
El proceso concurusal

PID_00266497

Ibon Hualde López

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 9 horas



Ibon Hualde López

Profesor titular de Derecho procesal
de la Universidad de Navarra.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por la profesora: Consuelo Ruiz (2019)

Cuarta edición: septiembre 2019
© Ibon Hualde López
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Objetivos.....	5
1. Concepto.....	7
2. Regulación legal.....	8
3. Los órganos del concurso.....	12
3.1. Necesarios	12
3.1.1. Los Juzgados de lo Mercantil	12
3.1.2. La Administración concursal	13
3.2. No necesarios	15
3.2.1. La Junta de Acreedores	15
3.2.2. El Ministerio Fiscal	16
4. Las soluciones extraconcursales de la insolvencia.....	17
4.1. Los acuerdos de refinanciación	17
4.2. El acuerdo extrajudicial de pagos	20
5. La declaración de concurso.....	30
5.1. Presupuestos	30
5.1.1. Procesales	30
5.1.2. Materiales	30
5.2. Procedimiento	35
5.3. Efectos	39
5.3.1. Efectos sobre el deudor	39
5.3.2. Efectos sobre los acreedores	44
5.3.3. Efectos sobre los contratos	49
5.3.4. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa (arts. 71 a 73)	53
6. La fase común.....	60
6.1. El informe de la Administración concursal	60
6.2. Determinación de la masa activa y pasiva del concurso	62
6.2.1. La masa activa concursal (arts. 76 a 83 LC)	62
6.2.2. Los créditos contra la masa	65
6.2.3. La masa pasiva concursal (arts. 84 a 94)	67
7. La fase de convenio.....	72
7.1. Noción de convenio	72
7.2. La propuesta anticipada de convenio	76
7.3. La propuesta ordinaria de convenio	79

7.4. Eficacia y cumplimiento del convenio	82
8. La fase de liquidación.....	84
8.1. Noción	84
8.2. Apertura de la fase de liquidación	84
8.3. Efectos de la liquidación	85
8.4. Operaciones de liquidación	88
8.4.1. El plan de liquidación	88
8.4.2. Las reglas legales supletorias	91
8.5. El pago a los acreedores	94
8.5.1. Pago de los créditos contra la masa	94
8.5.2. Pago de los créditos concursales	95
9. La calificación del concurso.....	97
10. La conclusión del concurso.....	100
Ejercicios de autoevaluación.....	105
Solucionario.....	109

Objetivos

Los objetivos básicos que debe alcanzar el alumno una vez completado el estudio del contenido de este módulo son:

1. Saber diferenciar los conceptos de juicios universales y particulares.
2. Conocer el principio *par conditum creditorum* y cómo se manifiesta en la regulación del concurso de acreedores.
3. Conocer los presupuestos que habilitan un concurso de acreedores (la insolvencia).
4. Conocer los órganos que actúan en un concurso de acreedores, y en especial el papel de la Administración concursal.
5. Identificar las diversas situaciones en que puede quedar el concursado.
6. Conocer las diversas fases del procedimiento concursal.
7. Identificar los bienes, derechos y obligaciones que integran la masa activa y pasiva del concurso.
8. Conocer el contenido de un convenio concursal.

1. Concepto

El derecho concursal es la parte del ordenamiento jurídico destinada a dar tratamiento al estado del deudor, que, teniendo una pluralidad de acreedores, no puede hacer frente al cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles. La finalidad esencial del concurso consiste en la satisfacción de los créditos de los acreedores, aunque existen otros intereses protegibles, como la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y los puestos de trabajo si la empresa es viable.

Precisión

Si el derecho no reaccionase ante la situación descrita, el deudor se vería incentivado para realizar distintas operaciones en perjuicio de sus acreedores. Además, se crearían numerosas desigualdades entre ellos, algunos de los cuales verían satisfechos sus créditos y otros no.

Por tales razones, el deudor en estado de insolvencia debe ser declarado en concurso, que es un proceso judicial gobernado por el denominado principio de la *par conditio creditorum* o igualdad de tratamiento de los créditos. Esto significa que los acreedores concurren conjuntamente en ese proceso en condiciones iguales, sin perjuicio del reconocimiento legal de ciertos privilegios. Pero, para hacer posible esa igualdad de trato, los créditos de los acreedores deben integrarse en la llamada “masa pasiva del concurso”. A los créditos integrantes de dicha masa se les denomina “concursoales”. En realidad, la masa pasiva concursal engloba la mayoría de los créditos, aunque quedan fuera de la misma otra clase de créditos, fundamentalmente, los derivados del desarrollo del concurso. Estos últimos créditos, que no forman parte de la masa pasiva del concurso, reciben el nombre de “créditos contra la masa”.

Precisión

La Ley Concursal permite que tanto el deudor como los acreedores soliciten el concurso ante el juzgado de lo mercantil correspondiente, siempre con fundamento en la insolvencia de aquel. Una vez acreditado el estado de insolvencia, que constituye el denominado “presupuesto objetivo del concurso”, el órgano judicial lo declarará mediante una resolución judicial, el “auto de declaración de concurso”. Esta resolución despliega un amplio haz de efectos, entre ellos, la sujeción del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor a una serie de limitaciones.

Dos son las vías por las cuales puede resolverse el concurso. Por un lado, el convenio entre el deudor y sus acreedores, y por otro, la liquidación o conversión en dinero del patrimonio del deudor para pagar a los acreedores según el orden legalmente establecido. La opción por una de estas soluciones, que tienen carácter alternativo, dependerá básicamente del tipo de insolvencia por la que atraviesa el deudor. Si bien es cierto que en la Ley Concursal el convenio aparece definido como la solución normal del concurso, se le concede al concursado una gran discrecionalidad para evitar su obtención y que el concurso se dirima por la liquidación.

2. Regulación legal

En el año 2003 culminaron una serie de esfuerzos dirigidos a la reforma de nuestro régimen concursal; esfuerzos entre los que merece destacar el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, que dieron lugar a la Ley 22/2003, de 9 de julio. Según su Exposición de Motivos, se asienta en tres principios: unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema. En virtud del principio de unidad legal, toda la normativa concursal se recoge en un único texto legal, incluyéndose tanto los aspectos procesales como los sustantivos.

Precisión

La única excepción a dicho principio son las normas contenidas en la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), relativo a ciertos extremos para cuya regulación se requiere ley orgánica: los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos fundamentales del concursado, y la necesaria modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar acogida en la misma a unos juzgados de nueva planta, los Juzgados de lo Mercantil.

La Ley Concursal, basándose en el principio de unidad de disciplina, supera la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes existente con anterioridad a su entrada en vigor y establece un procedimiento único para todo tipo de deudores. Con ello se acaba con los problemas derivados de la atribución o negación de la condición de comerciante en ciertos casos, sobre todo en el ámbito de las personas jurídicas (sociedades civiles, asociaciones, etc.).

Por último, la Ley Concursal, asentada también en el principio de unidad de sistema, está dirigida a dar tratamiento a todo tipo de insolvencia, provisional o definitiva, mediante dos soluciones alternativas: el convenio y la liquidación. Estas soluciones van normalmente precedidas de una fase denominada “común”, cuyo objeto es determinar las masas activa (el patrimonio existente) y pasiva (lo que se debe) del concurso. No obstante, cabe anticipar la tramitación tanto del convenio como de la liquidación a la fase común del concurso, sin tener que esperar a la apertura de una de esas dos fases, convenio o liquidación. Además, se prevé la posibilidad de pasar desde el fracaso del convenio a la fase de liquidación en el mismo proceso, lo que evita la necesidad de iniciar uno nuevo.

Precisión

La Ley Concursal no resulta aplicable a determinados sectores de la actividad económica, como la bolsa, los seguros y la banca. Debido a las graves consecuencias que pueden derivarse de la situación de insolvencia de las entidades que operan en dichos sectores, existen determinadas normas especiales que coexisten con las generales contenidas en aquella.

Dicho esto, la Ley Concursal, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de septiembre de 2004, se promulgó en un contexto económico muy distinto al que se avecinaba y tuvo que llegar la crisis económica para constatarse la inadecuación de muchas de sus disposiciones, que han tratado de ser corregidas a golpe de continuas reformas. El concurso de acreedores se perfila como un proceso demasiado largo y costoso, pese a su superioridad técnica sobre el sistema anterior. La primera reforma se produjo en el año 2009. En líneas generales, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, trató de imprimir celeridad en la tramitación de los concursos extendiendo la aplicación del denominado procedimiento abreviado, más ágil que el ordinario e inicialmente previsto para empresas de escasa entidad, a otras de mayor tamaño; introdujo un primer instrumento alternativo al concurso de acreedores llamado “acuerdo de refinanciación”, dirigido a la ampliación significativa del crédito disponible del deudor o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de unas nuevas en sustitución de aquellas; y abrió la posibilidad de anticipar la liquidación a la fase común, sin necesidad de esperar a la fase sucesiva en casos en los que la mejor solución era liquidar.

Precisión

Entre otras medidas se introdujo la posibilidad de tramitación escrita del convenio, de liquidar los activos existentes anticipadamente, o de celebración de acuerdos de refinanciación.

Pero las estadísticas correspondientes al año 2011 desvelaban conclusiones desalentadoras, entre ellas la excesiva prolongación en el tiempo de los concursos de acreedores. Y es que la media de duración sólo de la fase común era de casi un año y tres la de todo el proceso concursal. Asimismo, la inmensa mayoría de los concursos, más de un 90 %, terminaba en liquidación. Con ello quedaba denostado el convenio, que el legislador había intentado estimular con medidas como la propuesta anticipada de convenio, cuya tramitación se produce en la fase común; propuesta anticipada que tenía una aplicación real ínfima, ya que únicamente un 5 % de los convenios se lograba por esta vía. Otro problema era el de los concursos sin masa, en los que no hay bienes; y aquellos en los que los créditos contra la masa, que son fundamentalmente los que genera el desarrollo del proceso concursal y se abonan con carácter prededucible, se “tragaban” el poco activo existente, lo que demostraba que la regulación resultaba muy compleja para tratar empresas insolventes. Además, la mayor parte de los concursos de acreedores, un 80 %, se tramitaban como procedimientos abreviados, de modo que la excepción se convertía en regla general.

La reforma derivada de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, intenta remediar tales carencias para lograr un proceso más rápido y eficiente. La exposición de motivos de esta ley indica que “no es una reforma radical de la Ley Concursal ni supone un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, ya señalada”. Aun con todo, se trata de la reforma de mayor calado que ha sufrido la Ley Concursal desde que cobró vigor.

Precisión

Los cambios fundamentales de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, podrían ser sintetizados en los siete siguientes:

En primer lugar, se intenta profundizar en los acuerdos de refinanciación como alternativas al concurso de acreedores, introducidos en la reforma de 2009. En resumen, ahora su negociación es susceptible de evitar que el deudor incumpla el deber de solicitar el concurso; y también que durante un cierto plazo los acreedores obtengan la declaración de concurso. Asimismo, cumpliéndose algunos requisitos, son acuerdos que escapan de la posibilidad de rescisión; y los ingresos de tesorería que generen son objeto de un mejor trato en caso de concurso posterior.

En segundo lugar, se pretende el abaratamiento del proceso concursal gracias a su simplificación y agilización. Para ello se promueve la anticipación de la liquidación, de modo que esta fase puede abrirse en cualquier momento y aprobarse casi de inmediato un “plan de liquidación” para procederse mucho antes a la enajenación de los bienes. Se impulsa un verdadero procedimiento abreviado, cuya aplicación es discrecional para el juez con base en la complejidad del concurso, sin derivarse de la mera falta de superación de determinados límites económicos; y ya no se caracteriza sólo por acortarse los plazos a la mitad, sino que goza de una regulación específica.

En tercer lugar, dentro del concurso se favorece el convenio, pudiendo contener modificaciones estructurales como fusiones o escisiones; y se incentiva esta solución al no formarse la sección de calificación, si la propuesta de convenio no es especialmente gravosa para los acreedores.

En cuarto lugar, se busca una mayor profesionalización de la Administración concursal, que es un órgano necesario y auxiliar del juez semejante a la antigua sindicatura de la quiebra. Con la reforma, su composición pasa de tres a un único miembro; y se admite que el administrador concursal sea una persona jurídica. Pero se exige “formación concursal” previa y aseguramiento.

En quinto lugar, se reglamenta el denominado “concurso del concurso”, supuesto en el que la masa activa es insuficiente para pagar los propios gastos procesales. Esto trae consigo la conclusión del concurso de acreedores, incluso desde su inicio mismo; y, además, que el pago de los créditos contra la masa se efectúe con una prelación específica, no según la regla del vencimiento.

En sexto lugar, se opera una mejora notable de la protección de los trabajadores afectados.

Y, en séptimo lugar, se refuerza el régimen de los concursos conexos, sobre todo respecto a los grupos de sociedades, con una normativa *ex novo* relativa a la acumulación de concursos de varios deudores.

Junto a tales cambios fundamentales, la Ley de reforma de 2011 realizó una multitud de modificaciones menores, de fondo y forma, si bien se dejaron sin resolver otras cuestiones problemáticas. Entre ellas, la posibilidad, conocida en el derecho norteamericano como *fresh start*, de que los particulares queden exonerados tras la terminación de su concurso de las deudas pendientes de pago. Con referencia a tal cuestión, la disposición adicional única de aquella ley simplemente compelió al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe para mejorar la situación de las personas físicas y familias en dificultades para satisfacer sus obligaciones, en especial, las garantizadas con hipoteca.

Hubo que esperar hasta la reforma de 2013 para que se diese entrada en la Ley Concursal a lo que se ha venido a llamar “segunda oportunidad”, concediéndose al deudor persona física la posibilidad de quedar libre de deudas, aunque estas no se cubran con el activo existente, y recomenzar su actividad desde cero. No obstante, para ello se establecían en esta primera reglamentación unos umbrales de obligaciones muy elevados. Esta reforma, operada por la Ley

14/2013, de 27 de septiembre, además de regular la figura del emprendedor de responsabilidad limitada y la nueva Sociedad Limitada de Formación Sucesiva, modificó algunos aspectos de los acuerdos de refinanciación; e introdujo un segundo instrumento alternativo al concurso de acreedores, el “acuerdo extrajudicial de pagos”, entendido como un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas inicialmente previsto sólo para empresarios, personas físicas o jurídicas, con un procedimiento flexible tramitado en breves plazos ante el registrador mercantil o el notario, quienes designan a un mediador encargado de procurar un acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores.

Con posterioridad, el Gobierno sorprendió con el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que vuelve a reformar los acuerdos de refinanciación, una vez constatada la dificultad para alcanzar esta clase de acuerdos derivada no tanto de la falta de entendimiento entre las partes, sino de la rigidez de la normativa entonces vigente. Se trata ahora de mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación con determinadas posibilidades, como los fraccionamientos de pago, las quitas y la capitalización de la deuda. El contenido de dicho Real Decreto-ley fue poco después ampliado por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que, junto a otros cambios, extendió los principios del anterior Real Decreto-ley ideados para el convenio preconcursal al convenio concursal.

Más tarde, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, convalidó aquel Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, con ciertas innovaciones en el ámbito de la Administración concursal, mientras que el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, fue convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de septiembre de 2014. La Ley 9/2015, de 25 de mayo, consolidó las medidas instauradas por este último Real Decreto-ley e implantó algunas nuevas tendentes a flexibilizar la transmisión de la empresa del concursado o de sus unidades productivas.

Además, el año 2015 nos trajo el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. En lo esencial, esta norma flexibiliza el régimen de la ya aludida segunda oportunidad, instituido en la reforma de 2013, con la intención de convertirlo en un mecanismo susceptible de ser utilizado en la práctica. Para ello se suavizan los umbrales de obligaciones que debe cumplir el deudor con el fin de verse exonerado del pasivo pendiente de pago. Asimismo, se flexibiliza el régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos, introducidos en la misma reforma de 2013, para mejorar su eficacia y facilitar la reestructuración de deudas de manera ágil y sencilla; y ahora también los particulares, no sólo los empresarios, pueden acceder a esos acuerdos. Finalmente, la Ley 25/2015, de 28 de julio, consolida en la Ley Concursal las novedades de ese Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, con algunas modificaciones en su contenido.

3. Los órganos del concurso

3.1. Necesarios

3.1.1. Los Juzgados de lo Mercantil

Se trata de órganos jurisdiccionales de nueva planta, pertenecientes al orden jurisdiccional civil. Tienen carácter unipersonal, ya que están servidos por un único miembro con la categoría de magistrado. Son órganos especializados a los que les está atribuido el conocimiento de los concursos, así como de determinadas materias de naturaleza civil y mercantil.

Precisión

A pesar de su denominación también conocen de ciertos asuntos civiles, como los relativos a las condiciones generales de la contratación; y, en cambio, hay asuntos mercantiles que escapan de sus atribuciones. Así, con la salvedad de determinados contratos (propiedad intelectual o transporte, por ejemplo), las contiendas que tengan lugar en el ámbito contractual entran dentro de la competencia objetiva del juzgado de primera instancia.

Las atribuciones de estos órganos jurisdiccionales en el ámbito concursal se recogen en el artículo 86 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 8 de la Ley Concursal. Cabe destacar el hecho de que estos preceptos les confieren el conocimiento de materias que, excediendo de ese estricto ámbito, tienen trascendencia en la esfera patrimonial del deudor.

Ejemplo

Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como a la suspensión o extinción de contratos de alta dirección; las ejecuciones frente a los bienes y derechos del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado; y las medidas cautelares, con excepción de aquellas que se adopten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

Precisión

Las normas que distribuyen las competencias entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil resultaron reformadas mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Como consecuencia de tal reforma, el artículo 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye ahora a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento “de los concursos de persona natural que no sea empresario”. En similares términos se pronuncia el artículo 45.2 b) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor los Juzgados de Primera Instancia conocerán “de los concursos de persona natural que no sea empresario”.

Actividad

¿Será territorialmente competente el juzgado de lo mercantil del lugar del domicilio de una sociedad que figure en el Registro Mercantil cuando ha habido un cambio del que no hay constancia registral? Consultad el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz de 10 de octubre de 2008 (AC 2009, 375).

3.1.2. La Administración concursal

La Ley Concursal dedica un título completo de los nueve que la componen a regular este órgano concursal, en concreto, el segundo, que se compone de dos capítulos: el primero relativo al nombramiento de los administradores concursales y el segundo a su estatuto jurídico.

Cabe resaltar cuatro características generales acerca de la Administración concursal. En primer lugar, se trata de un órgano necesario, ya que su nombramiento no es potestativo para el juez del concurso, sino que constituye uno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso (art. 21.1,2.º LC); y, además, la Ley Concursal le atribuye determinadas funciones con carácter exclusivo a ese órgano concursal. En segundo lugar, es un órgano unipersonal. Así, como regla general, la Administración concursal está compuesta por un único sujeto, que puede ser persona física o jurídica, cuya representación está regulada en el artículo 30. Las condiciones subjetivas para su nombramiento se recogen en el artículo 27 de la Ley Concursal. En tercer lugar, tiene carácter eminentemente técnico, en la medida en que se requiere una determinada cualificación. Finalmente, es un órgano auxiliar del juez del concurso que completa la capacidad de trabajo de este. El nombramiento del administrador concursal se realiza de modo automático por aquel.

Precisión

Tras la reforma operada en el artículo 27 de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso (art. 27.2); y podrán inscribirse en dicha sección las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente (art. 27.3). Como aún no se ha producido tal desarrollo reglamentario, sigue en vigor la redacción de aquel precepto previa a la referida reforma.

Precisión

Cuando la concursada sea una entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuando se trate de concursos de entidades sujetas a su supervisión, o por el Consorcio de Compensación de Seguros, en el caso de entidades aseguradoras (art. 27.6 LC).

Precisión

En concursos en los que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público, podrá nombrar como segundo administrador concursal a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto, la representación de la administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico (art. 27.7 LC).

Actividad

¿Es posible el nombramiento de un administrador judicial interino para la fase preconcursal? Consultad el AJM (3) Barcelona 9.1.2012 (JUR 2014, 176918).

Antes de la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, no existía ninguna norma destinada a relacionar las funciones concretas de la Administración concursal, sino que se encontraban diseminadas a lo largo de la Ley Concursal. Tras la referida reforma, el artículo 33 recoge expresamente las funciones de dicho órgano, haciéndose distinción entre las de carácter procesal; las propias del deudor o de sus órganos de administración; funciones en materia laboral; las relativas a derechos de los acreedores; de informe y evaluación, así como de secretaría, sin perjuicio de otras que la Ley Concursal u otras leyes le atribuyan.

Precisión

De modo general, las funciones de la Administración concursal pueden resumirse en la intervención de los actos patrimoniales del deudor, la rescisión de actos realizados en perjuicio de los acreedores, la evacuación de un informe, cuyo contenido se recoge en el artículo 75 de la Ley Concursal, la realización de un inventario de activos y una lista de acreedores, la evaluación de propuestas de convenio y la elaboración de un plan de liquidación.

Cabe destacar que la participación de este órgano concursal varía sustancialmente dependiendo de que el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se encuentre sujeto a intervención o a suspensión, siendo más intensa en este último caso. Ello porque deberá sustituir al concursado, a diferencia de lo que acontece cuando está intervenido, en que se limitará a dar su autorización o conformidad a los actos que pretenda realizar. No obstante, una vez abierta la fase de liquidación, el régimen de actuación del deudor será siempre el de suspensión, si no se había acordado con anterioridad.

También regula la Ley Concursal el régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que recae sobre los administradores concursales (art. 28 LC), quienes deberán aceptar o rechazar el encargo dentro de los cinco días siguientes al recibo de la comunicación del nombramiento (art. 29 LC), pudiendo ser recusados (art. 32 LC). Finalmente, se prevé la posibilidad de delegación de funciones concretas en los denominados auxiliares delegados, con la pertinente autorización del órgano judicial. El nombramiento de auxiliares delegados puede producirse tanto a instancia de la Administración concursal como de oficio, si existe un único administrador concursal; y será obligatorio en ciertos supuestos legalmente previstos (art. 31.1 LC). La retribución de los auxiliares delegados corre a cargo de los administradores concursales (art. 31.2 LC), cuyo estatuto jurídico se les aplica a aquellos (art. 31.3 LC).

Precisión

La Ley Concursal establece un sistema de retribución de los administradores concursales mediante arancel, cuyo desarrollo reglamentario tuvo lugar a través del Real Decreto 1860/2004. Asimismo, con ocasión de la reforma operada por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, se creó un fondo de garantía con el objeto de hacer frente a los pagos derivados de la intervención de aquellos profesionales, en caso de insuficiencia de bienes en el activo concursal. No obstante, tras la reforma derivada de la Ley 25/2015, de 28 de julio, que dio lugar a la introducción del artículo 34 bis, se constituye una única cuenta de garantía arancelaria, que se dotará con las aportaciones obligatorias a realizar por los administradores concursales y dependerá del Ministerio de Justicia. El régimen y la dotación de esta cuenta se regulan en los artículos 34 ter y quáter, cuya redacción trae causa de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia. Igualmente, si concurre justa causa, pueden ser separados del cargo. En tal caso se procederá a efectuar un nuevo nombramiento (arts. 36 a 38 LC).

Jurisprudencia

Los auxiliares delegados están previstos para funcionar en aquellos casos en los que la complejidad del concurso no pueda afrontarse por los solos administradores concursales (incluso contando estos con la colaboración de su personal o del personal del empresario concursado), lo que no debe excluir los supuestos en que aquellos no cuenten con la especialización idónea para el mejor desempeño de concretas tareas. La necesidad de estos auxiliares es la muy concreta de vinculación al órgano mediante el expediente de la delegación de funciones. [...] Ahora bien, parece que los auxiliares no se insertan en la estructura orgánica de la Administración concursal (no son administradores concursales), como tampoco que asumen una posición orgánica propia en el concurso, ni es técnicamente necesario conceptuarlos como órganos de la Administración concursal. El mecanismo delegatorio consigue desplazar el poder de decisión (en el ámbito de las funciones de que se trate) al auxiliar delegado, pero exige someterlo a la vez al régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes (artículo 32.3) (AAP Baleares [5.ª] de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649]).

3.2. No necesarios

3.2.1. La Junta de Acreedores

La Junta de Acreedores representa el interés exclusivo de los acreedores. Se trata de un órgano no necesario, ya que su constitución tiene como presupuesto la apertura de la fase de convenio. Una vez abierta esta fase, la aceptación por los acreedores de la propuesta/s de convenio presentada/s se puede producir por dos vías distintas: mediante votación en Junta de Acreedores o a través de las denominadas “adhesiones”.

Precisión

Tras la reforma derivada del RDL 3/2009, el sistema de adhesiones no sólo se utiliza para la aceptación por los acreedores de una propuesta “anticipada” de convenio en la fase común del concurso, sino que también es posible su aplicación en el ámbito de la tramitación escrita de una propuesta “ordinaria”, dentro ya de la fase de convenio. Ello acontecerá cuando haya un gran número de acreedores, en concreto, más de trescientos (art. 111.2,II LC).

En definitiva, cuando la aceptación de la propuesta de convenio, anticipada u ordinaria, se realice a través del sistema de adhesiones escritas, la Junta de Acreedores nunca llegará a constituirse. Pero tampoco cuando el concurso se resuelva por la vía de la liquidación, al ser una solución alternativa al convenio. Ello salvo que la apertura de la liquidación venga precedida del fracaso de un convenio.

3.2.2. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley (art. 124 CE). Sin embargo, en el ámbito concursal la intervención de este órgano no es estrictamente necesaria. La Ley Concursal prevé dicha intervención en determinados supuestos.

Ejemplo

El Ministerio Fiscal debe poner en conocimiento judicial la insolvencia de algún posible responsable penal (art. 4 LC); debe ser oído en determinadas actuaciones procesales (arts. 12.2 y 41 LC, o 1.3 LORC); e intervendrá elaborando un dictamen si procede la formación de la sección de calificación del concurso (art. 169 LC).

4. Las soluciones extraconcursoales de la insolvencia

4.1. Los acuerdos de refinanciación

Los acuerdos de refinanciación fueron incorporados a la Ley Concursal en virtud de la reforma operada en esta por el RDL 3/2009, de 27 de marzo. Se trata de convenios extraconcursoales que puede alcanzar el deudor para lograr una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, ya sea mediante la prórroga del plazo de vencimiento o ya sea por medio del establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, debiendo responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de su actividad en el corto y el medio plazo. La obtención de un acuerdo de refinanciación puede evitar el concurso, siempre que el deudor logre superar su situación de insolvencia.

El artículo 5 bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, exime al deudor del deber de solicitar el concurso cuando ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la disposición adicional cuarta (o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio); comunicación que podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de dos meses establecido en el artículo 5. Eso sí, transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya alcanzado o no dicho acuerdo, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente. Ello salvo que ya no se encuentre en estado de insolvencia.

Precisión

Si el deudor no ha conseguido superar su situación de insolvencia y es declarado en concurso, los acuerdos de refinanciación que hubiera podido alcanzar con anterioridad, así como los posibles negocios, actos y pagos realizados, y las garantías constituidas en ejecución de estos, no serán rescindibles si reúnen los requisitos reseñados en el artículo 71 bis, a los que se hará referencia posteriormente. Además, las entradas de tesorería que se produzcan por la vía de tales acuerdos tienen la consideración de créditos contra la masa en un cincuenta por ciento (art. 84.2,11º LC) y créditos concursales privilegiados por la otra mitad (art. 91,6º LC); y sus efectos pueden extenderse, en cuanto a las esperas, al resto de los acreedores financieros cuyos créditos no estén dotados de garantía real, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la disposición adicional cuarta.

Precisión

Tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se establece la suspensión de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos del deudor que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial como efecto derivado de la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, con exclusión de las ejecuciones que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público. El plazo de suspensión se extiende desde la presentación de la referida comunicación hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos, o se hayan obtenido las adhesiones necesari-

rias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso (art. 5 bis.4 LC).

Jurisprudencia

La simple presentación del Decreto del Secretario, donde deben constar los bienes necesarios para la continuidad que el propio deudor mencione en su escrito de comunicación de inicio de negociaciones, propicia la suspensión ante el Juez que conoce de la ejecución, que será el competente para acordarlo. Sólo es competente el Juez de lo Mercantil para resolver si, a instancia de parte, se suscitara ante él cuestión sobre la no necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad. La reforma confirma que la propia iniciativa del ejecutado al presentar la solicitud preconcursal delimita el ámbito de los bienes objeto de alguna ejecución y que son necesarios para la continuidad de la actividad. Lo cual se plasma, sin calificación previa, en el Decreto del Secretario que tiene por formulada la comunicación, cuya copia es documento suficiente para que el Juez que estuviere conociendo de la ejecución acuerde la paralización. La norma no prevé la intervención del ejecutante y, por ello, si discrepara sobre la necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad, a este sólo le cabe promover el correspondiente incidente ante el Juez competente para conocer en su caso del concurso, con el fin de obtener una declaración de que tales bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad y con ello solicitar ante el juez de la ejecución el levantamiento de la suspensión (AAP Álava [1.ª] de 26 de junio de 2015 [JUR 2015, 190481]).

Por ello, se valora que la declaración de necesidad de los bienes a que se refiere el art. 5 bis puede ser entendida como una declaración a los solos efectos del art. 5 bis y sobre la base de las alegaciones y las pruebas, únicamente documentales, que hayan sido aportadas en el trámite de recurso o con anterioridad por el deudor para justificar la necesidad de los bienes. [...]. Las limitaciones destacadas anteriormente permiten también afirmar que el nivel de exigencia fáctica y probatoria que para apreciar el requisito de necesidad en el marco del art. 56 ha sido resaltado por la jurisprudencia (como el Auto de la AP de Barcelona, secc. 15.ª de 10 de abril de 2014) ha de ser necesariamente menor en el marco del art. 5 bis (AJM 7 Barcelona de 29 de abril de 2016 [JUR 2016, 114804]).

Actividad

- a) ¿Procede la comunicación del artículo 5 bis en caso de insolvencia inminente? Consultad el AAP Madrid (28.ª) de 5 de febrero de 2010 (AC 2010, 835).
- b) ¿Qué naturaleza tiene el plazo al que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal, procesal o material? Consultad la SAP Barcelona (15.ª) de 6 de julio de 2016 (JUR 2016, 195008).
- c) ¿Puede recurrirse en apelación el auto de admisión o inadmisión a trámite de una comunicación preconcursal? Consultad el AAP Madrid (28.ª) de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010, 347243).
- d) ¿Qué órgano deberá pronunciarse sobre el carácter necesario de los bienes del deudor?

Precisión

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51% de los pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación; suspensión que también se extiende a las ejecuciones promovidas por acreedores con garantía real (art. 5 bis.4 LC).

Por otro lado, como consecuencia de las últimas reformas operadas en la Ley Concursal, se prevén nuevos posibles contenidos para los acuerdos de refinanciación. Así, se permite, junto a las tradicionales quitas y esperas, la capitalización de la deuda y su conversión en acciones o participaciones.

Precisión

En evitación de la posibilidad de que se consideren acreedores subordinados a los nuevos socios o copartícipes, por convertirse en personas especialmente relacionadas con el deudor, el artículo 92.5.º de la Ley Concursal deja fuera del ámbito de la regla general de subordinación los créditos capitalizados en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación, ya sea de conformidad con el artículo 71 bis o la DA 4.ª de la Ley Concursal.

Precisión

Como otra medida de protección hacia los acreedores que capitalizan sus créditos, el artículo 93.2.2.º de la Ley Concursal establece una presunción *iuris tantum* en el sentido de no considerarlos administradores de hecho de la persona jurídica deudora, si en el futuro se declara el concurso. Ello puede impedir que resulten afectados por la resolución que, en su caso, se dicte en el seno de la sección de calificación del concurso (arts. 169.1 y 172.2.1.º LC).

Precisión

Además, en el artículo 165 de la Ley Concursal, que recoge las presunciones *iuris tantum* del concurso culpable, se añade un apartado cuarto que presume el dolo o la culpa de quienes, sin causa razonable, voten en contra del acuerdo de capitalización, frustrando su obtención.

Otra de las novedades, en cuanto al contenido de los acuerdos de refinanciación, radica en la posibilidad de ampliación de las quitas y esperas, cumpliéndose las condiciones legales. Así, los apartados 3.º y 4.º de la DA 4.ª de la Ley Concursal contemplan dos tipos de opciones, en función del porcentaje del pasivo financiero favorable al acuerdo de refinanciación, con distintos posibles límites en las quitas o/y esperas:

- Con un 60% del pasivo financiero favorable al acuerdo: esperas de hasta cinco años y conversión de deuda en préstamos participativos durante cinco años.

- Con un 75% del pasivo financiero favorable al acuerdo:
 - Esperas de hasta diez años.

 - Quitas sin porcentaje máximo.

 - Conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, con alternativa de quita equivalente para los disconformes, siempre que concurra acuerdo social con las mayorías de la Ley de Sociedades de Capital.

 - Conversión de deuda en préstamos participativos, obligaciones convertibles, préstamos subordinados o instrumentos financieros de hasta diez años.

 - Cesión de bienes o derechos en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Precisión

Esos mismos efectos se hacen extensivos a los acreedores con garantía real por el valor que exceda de la garantía real; y, por lo que no exceda, cuando concurran las mayorías del 65 y 80%, respectivamente, para cada uno de los dos tipos de opciones a los que se ha hecho referencia.

4.2. El acuerdo extrajudicial de pagos

El acuerdo extrajudicial de pagos es un procedimiento extraconcursal de negociación de deudas de empresarios, personas físicas o jurídicas, con la intervención de un “mediador concursal”. Su regulación se contiene en el título X de la Ley Concursal (arts. 231 a 242), introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

Precisión

En concreto, este procedimiento resulta de aplicación al empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, si justifica, aportando el correspondiente balance, que su pasivo no supera los cinco millones de euros (art. 231.1,I). No obstante, se extiende el concepto de empresario persona natural a aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan tal consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos (art. 231.1,II). Pero se excluye el acceso a los deudores que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 231.3; y a los que se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (art. 231.4 LC). Tampoco cabe cuando se trate de entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.5 III LC).

Precisión

Los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, pero no los créditos de derecho público, aunque gocen de garantía real (art. 231.5, I y II).

Jurisprudencia

Es usual remitirse al artículo 231.1 apartado segundo de la Ley Concursal. Aunque circunscrito al ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, se define al empresario persona natural como aquel que tenga tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, pero también aquellos otros que ejerzan actividades profesionales o tengan esa consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social. Los trabajadores autónomos también serían considerados como empresarios personas naturales. Puede suceder, pues, que tenga la consideración de empresario un deudor que no realice actividad económica, como por ejemplo, aquella persona que tenga dada de alta en la Seguridad Social a una empleada de hogar (art. 10.1.7.º RD 84/1996, de 26 de enero y art. 1.3 RD 1620/2011, de 14 de noviembre). También quedarían fuera del concepto de consumidor aquellos que estén dados de alta como autónomos a efectos de la legislación de la Seguridad Social. Sólo el trabajador por cuenta ajena parece quedar fuera (SAP Córdoba [1.º] de 1 de diciembre de 2016 [AC 2016, 2038]).

Frente a ello, la tesis integradora según la cual el concepto de “empresario” nos lo proporciona el art. 231 LC, extiende aun más el concepto, ya que abarca: 1) las personas naturales que tuvieran la condición de empresarios de acuerdo con la legislación mercantil, en los términos antes vistos; 2) aquellos que ejerzan actividades profesionales, que ya a efectos tributarios la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (Ley 37/1992, de 28 de diciembre) los equipara en su artículo 5, al reputar empresarios o profesionales “aquellas personas que realicen actividades empresariales o profesionales”, que según el segundo apartado son “las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”; 3) los trabajadores autónomos, que según la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo se consideran “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”, siendo la mención tachada de redundancia, al poderse englobar en la categoría de empresario en los términos amplios manejados por la doctrina mercantilista, y 4) los que tengan la consideración de empresarios a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, lo cual nos remite al artículo 138.3 y 136 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) y al artículo 10 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la

Seguridad Social, que señala que, a efectos del Reglamento, “se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social”. Entre ellos enumera expresamente al “titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos” respecto de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social. Admitimos que es sorprendente que el titular de un hogar, por el hecho de tener una empleada de hogar de forma parcial, como empleador (que es lo relevante en el ámbito de la Seguridad Social) se equipare a una persona que desarrolla una actividad económica en nombre propio, cuando son realidades diversas. Pero ello no es sino fruto de esa imprevisión del legislador, al no valorar las consecuencias que una técnica legislativa de remisión acarrea. El que aquél pueda no ser empresario en sentido mercantil no es determinante cuando ha sido el legislador quien a esos efectos le asigna esa condición y le otorga igual trato (AAP Murcia [4.ª] de 28 de julio de 2016 [JUR 2016, 207911]).

El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará, mediante instancia, el nombramiento de un mediador concursal (art. 232.1 y 2 LC). El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador, de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones que se indican en el artículo 27. La condición de mediador concursal la adquiere con el nombramiento, que habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del Boletín Oficial del Estado (art. 233.1 LC). Dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor y podrá requerirle su complemento, subsanación o corrección; y convocará al deudor y a los acreedores a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Ello con la excepción de los acreedores de derecho público, que nunca se verán afectados por el eventual acuerdo que se logre (art. 234.1 LC).

Precisión

La convocatoria de la reunión se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual o escrita, que asegure la recepción, debiendo llevarse a cabo por correo electrónico si constara la dirección electrónica; y deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de los acreedores convocados, con la correspondiente información relativa a sus créditos (art. 234.2 y 3).

El deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, pero se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (art. 235.1 LC). Tampoco podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 bis (art. 235.6 LC). Y desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos no podrán iniciar ni continuar ejecu-

ción judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor, mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses (art. 235.2 LC).

Precisión

Quedan exceptuados los créditos con garantía real que no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Si la garantía real recae sobre dichos bienes o derechos, los acreedores podrán ejercitar su acción real frente a ellos, sin perjuicio de la paralización del procedimiento durante el transcurso del plazo.

Actividad

¿Qué ocurre si el deudor inicia el acuerdo extrajudicial de pagos y por causas que no le son imputables no se lleva a cabo la comunicación a la que alude el artículo 5 bis de la Ley Concursal? Consultad el AJM (1) Barcelona de 2 de julio de 2015 (JUR 2015, 266908).

Jurisprudencia

El artículo 235.2 de la Ley Concursal, introducido tras la reforma de la referida Ley de Emprendedores, establece que: [...]. Para poder conseguir este efecto de suspensión de las ejecuciones, excepto aquellas que disfruten de garantía real, es necesario que se publique el inicio del expediente extrajudicial y, para que se produzca la publicación, es necesario que se designe mediador por el notario y que este acepte el cargo. Por lo tanto, si no hay designado mediador, no pueden desenvolverse ninguno de los efectos que permitirían al deudor alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos. No es objeto de la presente solicitud analizar las causas o circunstancias que determinan la falta de designa de mediador –circunstancia no imputable al instante del expediente–, sino las consecuencias que dicha situación genera en el patrimonio del deudor; deudor que, conforme al artículo 231 de la Ley Concursal, ha de encontrarse en situación de insolvencia para poder iniciar el expediente extrajudicial. La demora en el nombramiento de mediador y en la publicación de la apertura del expediente quiebra con los principios de celeridad y flexibilidad que prevé el preámbulo de la Ley de Emprendedores, sin que la Ley de Emprendedores introduzca ningún mecanismo de tutela cautelar del deudor frente a estas demoras que no le son imputables. La situación de insolvencia del deudor unida a los procedimientos judiciales de ejecución ya iniciados contra él –referidos en la documentación anexa al escrito de inicio del procedimiento ante el notario– comprometen seriamente las posibilidades de alcanzar el acuerdo extrajudicial pretendido por la Ley, ya que pueden mermar el patrimonio del deudor y colocar a los acreedores que han iniciado la ejecución en una posición mejor que la de otros acreedores de la misma naturaleza. Ciertamente el deudor podría solicitar el concurso voluntario y con ello activar los mecanismos de protección de su patrimonio previstos en el artículo 55 y 56 de la Ley Concursal, pero esa opción frustraría el objetivo de la reforma de la Ley Concursal de canalizar por medio de instrumentos extrajudiciales de pago los procedimientos de insolvencia de empresarios y emprendedores; por otra parte, privaría al deudor de los beneficios previstos en el nuevo título X de la Ley Concursal. El notario no está habilitado legalmente para adoptar medidas cautelares o anticipar alguno de los efectos de la admisión del procedimiento, la cuestión que debe resolverse es si el juez concursal dispone de algún mecanismo legal para anticipar algunos efectos propios de un proceso concursal judicial que se pretende evitar, coadyuvando con ello a que la reforma pueda aplicarse con éxito y cumplir con sus objetivos. [...] La cuestión es si se pueden anticipar medidas protectoras del patrimonio del deudor que se vinculan a la declaración de concurso y que, en todo caso, se producirían bien por la publicación del expediente notarial, bien por la declaración de concurso. Cuestión que inevitablemente conecta con la posibilidad de que esa medida cautelar pueda perjudicar a los acreedores. [...] En definitiva, parece razonable forzar la interpretación de la Ley Concursal y permitir la anticipación de alguno de los efectos de la publicación del expediente extrajudicial en una situación tan excepcional como la presente. No hay previsión en la Ley Concursal de audiencia previa a los interesados, tampoco tiene sentido en el marco de un procedimiento universal de insolvencia imponer al deudor una fianza o caución, sin perjuicio de que los hipotéticos daños que pudiera causar esta medida se consideraran créditos prededucibles o contra la masa. Los límites de esta medida deben ser los que prevé el artículo 235.2 LC, es decir, no puede afectar a acreedores con garantías reales, no puede afectar a acreedores públicos –sometidos al trámite especial del nuevo título X–, se adopta durante el tiempo en el que dure la actual situación de imposibilidad de designa de mediador y, por lo tanto, de publicación del inicio

del expediente notarial; además, no podrá extenderse más allá de tres meses (AJM 3 Barcelona de 24 de enero de 2014 [AC 2014, 205]).

Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal, con el consentimiento del deudor, remitirá a los acreedores una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud; propuesta que podrá contener esperas o moratorias, que no podrán superar los diez años, quitas, cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos y la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora (art. 236.1 LC).

Precisión

La propuesta irá acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad; y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento (art. 236.2 LC).

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, estos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Tras ese plazo, el mediador concursal les remitirá el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor (art. 236.3 LC). Esta es la primera oportunidad que se les ofrece a los acreedores para participar en la elaboración del acuerdo; la segunda se produce en la misma reunión en la que el plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión (art. 237.2 LC). Pero el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representen, al menos, la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente (art. 236.4 LC).

Precisión

La obligación que se impone al mediador concursal de solicitar de inmediato la declaración de concurso no es coherente con la posibilidad de modificación de la propuesta en el acto mismo de la reunión tanto a instancia del deudor como de los acreedores. Parece que el mediador deberá esperar a la reunión para adoptar la decisión definitiva sobre la conveniencia de solicitar la declaración de concurso.

Jurisprudencia

Los anteriores razonamientos son aplicables también al supuesto que nos ocupa, en el que consta sentencia de divorcio dictada en el año 2008, que fija una pensión de alimentos a cargo del señor Antonio y a favor de sus hijos menores de edad, pensiones que –por su propia naturaleza y periodicidad– se siguen devengando con posterioridad al acuerdo extrajudicial de pagos, y que no pueden ser objeto de transacción ni renuncia alguna: arts. 751 de la LEC y 151 del Código civil. El art. 236 de la Ley Concursal dispone que la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos incluirá, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia. Contempla pues dicho precepto la posibilidad de fijar en el seno del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos alimentos para el deudor y su familia, expresión “y su familia”, que debe entenderse para aquellos supuestos en los que no existe una situación de crisis familiar, un previo proceso matrimonial o de menores de los previstos en el título I libro IV de la LEC, pues en tal caso es el juzgado de primera instancia, de familia, y no el juzgado de lo mercantil, el competente para fijar las pensiones de alimentos, pues no sólo no hay atribución competencial a los juzgados de lo mercantil en procesos de familia, sino que esta está expresamente excluida por el art. 8 de la Ley Concursal (SAP La Rioja [1.ª] de 9 de noviembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

Actividad

¿Cabe disminuir la pensión de alimentos a los hijos a través de un acuerdo extrajudicial de pagos? Consultad la SAP La Rioja (1.ª) de 9 de noviembre de 2017 [AC 2017, 1590].

Jurisprudencia

Conforme al art. 242.bis de la Ley Concursal, el deudor remitirá la propuesta de acuerdo, y son los acreedores, no el deudor, quienes pueden remitir propuestas alternativas o de modificación; lo que no es posible es que el deudor presente varios planes de pagos alternativos, o un segundo plan de pagos distinto al inicialmente presentado, como ha ocurrido en este caso, en el que a la solicitud del 21 de julio de 2016 el deudor acompaña un plan de pagos consistente en mantener el pago de la cuota hipotecaria, pagar en concepto de pensión de alimentos 100 euros para cada hijo, total 200 euros, y en cuanto a los deudores ordinarios una quita del 80 % y una espera de 2 años; y pocos meses después, el 18 de noviembre de 2016, sin explicación alguna, presenta otro plan de pagos alternativo consistente en mantener el pago de la cuota hipotecaria, y en cuanto al resto de los deudores incluidos alimentos y costas judiciales, una quita del 25 % y una espera de 48 meses (SAP La Rioja [1.ª] de 9 de noviembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

Los acreedores que hayan sido convocados tienen el deber de asistir a la reunión, sancionándose su incumplimiento con la postergación de sus créditos, que pasarán a ser subordinados si, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor (art. 237.1 LC).

Precisión

Se exceptúan los acreedores que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión; y los que tuvieran a su favor garantía real (art. 237.1 LC).

Como sabemos, el plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión (art. 237.2 LC). Para la

aceptación del plan extrajudicial de pagos serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:

a) Si vota a favor el 60 por ciento, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o excedan del valor de la garantía real –la parte de estos créditos que exceda dicho valor– quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, por un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si vota a favor del mismo el 75 por ciento, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o excedan del valor de la garantía real –la parte de estos créditos que exceda dicho valor– quedarán sometidos a las esperas por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236.

Precisión

Hay que partir de que todos los créditos, salvo los no afectados por el acuerdo, son iguales. Ello porque, a diferencia de lo que acontece en el concurso, no se clasifican entre privilegiados, ordinarios y subordinados.

Si el plan no fuera aceptado y el deudor continuara en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente al juez competente la declaración de concurso; y, en su caso, pedirá también la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, en los términos del artículo 176 bis de la Ley Concursal (art. 238.3 LC). En cambio, si el plan fuera aceptado por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente, si se hubiera tramitado ante notario. Para los expedientes abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que se pueda cerrar el expediente (art. 238.2 LC).

Precisión

El cierre se comunicará por el notario, el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación al juzgado que hubiera tenido que tramitar, en su caso, el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su número de identificación fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su número de identificación fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido.

Jurisprudencia

No constando el importe del crédito por las pensiones de alimentos a los hijos menores, que, en su caso, sólo podría referirse a las pensiones vencidas e impagadas al momento de presentar la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, no puede estimarse que hayan votado a favor del acuerdo las mayorías exigidas por el art. 238 de la Ley Concursal, en concreto el 60 % del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, como se hace constar en el acta notarial. Y es evidente, sin necesidad de mayor argumentación, lo desproporcionado de acordar no sólo una rebaja de la pensión de alimentos sino que los menores no perciban tal pensión hasta pasados nada menos que cuatro años. No sólo desproporcionado, sino que la Sala estima que no puede llevarse a cabo tal rebaja y demora en el pago de la pensión de alimentos contrariando lo acordado en la sentencia de divorcio y al margen del procedimiento de modificación de medidas, que es el cauce legalmente previsto en el que tal pretensión debe ejercitarse (SAP La Rioja [1.ª] de 9 de noviembre de 2017 [AC 2017, 1590]).

El artículo 239.1 establece para la impugnación del acuerdo un plazo de diez días, a contar desde la publicación del acuerdo. La oposición sólo podrá fundarse en alguna de las siguientes causas: falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados; la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1; o la desproporción de las medidas acordadas. La impugnación no tendrá efectos suspensivos de la ejecución del acuerdo y se tramitará por el cauce del incidente concursal (art. 239.2 y 3 LC).

Precisión

Se reconoce legitimación activa para impugnar el acuerdo extrajudicial al acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1.

Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente. Ello es una consecuencia de la eficacia novatoria del acuerdo. Así, tras el acuerdo dichas deudas o son sustituidas por las nuevas pactadas, esto es, novadas; o se extinguen, total o parcialmente, de haberse acordado la cesión de bienes a los acreedores (art. 240.1 y 2 LC). Al mediador concursal se le encomienda la función de supervisar el cumplimiento de dicho acuerdo, que se producirá cuando las obligaciones asumidas en él sean íntegramente realizadas por el deudor. En tal caso, lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal (art. 241.1 y 2 LC).

Jurisprudencia

En consecuencia, asiste razón a la parte apelante en que la Sra. Encarnación no ostenta la condición de deudora en el presente procedimiento y en consecuencia no le son de aplicación los efectos establecidos en el art. 240 de la LC acordado en la resolución de Instancia. Dicho lo cual, sí que en cambio les es de aplicación lo dispuesto en el art. 235 de la LC, respecto de los deudores, en el presente procedimiento los Srs. Porfirio y Consuelo, que también comunicaron mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2015 la solicitud de mediación concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, y en consecuencia deberá mantenerse la suspensión del señalamiento de la subasta acordada en la diligencia de Ordenación de 12 de enero de 2016 y dejar en suspenso cualquier actuación frente a ellos. Asimismo, en fecha 5 de enero de 2016, por D. Luis María se presentó escrito comunicando que el día 4 de diciembre de 2015 se había presentando un acuerdo extrajudicial de pagos, solicitando la suspensión de la celebración de la subasta (folio 1161). Y en consecuencia respecto del mismo también deberán de mantenerse los pronunciamientos acordados en la resolución de Instancia. No siendo de aplicación a estos lo dispuesto en el art. 240 de la LC, ya que no consta la aportación de un acuerdo extrajudicial de pagos y sí sólo el inicio del expediente (SAP Girona [2.ª] de 13 de octubre de 2016 [AC 2017, 232]).

Actividad

¿Puede una hipotecante no deudora solicitar la suspensión de la ejecución hipotecaria con fundamento en un acuerdo extrajudicial de pagos no acordado, pero sí iniciado? Consultad SAP Girona [2.ª] de 13 de octubre de 2016 [AC 2017, 232]).

Al mediador concursal se le encomienda la función de supervisar el cumplimiento de dicho acuerdo, que se producirá cuando las obligaciones asumidas en él sean íntegramente realizadas por el deudor. En tal caso, lo hará constar en acta notarial, que se publicará en el Registro Público Concursal (art. 241.1 y 2 LC).

Precisión

El acuerdo extrajudicial de pagos, aunque no es objeto de homologación judicial, se extiende a los acreedores disidentes o ausentes afectados.

Pero también puede ser incumplido, en cuyo caso el mediador concursal deberá instar la declaración de concurso del deudor, presumiéndose su insolvencia (art. 241.3 LC). Ello sin perjuicio de la posibilidad de que este desista del acuerdo y presente una solicitud de concurso voluntario, que necesariamente se resolverá a través de la liquidación.

Precisión

El incumplimiento del acuerdo produce la desaparición de sus efectos novatorios. En consecuencia, los acreedores concurrirán en el posterior concurso, denominado “consecutivo”, con sus créditos originales, esto es, con la cuantía y calidad que tenían con anterioridad al acuerdo.

Actividad

Si el acuerdo extrajudicial de pagos es incumplido y el deudor es declarado en concurso, ¿qué ocurrirá con los pagos realizados en ejecución de aquel? Consultad el criterio de los jueces de lo mercantil sobre este extremo.

Tiene la consideración de concurso consecutivo el que se declare por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por anulación del mismo o por incumplimiento del plan de pagos acordado. El concurso consecutivo puede ser voluntario, es decir, promovido por el deudor; o necesario,

pudiendo ser instado por los acreedores o por el mediador concursal, que tiene el deber de hacerlo en el supuesto del artículo 241.3. También puede abrirse de oficio por el juez como consecuencia de la estimación de la acción de impugnación del acuerdo (arts. 239.6 y 242.1 LC). Las especialidades del concurso consecutivo se contienen en el artículo 242.2 de la Ley Concursal.

Precisión

Entre tales especialidades se encuentra la exoneración del pasivo no satisfecho por el deudor tras la liquidación del activo concursal. Con ello se introduce en nuestro derecho concursal la institución conocida como *fresh start* o *discharge*, que había sido reclamada doctrinalmente desde tiempo atrás. No obstante, la condonación judicial (es precisa una resolución judicial) de los créditos pendientes de pago después de la realización del patrimonio concursal sólo está legalmente prevista para el deudor persona natural cuyo concurso se califique como fortuito, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 178 bis.

Actividad

a) ¿En qué trámite deberá el juez del concurso comprobar la concurrencia de los requisitos que dan lugar a la exoneración del pasivo pendiente de pago y, en su caso, emitir tal pronunciamiento? Consultad el criterio de los jueces de lo mercantil sobre este extremo.

b) Extinguida la deuda principal, ¿podrá el acreedor reclamar a los codeudores solidarios y a los fiadores? Consultad el criterio de los jueces de lo mercantil sobre este extremo.

Jurisprudencia

A la luz de esta normativa, cabe integrar los arts. 242.1 y 232.3 LC en relación con el art. 10.1 LC y entender que la competencia territorial para conocer del concurso consecutivo de un deudor persona natural no comerciante que se solicite “por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento” corresponde al juzgado del domicilio del deudor, salvo que se acredite que no coincide con el centro de sus intereses principales, en cuyo caso la competencia corresponderá al juez donde se encuentre ubicado este centro de los intereses principales del deudor (AAP Sevilla [5.ª] de 27 de junio de 2017 [AC 2017, 1240]).

Examinada la solicitud y apreciados en su conjunto los documentos a ella acompañados en los términos previstos en el artículo 236 LC, en relación con los 13 y 14 LC, se constata la concurrencia del presupuesto objetivo para declarar el concurso por encontrarse el instante en situación de insolvencia actual, y haber intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos en el que se designó mediador concursal. De igual modo se ha constatado que el solicitante ha cumplido con todos los requerimientos formales exigidos por el artículo 6.2 LC en cuanto a los documentos imprescindibles para poder declarar el concurso. Al amparo del artículo 242 LC se debe considerar el concurso como consecutivo. Se ha de proceder a nombrar Administración concursal en los términos regulados por el artículo 27, de entre las personas o entidades incluidas en los listados legalmente previstos. Designando conforme al artículo 242.1.º LC a la persona designada como mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos frustrado. El artículo 242 LC determina la apertura inmediata de la liquidación, quedando por lo tanto suspendidas las facultades patrimoniales, de administración y disposición de los órganos de la sociedad en los términos previstos en el artículo 145 LC. Dadas las alegaciones del deudor y la documentación que aporta con la solicitud, no parece, en principio, necesario adoptar conforme habilita la LO 8/2003 de 22 de julio ninguna medida cautelar, ni limitación alguna en las comunicaciones del concursado, siempre y cuando se cumplan las exigencias derivadas de una diligente y puntual cooperación del concursado con el juzgado y con los administradores del concurso durante la tramitación de este. Conforme al artículo 21.1.5.º y 23 LC en relación con el artículo 191.1 y 2 del mismo texto legal, se han ponderado las circunstancias y factores que determinan el llamamiento a los acreedores en los plazos legales, acordándose como publicidad para la presente declaración la publicación gratuita en el Boletín Oficial del Estado recogiendo el anuncio los datos indispensables para la identificación del concursado, el régimen patrimonial en el que quedan sus facultades, el juzgado competente, el número de autos y número general del procedimiento, la fecha de declaración, plazo para la comunicación de créditos y la identificación completa de la Administración concursal. La Administración concursal deberá tener en cuenta las especialidades del artículo 242 LC en cuanto a la

consideración de créditos contra la masa, honorarios de Administración concursal y cómputo de plazo para los actos rescindibles (AJM 3 Barcelona de 7 de octubre de 2015 [JUR 2015, 266843]).

En consecuencia, el concursado D. Lorenzo, antes de pedir el beneficio de la exoneración del pasivo, debería, al menos, haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos conforme a los artículos 231 y siguientes de la LC y no consta que lo haya hecho con todos los acreedores y, para que se le pueda aplicar el régimen de exoneración parcial del apartado 5.º del art. 178 bis. 3 LC, debiera haber acreditado al menos la existencia de negociaciones previas serias y tendentes a llegar a un acuerdo para de algún modo liquidar la deuda existente, ya sea por medio de aplazamientos, fraccionamiento, reducción o de algún otro modo (dación en pago, cesiones de crédito...). Por otro lado, tampoco consta probado que hubiera atendido al pago del 25 % de los créditos ordinarios (SJPI 2 Segovia de 28 de julio de 2017 [JUR 2017, 251020]).

La utilización del acuerdo extrajudicial de pagos como simple medio para “cumplir el expediente” y así evitar el abono del 25 % del crédito ordinario no puede sino ser considerado como un fraude de ley que no puede ser amparado. El beneficio se otorga a aquellos que han acudido a dicha vía e intentado de manera real y efectiva con sus acreedores llegar a un entendimiento acerca del modo y forma de abonar sus créditos, bajo el prisma de la reducción del crédito o del aplazamiento de su pago en condiciones distintas y más ventajosas para el deudor, de manera que los acreedores consideren más adecuado y ventajoso a sus intereses el cobro de una cantidad inferior o en un mayor plazo de la deuda, frente al peligro que supondría no cobrar o cobrar una cantidad exigua por verse abocado el deudor a un proceso concursal liquidativo. [...] Obviamente en el presente caso, por lo ya manifestado, no podemos llegar a otra conclusión que no sea que no se ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, pues la petición de que se le perdone el 100 % de la deuda mal casa con intento serio alguno en tal sentido (SJM Logroño de 25 de febrero de 2016).

Actividad

¿Puede darse como válido para el logro del beneficio de la exoneración del pasivo un acuerdo extrajudicial de pagos en el que se propone un perdón del total de la deuda? Consultad la SAP La Rioja (1.ª) de 29 de julio de 2016.

5. La declaración de concurso

5.1. Presupuestos

5.1.1. Procesales

Los presupuestos procesales se refieren a la jurisdicción y competencia del órgano judicial que va a conocer del concurso, que debe tratarse siempre de un Juzgado de lo Mercantil, y a la personalidad del deudor instante de la declaración de concurso, así como de los acreedores y demás legitimados para solicitarla.

5.1.2. Materiales

Por lo que respecta al **presupuesto subjetivo**, cualquier deudor puede ser declarado en concurso, ya sea persona natural o persona jurídica.

También hay que incluir en el ámbito subjetivo del concurso ciertas entidades sin personalidad jurídica.

Ejemplo

Sociedades mercantiles, asociaciones, cooperativas y sociedades civiles.

Ejemplo

La herencia, en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente (herencia yacente).

Jurisprudencia

Por lo tanto, si el mismo apelante habla de herencia yacente, esta y no él será la deudora que pudiera ser declarada en concurso. Es más, si todos los herederos, cuya aceptación no consta, la aceptaran a beneficio de inventario, podría continuar el concurso de la herencia, o ser declarado el concurso de esta, ya que no se produce confusión de patrimonios del aceptante y caudal hereditario. O, en todo caso, podría concursar un patrimonio separado del heredero, pero que no justificaría por sí mismo una declaración del concurso, ya que sólo respondería de las deudas del causante con el caudal relicto, no con el resto de su patrimonio (AAP Pontevedra [1.ª] de 29 de abril de 2009 [AC 2009, 160]).

En el supuesto presente, la solicitud de concurso lo es de una sociedad unipersonal cuyo socio único falleció con anterioridad a la presentación del concurso y los poderes especiales para la presentación de la solicitud fueron otorgados por los legítimos herederos de este, y a requerimiento del juzgado estos acreditaron que la herencia había sido aceptada por todos ellos a beneficio de inventario. De todos estos hechos, lógicamente el juez aplica lo dispuesto en el art. 1.2 en conexión con el art. 3.4 de la LC, que recogen que cuando la herencia no sea aceptada pura y simplemente por los herederos podrá tramitarse la herencia yacente del fallecido (AAP Girona [1.ª] de 23 de enero de 2009 [JUR 2009, 142250]).

La Ley Concursal recoge la posibilidad de dicha solicitud siempre que partamos de una herencia no aceptada pura y simplemente a los efectos de la responsabilidad patrimonial universal, que en tal caso se produce a tenor de lo previsto en los artículos 995, 1003 y 1911 del Código civil. Los supuestos, por tanto, que se pueden dar son o bien la no aceptación, incluso repudio, o la aceptación a beneficio de inventario o durante el tiempo en que ejerza su derecho a deliberar (AJM 1 Málaga de 23 de junio de 2008 [AC 2008, 1568]).

Es preciso acreditar la defunción y la existencia de caudal relicto, y que no conste que la herencia haya sido aceptada pura y simplemente (AJM 4 Madrid sw 21 de julio de 2005 [JUR 2005, 1708]).

La herencia no es y nunca se ha tenido por “una personalidad jurídica propia e independiente”. Ni el artículo 1026 del Código civil, ni la jurisprudencia sobre la capacidad procesal de la herencia yacente van más allá de reconocer a la herencia capacidad para ser parte en el proceso civil, y capacidad procesal que se ejerce por medio de su administrador o representante. Cabalmente es un fenómeno de parte procesal que carece de personalidad. La herencia que puede concursar no debe ser aceptada pura y simplemente, y la solicitud del heredero implica la aceptación a beneficio de inventario. El concurso declarado a solicitud de los herederos nunca es de un patrimonio de titular temporalmente indeterminado, sino de un titular determinado, que es desde la muerte del causante, el heredero (SJM 2 Bilbao de 2 de mayo de 2007).

En cambio, no pueden ser declarados en concurso las entidades integrantes de la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (art. 1 LC).

Jurisprudencia

Una sociedad cuyo capital es de composición mixta, como la que ahora nos ocupa, únicamente podría acceder a la gestión indirecta de un servicio público de acuerdo con el referido art. 85,b), que nos remite al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo art. 277 contempla la encomienda del servicio a una “sociedad de economía mixta” (entendiéndose por tal aquella en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas) como una modalidad más de contratación administrativa. Huelga indicar, por lo tanto, que si una “sociedad mercantil local”, en la que todo su capital es directa o indirectamente de titularidad pública, no participa de las características de un ente de derecho público, menos aún podrá hacerlo una “sociedad de economía mixta” (AAP Madrid [28.ª] de 6 de abril de 2015 [JUR 2015, 178278]).

En materia local, por tanto, la entidad instrumental local y entidad pública empresarial no podría ser declarada en concurso, es decir, aquellas que tienen personificación jurídico-pública, pero sí aquellas que tienen personificación jurídico-privada. Este es precisamente el presente caso, en donde se trata de una sociedad mercantil (sociedad limitada) con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial es la plena participación pública, que no le quita la naturaleza privada. Sustraerla del derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia (AJM 1 Málaga de 13 de abril de 2009 [AC 2009\ 1005]).

Se trata de una sociedad (anónima) concesionaria de determinados servicios municipales del indicado municipio, cuales son los servicios de agua, alumbrado, parques y jardines, conservación de la red viaria y de edificios públicos [...]. El capital es público en un 30 %, [...] es claro que nos encontramos ante una empresa de servicios que no implica el ejercicio de autoridad, en la que el capital público es minoritario, y donde las facultades de disolución y liquidación no requieren de ningún tipo de obstáculo administrativo, [...], por lo que la legitimada no es una corporación de derecho público en el sentido del art. 1.3 LC, y en ella concurre el presupuesto subjetivo para la declaración del concurso (AJM 1 Almería de 22 de junio de 2011 [AC 2011, 2002]).

El **presupuesto objetivo** del concurso es la insolvencia o estado en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Si el concurso es instado por el deudor, la insolvencia también puede plantearse como inminente, que se traduce en una previsión futura de incumplimiento.

Actividad

Consultad las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo sobre la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso: SSTs de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7253), de 1 de abril de 2014 (JUR 2014, 114099) y 7 de mayo de 2015 [JUR 2015, 146863].

Jurisprudencia

Ciertamente, como hemos señalado en esas sentencias, el presupuesto objetivo del concurso, cuya concurrencia obliga a la solicitud temporánea (art. 5.1 L), no son los hechos reveladores de la insolvencia a que alude el art. 2.4 LC, que sirven para facilitar la petición de concurso a instancia de los acreedores, entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.1.º LC) y el impago de obligaciones tributarias o de cuotas de la SS durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (art. 2.4.4.º LC). El presupuesto objetivo del concurso es el estado de insolvencia tal como lo define el art. 2.2 LC: se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Decíamos en la sentencia de 11 de marzo de 2009, entre otras, que la expresión “estado de insolvencia” debe entenderse en un sentido flexible y no absoluto, no identificado necesariamente con la definitiva e irreversible impotencia patrimonial, sino con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo superior al pasivo exigible. Síntoma o hecho revelador de tal estado puede ser el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, o el impago de las obligaciones tributarias o de cuotas de la SS durante tres meses (anteriores a la solicitud de concurso), de acuerdo con el art. 2.4 LC, pero lo relevante es la capacidad del deudor para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente, y en qué momento dejó de tenerla. A tal efecto, un dato significado para apreciar tal estado será la constatación de un cese generalizado en el pago de las obligaciones exigibles, mas no el impago puntual o aislado de ciertos créditos (SAP Barcelona [15.ª] de 7 de octubre de 2015 [JUR 2015, 269064]).

Lo importante y decisivo es la insolvencia del deudor y no la imposibilidad de cobro por parte de los acreedores, que solamente es la consecuencia de la insolvencia que se puede manifestar por una serie de circunstancias que nada tengan que ver con la insolvencia. Se puede ser solvente, tener la financiación adecuada y, sin embargo, no pagar por otra razón cualquiera, o sin alguna razón aparente. Cualquier dificultad sin más que los acreedores puedan tener para cobrar sus créditos no significa que se esté ante un estado de insolvencia de quien no paga (SAP Baleares [5.ª] de 7 de julio de 2014 [JUR 2014, 200055]).

Para el derecho concursal español lo relevante es que el deudor no pueda cumplir de modo regular sus obligaciones, con independencia de la razón que lo motive y, por tanto, de que ello se deba o no a causa que le resulte imputable a aquel (AAP Madrid [28.ª] de 8 de mayo de 2008 [JUR 2008, 186818]).

Actividad

Contestad a las siguientes preguntas:

- a) ¿Cabe que un deudor insolvente sea declarado en concurso si no hay una pluralidad de acreedores?
- b) ¿Procede la declaración de concurso cuando no existe activo realizable? ¿La solución sería la misma si el deudor hubiese realizado actos de venta de bienes a terceros en los dos años anteriores?

Consultad el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de marzo de 2011 (JUR 2011, 202026); Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de enero de 2010 (JUR 2010, 83213); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 474084); Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 4 de marzo de 2008 (AC 2008, 920); Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid de 13 de octubre de 2006 (AC 2007, 669) y Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 3 de diciembre de 2004 (AC 2005, 58).

Precisión

No obstante, cuando la solicitud de concurso sea presentada por un acreedor y se funde en un embargo o investigación patrimonial infructuosos o que haya dado lugar a una

declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto el primer día hábil siguiente sin ninguna otra actividad adicional (art. 15.1 LC).

Con independencia de que el concurso sea solicitado por el propio deudor (concurso voluntario) o por alguno de los demás legitimados (concurso necesario), el estado de insolvencia debe ser acreditado. Por esta razón, a la mera presentación de la solicitud no sigue una declaración automática del concurso.

1) Cuando la solicitud sea presentada por el deudor, además de indicar si su estado de insolvencia es actual o inminente, habrá de justificar su situación de endeudamiento a través de los documentos que está obligado a acompañar a aquella (arts. 2.3 y 6 LC); y también podrá alegar la concurrencia de alguno de los hechos indiciarios de la insolvencia previstos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal.

Precisión

De conformidad con el artículo 6.2 de la Ley Concursal, tales documentos son un poder especial para solicitar el concurso, una memoria, un inventario de bienes y una relación de acreedores; y, en su caso, la plantilla de trabajadores, con la identidad del órgano de representación de los mismos, y los documentos contables previstos en el artículo 6.3.

Jurisprudencia

La exigencia documental no es un fin en sí misma, sino que está al servicio de una finalidad sustantiva, cual es la de justificar el presupuesto objetivo del concurso y proporcionar la información económica y patrimonial adecuada para permitir que la Administración concursal pueda cumplir sus funciones esenciales (AAP Barcelona [15.ª] de 25 de septiembre de 2007 [JUR 2008, 14950]; AAP Barcelona [15.ª] de 9 de diciembre de 2010 [JUR 2010, 117652]).

2) Cuando la solicitud sea presentada por un acreedor, deberá fundarla en la existencia de una ejecución infructuosa o de alguno de los hechos recogidos en el artículo 2.4: el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones; la presencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; el alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes; y, por último, el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, salariales e indemnizatorias, así como de pago de cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (arts. 2.4 y 7 LC).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Es necesario el sobreseimiento total, esto es, el impago de la integridad de los créditos por el deudor?
- b) ¿Hay sobreseimiento general si el deudor sufre algún retraso en el pago o incumplimiento esporádico?

Consultad, entre otras resoluciones, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 2011 (AC 2011, 1430).

Jurisprudencia

En un concurso necesario, debe sustentarse la insolvencia del deudor en ese catálogo de hechos establecido con carácter taxativo por el art. 2.4 LC; en cambio, cuando la solicitud de concurso la presenta el deudor, la insolvencia puede fundarse en esos mismos hechos o en cualquier otro distinto. Además, los hechos externos enumerados en el art. 2.4 LC constituyen una presunción *iuris tantum* de que el deudor conocía su estado de insolvencia, conforme dispone el art. 5.2 LC (SAP Barcelona [15.ª] de 4 de junio de 2015 [AC 2015, 1020]).

De este modo, para que el concurso necesario pueda ser declarado, no bastará con la aportación de documentos que no justifiquen de manera plena cualquiera de los hechos que el art. 2.4 LC ha considerado reveladores de la situación de insolvencia [...] La acreditación de estos extremos debe producirse en el mismo momento de la presentación de la solicitud de declaración del procedimiento y no en un momento posterior [...] el juez del concurso no sólo se encuentra plenamente facultado para analizar de oficio la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, sino que está obligado a ello en el plano procesal (requisitos formales) y en el de la materia (título y hechos reveladores de la insolvencia), debiendo rechazar de oficio la solicitud que no reúna tales exigencias (AAP Lérida [2.ª] de 1 de septiembre de 2012 [JUR 2012, 350909]). Procede la declaración de concurso necesario del deudor que, concurriendo alguno de los indicadores externos de insolvencia (art. 2.4 LC), no ha acreditado que pese a ello su situación es de solvencia (AAP Sevilla [5.ª] de 1 de diciembre de 2010). No procede la declaración de concurso necesario si no se han demostrado los hechos externos reveladores de la insolvencia, aunque en su oposición a la solicitud de concurso, el deudor no sea capaz de probar que puede pagar regularmente y el balance muestre iliquidez y sobreendeudamiento. La normativa no mantiene una concepción patrimonial de la insolvencia actual, sino funcional o negocial, ya que a la insolvencia técnica debe añadirse un hecho externo revelador, que viene tasado en la Ley Concursal (AJM 1 Las Palmas de 19 de octubre de 2010 [AC 2010, 1801]). Como señala el Auto de la Sección 28.ª (especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2006, "... La falta de una prueba suficiente de la existencia de hechos reveladores de la insolvencia de la sociedad deudora, concretamente del sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, hace innecesario entrar a valorar otros extremos de la resolución recurrida y controvertidos en el recurso, puesto que tal falta de prueba suficiente de tales hechos conlleva la desestimación de la solicitud de declaración de concurso necesario" (AJM 2 Madrid de 5 de mayo de 2009 [AC 2009, 1053]).

En el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de *numerus clausus* donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida sólo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario), sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados "hechos reveladores" o "hechos de concurso"), que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella [...] la tesis del *numerus clausus* viene confirmada por la propia regulación legal. Así: 1. El art. 7-1 de la Ley Concursal exige que el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud. 2. Si bien el art. 18 de la Ley Concursal admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los "hechos reveladores" invocados por el acreedor (los del art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre huérfana de prueba ni, obviamente, cuando no se ha invocado hecho revelador alguno. 3. Es la propia exposición de motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que "... Los legitimados para solicitar el concurso del deudor [...] han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados [...] Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud" (AAP Madrid [28.ª] de 5 de diciembre de 2014 [JUR 2015, 247663]); AAP Madrid [28.ª] de 17 de diciembre de 2010 [JUR 2011, 95224] y de 20 de febrero de 2012 [JUR 2012, 177370]).

5.2. Procedimiento

El concurso no puede ser declarado de oficio, sino que tal declaración debe partir de la iniciativa de alguna de las personas que aparecen como legitimadas en el artículo 3 de la Ley Concursal. Así, la solicitud de concurso puede proceder del deudor, en cuyo caso tendrá la consideración de voluntario, o de cualquiera de sus acreedores, siendo entonces el concurso necesario (art. 22 LC); y si la declaración de concurso es pedida por ambos, se sigue el principio de prioridad temporal, es decir, el concurso será voluntario o necesario en función de quién haya presentado la primera solicitud, el deudor o un acreedor, respectivamente.

Jurisprudencia

La declaración de concurso no puede realizarse *ex officio iudicis*. El juez, por motivos de orden público y de amparo del mercado, no puede proceder, aun en los casos de notorio sobreseimiento general de pagos, a declarar el concurso necesario. Por esa misma razón, tampoco debe propiciarse una interpretación *ad restringenda* de los requisitos de legitimación activa (AJM 2 Bilbao de 28 de mayo de 2007).

Precisión

Tras la reforma derivada de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, si el deudor es una persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación. No obstante, la Ley Concursal también reconoce legitimación para pedir la declaración de concurso de la persona jurídica al órgano de administración o liquidación y a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquella. Y, para solicitar el concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente, están legitimados los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia (art. 3 LC).

Jurisprudencia

La Ley Concursal atribuye la legitimación para decidir sobre la solicitud de concurso, tanto en caso de insolvencia actual como inminente, al órgano de administración de la sociedad, sin que pueda entenderse que siendo inminente la insolvencia la decisión de solicitar el concurso ha de adoptarla la junta general, en la consideración de que en este caso no hay una verdadera obligación, ni un verdadero riesgo para el administrador (art. 5 LC). Ahora bien, a la legitimación para solicitar el concurso no debe trasladarse el problema de la responsabilidad del órgano de administración por no solicitar el concurso, ya que se trata de cuestiones distintas y del artículo 3.1 de la Ley Concursal sólo puede deducirse que el órgano de administración está legitimado en todo caso (AJM 3 Barcelona de 3 de diciembre de 2008 [AC 2008, 2088]).

Han de aplicarse las reglas para la formación de voluntad por parte del órgano de administración de la sociedad: actuación conjunta de los administradores mancomunados, acuerdo adoptado en el consejo de administración o decisión adoptada por consejero delegado dentro del ámbito de las funciones objeto de delegación, o actuación de cualquier administrador solidario. Por un lado, no consta la actuación conjunta de los liquidadores mancomunados en orden a solicitar el concurso de acreedores, sino discrepancias entre ellos (AAP Vizcaya [4.º] de 30 de marzo de 2009). Dado que se trataría de un concurso voluntario, en tanto lo solicita el deudor, la legitimación para instar la declaración de concurso, en el caso que nos ocupa de deudor persona jurídica, corresponde conforme al artículo 3-1 de la Ley Concursal al órgano de administración, por lo que ineludible resulta la concurrencia del otro administrador mancomunado, el ahora recurrente (AAP La Rioja de 27 de diciembre de 2010 [JUR 2011, 69013]). Si la sociedad a través de su junta general, única legitimada para nombrar administradores y decidir sobre el modo de administración, optó por una administración mancomunada de dos administradores, no le es dable al administrador que permanece en el cargo actuar de modo individual sin convocar junta para el nombramiento de nuevos administradores, cuando ha tenido tiempo suficiente

para hacerlo. Por dichos motivos, el otorgamiento de apoderamiento *apud acta* no se considera suficiente para subsanar la deficiencia apuntada, en la que se considera que el solicitante carece de legitimación (AJM 7 Madrid de 14 de febrero de 2007).

El único legitimado para realizar la solicitud es el órgano de administración (los administradores legales), pero esto no impide que el administrador de hecho pueda ser responsable si el administrador legal es un mero testaferro, en cuanto la omisión se puede imputar a quien tomaba las decisiones de la compañía. Y esto no obsta que la responsabilidad pueda ser también del administrador legal, que ha dejado de cumplir con un deber legal grave. Para eximirse de responsabilidad, no puede escudarse en la existencia de un administrador de hecho que *de facto* administraba la compañía, salvo que demuestre que intentó cumplir con aquel deber legal y que el administrador de hecho lo impidió (STS 22 de julio de 2015 [RJ 2015, 3512]).

Hay que apuntar, además, que está legalmente contemplada la posibilidad de declaración conjunta de varios deudores. Ello si son cónyuges, existe confusión de patrimonios entre ellos o, tratándose de personas jurídicas, cuando formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones (art. 25 LC).

Jurisprudencia

Para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión. [...] Si existe control, en el sentido definido en el art. 42.1 del Código de Comercio, para que exista un grupo societario a efectos de la Ley Concursal, es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil (que tendría la obligación contable de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados) o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables. [...] Las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio, y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una persona física o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación. [...] Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una de estas fundaciones o una persona física ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada, o que no se tramiten acumuladamente los concursos de dos sociedades integradas en uno de estos grupos, simplemente porque en la cabecera del grupo se encuentra una fundación o una persona física y no otra sociedad (STS de 15 de marzo de 2017 [RJ 2017, 1370]).

De la regulación concursal puede colegirse, de una parte, que la existencia de un grupo de sociedades no impide que puedan ser declaradas en concurso las sociedades del grupo, y, de otra, que la declaración de concurso de la matriz no arrastra a las demás sociedades del grupo y viceversa (AJM [1] Cádiz de 10 de octubre de 2008 [AC 2009, 375]). La declaración conjunta tiene un alcance meramente procesal, sin que implique la tramitación conjunta de los distintos concursos ni el levantamiento del velo societario que permita la comunicación de responsabilidad entre las distintas sociedades del grupo. Si lo que se pretende es dicha extensión de responsabilidad, la solicitud de declaración conjunta no es el cauce adecuado para ello. En su solicitud, el acreedor instantáneo debe especificar el crédito que ostenta contra todos y cada uno de los deudores respecto de los cuales solicita que se declare el concurso. Además de acreditar su condición de acreedor, es imprescindible que se especifique en la solicitud el hecho revelador de la insolvencia que resulta de aplicación (AJM [1] Alicante de 13 de octubre de 2008 y de 20 de octubre de 2009). No puede hablarse de concurso del grupo, y sí de concursos de sociedades del mismo grupo, precisando que no han de ser todas, ni tampoco es necesario que sea declarada en concurso la matriz. No procede la declaración conjunta de concurso de varias sociedades si no se acredita su pertenencia al mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con

independencia de que entre ellas existan indicios de la existencia de un entramado societario (AJM [1] Cádiz de 15 de abril de 2011 [AC 2011, 1969]).

Precisión

También se podrá declarar judicialmente el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (art. 25.3 LC).

Jurisprudencia

La confusión de patrimonios se entiende como la imposibilidad de determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial de un determinado deudor pertenecen a este o a otro de los deudores insolventes (AJM 1 Pontevedra de 24 de abril de 2007). Si por patrimonio se entiende el conjunto de activos y pasivos titularidad de un sujeto de derecho, en cuanto a la extensión, existirá dicha confusión cuando concurra una conmixción de los elementos típicos patrimoniales, esto es, los conjuntos de activos y pasivos, de modo que se afecta la generalidad o mayoría muy principal de dicho conjunto, de dichas masas de los distintos concursos, aun cuando algunos activos o pasivos aislados sean individualizables para cada concurso, los cuales serán no obstante arrastrados por la consolidación, ya que no puede ser parcial, pues en otro caso no existiría propiamente confusión patrimonial. Siguiendo con la extensión de la conmixción, debe afectar tanto a pasivo como activo, no sólo a uno de tales aspectos, ya que el concepto de patrimonio es omnicomprendivo de ambos elementos (AJM 8 Madrid de 30 de enero de 2014 [AC 2014, 212]).

Precisión

En estos casos también cabe que, si se han declarado de forma independiente los concursos de los citados sujetos, posteriormente se acumulen. Pero la declaración conjunta y la acumulación sólo suponen la tramitación coordinada de los procesos, no una consolidación de masas, salvo que exista confusión de patrimonios.

Jurisprudencia

“La no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudores cuyos concursos se tramitan acumuladamente es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica, en este caso de las sociedades afectadas. Este respeto a la personalidad jurídica, en el caso del grupo de sociedades, preserva los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades, y sobre todo de los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, plasmado extraconcursalmente en el art. 1911 CC y concursalmente en el art. 76 LC. Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto de las sociedades del grupo” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de junio de 2011 [AC 2011, 2047]).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Es posible que un grupo de sociedades constituya el sujeto sobre el que recae la declaración de concurso?
- b) ¿La declaración de concurso de la sociedad matriz arrastra a las demás sociedades del grupo?

c) ¿Cabe la declaración conjunta en concurso de personas físicas y jurídicas?

Consultad, entre otras resoluciones, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz de 10 de octubre de 2008 (AC 2009, 375).

La Ley Concursal recoge el deber del deudor de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, presumiéndose tal conocimiento, salvo prueba en contrario, cuando haya acaecido alguno de los hechos indiciarios previstos en el artículo 2.4 (art. 5.1 y 2 LC).

Precisión

En el ámbito de la sección de calificación del concurso, el incumplimiento por el deudor de ese deber constituye una de las presunciones de existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia (art. 165,1º LC). Ello puede dar lugar a que el concurso se considere culpable, si bien se admite prueba en contrario, esto es, se trata de una presunción *iuris tantum*.

Como consecuencia de las reformas operadas en 2009 y 2011, se concede al deudor que haya iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio un plazo máximo de cuatro meses para solicitar el concurso, a contar desde la comunicación que debe realizar para poner en conocimiento del juzgado esta circunstancia (art. 5 bis LC). De esta manera, si dentro del referido plazo algún acreedor presenta una solicitud de concurso, el juez no proveerá sobre la misma hasta que aquel haya transcurrido enteramente; y, si el deudor también hubiera presentado una, se le dará trámite en primer término (art. 15.3 LC). Si en ese plazo de cuatro meses el deudor evita la situación de insolvencia, por ejemplo, a través de la refinanciación de sus deudas, no deberá pedir el concurso por no concurrir su presupuesto objetivo.

Precisión

En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pagos, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

Actividad

¿Debe el deudor acreditar o presentar en el juzgado alguna documentación que justifique el contenido de un convenio definido o desarrollado? Consultad el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de diciembre de 2010 (AC 2011, 915).

Presentada la solicitud de concurso por alguno de los sujetos legalmente legitimados, el juez del concurso, en el mismo día o en el siguiente hábil al de su reparto, procederá a su examen y, si estimase que adolece de defectos, señalará un plazo de subsanación, no pudiendo exceder de cinco días. En cambio, si estuviera completa, proveerá según lo dispuesto en el artículo 14 o 15 de la Ley Concursal, según se trate de concurso voluntario o necesario, respectivamente (art. 13 LC).

1) En el primer caso, sólo se declarará el concurso cuando de la documentación aportada junto a la solicitud de concurso resulte la existencia de alguno de los hechos previstos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.

2) En el segundo, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso necesario, en la que el acreedor ha de expresar todos los datos relativos a su crédito y los medios de prueba de que pretenda valerse, tiene lugar la apertura de un incidente contradictorio.

Precisión

Como sabemos, si la solicitud del acreedor se fundó en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, no se abre dicho incidente, declarando el juez automáticamente el concurso el primer día hábil siguiente (art. 15.1 LC).

Si el deudor no comparece a la vista, comparece pero no se opone o se allana, aquel declarará el concurso sin más trámites (art. 18.1 LC). En cambio, si el deudor comparece y se opone a la declaración de concurso, deberá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamente la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 LC). Practicadas las pruebas solicitadas por las partes y declaradas pertinentes, el juez declarará el concurso o desestimará la solicitud mediante auto, cuyo pronunciamiento principal, esto es, el relativo a la estimación o desestimación de la solicitud de concurso, es recurrible en apelación, mientras que los demás son recurribles en reposición (arts. 19 y 20 LC).

Ejemplo

El pronunciamiento relativo a la adopción de medidas cautelares.

5.3. Efectos

5.3.1. Efectos sobre el deudor

La declaración de concurso genera un haz de efectos que se proyectan tanto sobre la esfera personal como patrimonial del deudor. Por un lado, desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, es posible la adopción judicial de medidas relativas al secreto de la correspondencia, la libertad personal o a la inviolabilidad del domicilio.

Precisión

Estas medidas que, por su incidencia directa en los derechos y libertades fundamentales del deudor, se encuentran previstas en una norma con rango de ley orgánica, en concreto, en el artículo primero de la Ley Orgánica para la reforma concursal. Por esto el artículo 41 de la Ley Concursal se remite a aquella en cuanto a los efectos de dicha declaración sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor.

Por otro, el auto declaratorio del concurso trae consigo otros efectos que afectan al ejercicio de sus facultades patrimoniales, limitándolas con diferente intensidad según se trate de concurso voluntario o necesario.

a) Si el concurso es voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición de su patrimonio, si bien el ejercicio de estas queda sometido a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (art. 40.1 LC).

b) Si el concurso es necesario, se suspende al deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 LC).

Jurisprudencia

En principio, se parte de la diferenciación entre concurso voluntario y concurso necesario, y se determina que en el primero el deudor conserva la administración y disposición de su patrimonio, que queda sometido a la intervención de los administradores, mediante su autorización o conformidad. Para el concurso necesario, la regla es la contraria, y se prevé la suspensión para el deudor de aquellas facultades, y es sustituido por la Administración concursal. La intervención equivale en la práctica al establecimiento de un control sobre la actividad económica del deudor. El criterio, no obstante, es el de la continuación de la actividad económica, razón por la que el art. 44 permite a los interventores el establecimiento de un catálogo de actividades que por su naturaleza y cuantía queden exoneradas del necesario control. Para el intervalo entre la declaración de concurso y la designación y toma de posesión de los interventores, el deudor puede realizar los actos inaplazables (AAP Pontevedra [1.ª] de 24 de junio de 2011 [JUR 2012, 399578]).

Precisión

El juez del concurso tiene la facultad de acordar, siempre motivadamente, la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario, con indicación de los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener. Además, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o suspensión, a solicitud de la Administración concursal y oído el concursado. El cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y la consiguiente modificación de las facultades de la Administración concursal se someterán al régimen de publicidad de los artículos 23 y 24 (art. 40.3 y 4 LC).

Jurisprudencia

No obstante lo anterior, el apartado 3 del citado precepto permite al juez acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario, siempre motivando el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener. [...] En el supuesto enjuiciado, se considera más adecuado fijar inicialmente el régimen de mera intervención, en primer lugar, porque no puede olvidarse que la deudora ha solicitado su propia declaración de concurso antes de ser emplazada y sólo dos días después de presentarse el concurso necesario y aun cuando es más que probable que ya tuviera conocimiento, antes del emplazamiento, de la presentación del concurso necesario, también lo es que ya estaba preparando la presentación de su solicitud, precipitada por la de los acreedores. En segundo lugar, la complejidad del negocio aéreo y las posibles iniciativas de la deudora o de terceros, de las que se han hecho eco los medios de comunicación y que, de una u otra forma, pueden afectar a la suerte final de la sociedad y a la mayor o menor satisfacción de los acreedores y a un mayor o menor sacrificio laboral, aconsejan adoptar el régimen de intervención frente a la suspensión, el cual podría generar en principio la paralización o interrupción de esas iniciativas derivadas de la propia sustitución, que serán más satisfactorias cuanto antes se puedan concretar, siempre sometidas en cuanto afecten a los bienes, derechos y obligaciones que hayan

de integrarse en el concurso, a la más ágil autorización o conformidad de la Administración concursal y, en su caso, de este órgano judicial (AJM [5] Madrid de 11 de enero de 2007 [AC 2007, 249]).

Examinada la solicitud y la documentación aportadas por el propio deudor, por cuanto este es hasta el momento el único parámetro por el que pueden regirse las decisiones que se adoptan en la presente, y estrictamente desde el punto de vista señalado por la Ley, el mantenimiento de las facultades patrimoniales del deudor entraña evidentes riesgos. Ello se desprende, en primer y destacado lugar, del hecho de que el órgano de administración ha incumplido el deber de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2012 en el plazo indicado en el artículo 253.1 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que constituye una de las funciones esenciales del órgano de administración. Asimismo se reconoce incumplido el deber de presentar, ante la CNMV, los estados financieros intermedios correspondientes al segundo semestre de 2012 (art. 35 LMV). Al tiempo, se manifiesta que las cuentas se hallan sin auditar (al menos, sin haberse finalizado por completo la auditoría preceptiva), [...]. Existen, además, discrepancias relevantes entre la información suministrada junto con la solicitud de concurso y la subsanación presentada pocos días después: diferencia del porcentaje de participación del socio mayoritario (14,426 % frente al 7,515 %), e incluso una diferencia del pasivo total (se indica que por error) de cerca de 88 millones de euros. Por otra parte, se constata (doc. 2.6 de los acompañados con la demanda) cómo el cargo del miembro que es actual presidente del Consejo de Administración habría caducado en fecha inmediata tras el transcurso del plazo estatutario de 5 años. También es llamativo que la decisión de solicitar el concurso de acreedores haya sido adoptada, como se informa, por mayoría del Consejo de Administración, lo que por descontado es legítimo, pero da cuenta de la existencia de discrepancias en una decisión de tal trascendencia. Todo lo anterior apunta, sin temor al equívoco, a que mantener las plenas facultades del deudor puede conducir a una situación de difícil gobernabilidad en absoluto compatible con el orden que debe presidir el proceso concursal, [...] (AJM [1] Pontevedra de 25 de abril de 2013 [AC 2013, 745]).

Actividad

¿Puede acordarse judicialmente la suspensión de facultades para ciertas operaciones y la mera intervención para otras? Consultad el AJM (2) La Coruña de 11 de diciembre de 2013 (AC 2013, 1873).

La infracción por el deudor de las limitaciones que recaen sobre sus facultades patrimoniales no tiene aparejada la nulidad del acto realizado por el deudor, siendo meramente anulables a instancia de la Administración concursal, siempre que no las hubiera convalidado o confirmado (art. 40.7 LC).

Jurisprudencia

Consiguientemente, de existir algún tipo de dudas sobre la corrección de lo realizado por la entidad concursada, no se plantea duda alguna de que cuanto menos por la Administración concursal se convalida lo realizado por la entidad demandante concursada. (SAP Alicante [9.ª] de 4 de junio de 2013 [JUR 2013, 266536]). Ahora bien, esta autorización no requiere una formalidad específica, por lo que constando el conocimiento y consentimiento de la decisión respecto del actor del despido disciplinario por parte de la Administración concursal, no se accede a la pretensión de la parte recurrente (STSJ Andalucía, Sevilla, [Sala de lo Social, 1.ª] de 8 de noviembre de 2012 [AS 2013, 1004]). Pues bien, en el supuesto analizado es patente la convalidación por parte de la Administración concursal de la actuación empresarial llevada a cabo en relación con la extinción del contrato de trabajo de la parte demandante, y esta convalidación se patentiza en la conformidad dada a la extinción, en el conocimiento de la Administración concursal de la entrega de la comunicación extintiva, en la certificación de la indemnización derivada del cese como parte del crédito del trabajador en el concurso y en la ausencia del ejercicio de acción alguna de anulación, circunstancias todas ellas que impiden apreciar en la decisión judicial impugnada las infracciones que se dicen cometidas (STSJ La Rioja [Sala de lo Social, 1.ª] de 1 de octubre de 2015 [AS 2016, 86]; STSJ La Rioja [Sala de lo Social, 1.ª] de 10 de septiembre de 2015 [AS 2016, 366]). Dicho lo anterior, ya decimos que el artículo 40.7 de la Ley Concursal no es aplicable, no ya por no servir de apoyo a la acción ejercitada, sino porque se refiere a actos de la concursada sin respetar los límites de gestión que le hayan sido impuestos por el juzgado de lo mercantil, y aquí no se discute que se

trataron de pagos intervenidos por la Administración concursal, pues expresamente dice ese precepto que la anulación de esos actos requerirá que la Administración concursal “no los hubiese convalidado o confirmado” (SAP Córdoba [1.ª] de 24 de mayo de 2016 [AC 2016, 1232]).

La finalidad de dichas limitaciones patrimoniales es procurar la conservación y administración de la masa activa del modo que resulte más conveniente para el interés del concurso. Por eso está prohibida, sin autorización del juez, la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que la integran hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación (art. 43.2 LC).

Precisión

La Ley Concursal establece ciertos supuestos en los que cabe la enajenación de bienes y derechos por los administradores sin autorización judicial previa (art 43.3 LC).

Jurisprudencia

En su desarrollo sostiene que la autorización judicial no es un elemento constitutivo de la capacidad de obrar de la concursada y, por tanto, de la conformación de su voluntad de disposición, sino de control de la conservación del valor de la masa activa y, en consecuencia, de la idoneidad de la disposición realizada. Por lo que la venta quedó perfeccionada, dentro del plazo, con la autorización que otorgó la Administración concursal. El motivo debe ser desestimado. Aunque la controversia planteada ha girado en torno a la legislación concursal, esto es, a la interpretación y alcance del artículo 43.2, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 11 de octubre, hay que precisar que, en el presente caso, su fundamentación o *ratio decidendi* responde, más bien, al régimen general o civil de la formación del contrato, particularmente de la vigencia de la oferta realizada y su posible caducidad por el transcurso del plazo otorgado. En efecto, no se trata, conforme al citado artículo 43.2 LC, de analizar la validez de una disposición patrimonial efectuada y, por tanto, de una venta ya perfeccionada en fase de ejecución, sino, por el contrario, de analizar la propia fase de formación del contrato que precede a la perfección de este. Supuesto del presente caso, en donde la formación no fue instantánea, sino sucesiva mediante la realización de una oferta de adquisición de bienes del concursado sujeta a un plazo de caducidad. De forma que el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la oferta comportó su caducidad y, en consecuencia, la ausencia de perfección del contrato, es decir, su inexistencia no por falta de complemento de capacidad o de posterior control judicial, sino por la propia caducidad de la oferta. Por lo que cuando la concursada requirió a la demandada para el cumplimiento del contrato, el 3 de agosto de 2012, la oferta ya había caducado con creces, desde el 19 de octubre de 2010. La solicitud de autorización por la Administración concursal no supone, en sí misma considerada, la aceptación de la oferta realizada (STS de 11 de octubre de 2017 [RJ 2017, 4298]).

Ejemplo

Los actos que sean indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería, o los inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Como regla general, la declaración de concurso no interrumpe la actividad del concursado, aunque es preciso distinguir, a tales efectos, entre los supuestos de intervención y de suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor:

- a) En el primer caso, la Administración concursal puede determinar las operaciones propias del tráfico de aquella que quedan generalmente autorizadas, pudiendo realizar el deudor, hasta la aceptación de los administradores concursales, los actos imprescindibles para la continuación de su actividad (art. 44.2 LC).
- b) En el segundo, es a la Administración concursal a quien corresponde la adopción de las medidas necesarias para mantenerla (art. 44.3 LC).

Precisión

Frente a la regla general de continuidad de la actividad de la empresa, el juez del concurso tiene la facultad de acordar su suspensión o cese, total o parcial, así como el cierre de todas o parte de las oficinas, establecimientos y explotaciones de titularidad del deudor, siempre a solicitud de la Administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores (art. 44.4 LC).

Ejemplo

Ello puede ser aconsejable cuando el desarrollo de la actividad genere pérdidas sustanciales, siendo contraproducente para el interés del concurso su mantenimiento.

La Ley Concursal vincula a la declaración de concurso una serie de deberes generales cuyo cumplimiento corresponde al deudor. Así, tiene que comparecer personalmente en el Juzgado de lo Mercantil y ante la Administración concursal cuantas veces sea requerido, y colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso (art. 42 LC). Relacionado con este deber de colaboración e información se encuentra el de puesta a disposición de la Administración concursal de los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de la actividad profesional o empresarial (art. 45 LC). Además, durante la tramitación del concurso subsiste la obligación de formular y auditar las cuentas anuales, recayendo sobre el deudor, en caso de intervención, aunque bajo la supervisión de los administradores concursales, y sobre estos últimos en el supuesto de suspensión (art. 46 LC).

Finalmente, la Ley Concursal dedica una norma especial al deudor persona física (art. 47) y otras al deudor persona jurídica (arts. 48 a 48 quáter):

a) La primera garantiza al deudor el derecho a alimentos con cargo a la masa activa a lo largo del concurso si existen bienes bastantes, si bien la apertura de la fase de liquidación trae consigo, como regla general, su extinción (arts. 47.1 y 145.2 LC). La extinción no tendrá lugar cuando el mantenimiento del derecho de alimentos sea imprescindible para atender las necesidades mínimas de concursado y su familia.

b) Las otras se refieren al mantenimiento durante la tramitación del concurso de los órganos de la persona jurídica deudora, que coexistirán con la Administración concursal hasta que, en su caso, se abra la fase de liquidación; apertura que tiene aparejada el cese de aquellos (arts. 48.1 y 145.3 LC). Pero la norma más importante es la relativa a la posibilidad de embargo de los bienes de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, si de lo actuado existen indicios fundados de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo serán condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación (art. 48 ter.1 LC); posibilidad de embargo que la Ley Concursal hace extensiva a los bienes

Precisión

La justificación de tal embargo preventivo es que, en el ámbito de la calificación del concurso, todos ellos pueden resultar finalmente responsables del pago de las deudas que quedan pendientes de pago.

Precisión

A solicitud de interesado puede sustituirse el embargo por aval de entidad de crédito.

y derechos de los socios subsidiariamente responsables con fundamento en la previsión de la insuficiencia de la mencionada masa para cubrir todos los créditos (art. 48 ter.2 LC).

Actividad

¿Puede el órgano judicial acordar indiscriminadamente el embargo de bienes de los administradores, liquidadores o apoderados generales sin tener en cuenta si su conducta ha generado o agravado la situación de insolvencia culpable de la concursada, o la adopción de dicha medida cautelar sobre el patrimonio de cada uno de esos sujetos exige verificar tal relación de causalidad? Consultad, en un sentido, el AAP Álava (2.ª) de 6 de julio de 2007 (AC 2007, 404); AAP Asturias (1.ª) de 1 de febrero de 2008 (LA LEY 20250, 2008); AAAP Vizcaya (4.ª) de 10 de julio de 2008 (LA LEY 188785, 2008) y de 1 de marzo de 2010; y en otro, los AAAP Barcelona (15.ª) de 9 de marzo de 2006 (JUR 2009, 176630), de 27 de abril de 2006 (JUR 2009, 176577), de 19 de julio de 2006 (LA LEY 261288, 2006), de 21 de septiembre de 2006 (JUR 2007, 184478), de 27 de septiembre de 2006 (AC 2007, 463) y de 25 de junio de 2008 (LA LEY 143585, 2008) (JUR 2008, 329162); AAP Zaragoza de 31 de octubre de 2007 (LA LEY 280773, 2007); SAP León de 15 de octubre de 2008 (LA LEY 258873, 2008); AAP La Rioja (1.ª) de 9 de enero de 2009 (JUR 2009, 240176).

5.3.2. Efectos sobre los acreedores

Declarado el concurso se produce la integración de todos los acreedores en la masa pasiva concursal (art. 49 LC), lo que constituye una muestra del carácter universal de este proceso, inspirado en el ya referido principio de la *par conditio creditorum* o igualdad de tratamiento de los créditos de los acreedores. La Ley Concursal distingue entre los efectos sobre las acciones individuales y los efectos sobre los créditos.

Jurisprudencia

Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 CC), quedan afectados por la declaración de concurso de P, S. L. Por el primero –art. 49 LC–, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC) (STS de 21 de mayo de 2013 [RJ 2013, 4956]; STS de 11 de diciembre de 2013 [RJ 2013, 7885]). En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par conditio creditorum*, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación (STS de 18 de febrero de 2013 [RJ 2013, 2021]).

1) Efectos sobre las acciones individuales (arts. 50 a 57)

Tras la declaración de concurso cabe la posibilidad de iniciar nuevos procesos declarativos, que deberán sustanciarse ante el juez del concurso si las materias sobre las que versan entran dentro de su competencia objetiva (art. 8 LC). Consecuencia de ello es que los jueces del orden civil y social ante los que

se interponga una demanda de la que deba conocer aquel se abstendrán de darle trámite y, de hacerlo, las actuaciones practicadas carecerán de validez, habiéndose de proceder al archivo de todo lo actuado (art. 50.1 LC).

En cuanto a los procesos declarativos en curso al tiempo de la declaración de concurso, continuarán ante el mismo tribunal que los estuviere conociendo hasta la firmeza de la sentencia; y una vez la sentencia haya adquirido firmeza, será vinculante para el juez del concurso, debiendo darle el tratamiento concursal correspondiente (art. 53.1 LC). No obstante, de oficio se acumularán al concurso los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista (art. 51.1 LC).

Precisión

Como excepción se suspenderán las reclamaciones que se hayan instado contra los administradores de la sociedad por no haber cumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 367 LSC) y las derivadas del artículo 1597 del Código civil (art. 51 bis LC).

La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales (art. 52.1 LC).

Precisión

Los procedimientos arbitrales que se encuentren en curso al tiempo de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza del laudo, que es la resolución que pone fin al arbitraje (art. 52.2 LC). Una vez la haya adquirido, vinculará al juez del concurso, quien le dará el tratamiento concursal que corresponda, igual que a las sentencias firmes (art. 53.1 LC).

En materia de ejecuciones y apremios, la regla general es la imposibilidad de inicio de nuevas ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, y apremios, administrativos o tributarios, después de la declaración del concurso. Los que se encuentren pendientes en este momento, por su parte, quedarán en suspenso (art. 55.1 y 2 LC).

Jurisprudencia

Recuérdese que este último precepto establece como regla general informadora la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares del patrimonio del deudor a partir de la declaración del concurso y, a tal efecto, no realiza y admite distinción alguna entre los diferentes tipos de ejecución, ni por su naturaleza, ni por el órgano que las ordena. Queda prohibida, pues, la iniciación de cualquier tipo de ejecución, sea judicial, extrajudicial o administrativa. Con ello se trata de proteger a los acreedores y hacer factible el principio básico de igualdad de los acreedores; [...]. La norma es coherente con la atribución exclusiva que el art. 8.3 realiza al juez del concurso, con exclusión de todos los demás tribunales o autoridades administrativas. Y el art. 55.1 establece que no se suspenderán y continuarán adelante las ejecuciones administrativas en las cuales se haya dictado, con anterioridad siempre a la declaración del concurso, providencia de apremio (STS [Contencioso-Administrativo, 2.ª] de 12 de marzo de 2015 [RJ 2015, 1455]). La razón de ser de la norma se encuentra en la *vis atractiva* del concurso y en la necesidad de dar un trato paritario al conjunto de acreedores, lo que es incompatible con la proliferación de ejecuciones singulares al margen del concurso (AAP Barcelona [15.ª] de 15 de octubre de 2012 [AC 2012, 2188]).

Precisión

Los acreedores no tienen un derecho de ejecución separada, salvo algunas excepciones: los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes), antes de la declaración de concurso y siempre que los bienes objeto de embargo no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En todo caso, el derecho de ejecución separada se pierde con la apertura de la fase de liquidación.

La Ley Concursal prevé algunas normas especiales que afectan a los acreedores titulares de garantías reales (arts. 56 y 57 LC):

En primer lugar, no podrán iniciarse ejecuciones tras la declaración de concurso si dichas garantías recaen sobre bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, hasta que concurra una de las siguientes circunstancias: la aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho de tales acreedores o el transcurso de un año desde aquella declaración sin que se haya abierto la liquidación (art. 56.1.I LC). En caso contrario, tales bienes desaparecerían de la masa activa concursal, no siendo viable la negociación de un convenio entre el deudor y sus acreedores; o, en caso de liquidación, tampoco la enajenación de la empresa en globo, incluidos los bienes y derechos garantizados, para obtener una mayor rentabilidad.

Precisión

No se consideran necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.

La suspensión alcanza también a otras acciones: las tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio inscrita; las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado; y las

tendientes a recuperar bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los registros de propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución (arts. 56.1.II LC).

En segundo lugar, por lo que se refiere a las ejecuciones de garantías reales iniciadas con anterioridad al auto declarativo del concurso, se producirá su suspensión (si no se hubiesen suspendido ya en virtud del artículo 5 bis), salvo que se trate de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del concursado. Corresponde al juez del concurso valorar tal necesidad. Por ello, la suspensión de la ejecución sólo se alzará si se incorpora al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que aquellos no son necesarios para dicha continuidad (art. 56.2 LC).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

a) ¿Qué diferencia hay entre bienes o derechos afectos y necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor?

b) ¿Qué criterios utiliza el juez del concurso para determinar si los bienes o derechos son necesarios para la continuidad de la actividad del concursado? Consultad, entre otras resoluciones, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1867).

c) ¿Puede la entidad financiera titular de un crédito hipotecario que recaer sobre la vivienda habitual del concursado iniciar una ejecución hipotecaria tras la declaración de concurso? ¿la solución sería la misma si el concursado viniese destinando parte de su vivienda habitual al desarrollo de una actividad profesional? ¿ante qué órgano judicial debería interponerse, en su caso, la demanda ejecutiva? Si la ejecución hipotecaria se hubiese iniciado antes de la declaración del concurso, ¿podría el concursado obtener su paralización?; en caso negativo, ¿ante qué órgano debería seguirse la ejecución? Consultad, entre otras resoluciones, SAP Las Palmas (4.ª) de 12 de enero de 2006 (AC 2006, 688), AAP Valencia (9.ª) de 3 de febrero de 2010 (JUR 2010, 223312), AAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª) de 12 de abril de 2010 (JUR 2010, 412246), SAP Islas Baleares (5.ª) de 22 de abril de 2014 (JUR 2014, 149558), AAP Madrid (28.ª) de 25 de abril de 2014 (JUR 2015, 248161); AAP Valencia (11.ª) de 26 de enero de 2015 (JUR 2015, 102956); AAP Madrid (18.ª) de 23 de abril de 2015 (JUR 2015, 132330); AAP Huelva (2.ª) de 10 de julio de 2015 (JUR 2015, 269086); AAP Granada (3.ª) de 27 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 114675); AAP A Coruña (6.ª) de 1 de febrero de 2016 (JUR 2016, 63596); AAP Toledo (2.ª) de 20 de abril de 2017 (AC 2017, 938).

Por último, se prevé la posibilidad de que la Administración concursal proceda al pago del crédito garantizado sin realización del bien o derecho afecto, esto es, que ejercite un “derecho de rescate” sobre el mismo (arts. 56.3 y 155.2 LC).

2) Efectos sobre los créditos

La compensación es una forma de extinción de las obligaciones que opera cuando dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí. Sin embargo, en el ámbito concursal carece de eficacia (art. 58 LC). Ello porque, si se permitiese la compensación de créditos y deudas en el concurso, el acreedor-deudor del concursado favorecido por la aplicación de este instituto jurídico vería su crédito satisfecho, total o parcialmente, escapando del principio

Precisión

Sí que procederá la compensación si sus requisitos ya concurrían con anterioridad a la declaración de concurso.

de comunidad de pérdidas que rige el proceso concursal. Por eso se le obliga a pagar íntegramente su deuda y a concurrir conjuntamente con los demás acreedores.

Jurisprudencia

En una situación de concurso el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor, que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero de ello quedaría excluido el acreedor deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la *par conditio creditorum*. Es por ello que, independientemente de si la compensación con todos sus requisitos concurría o no antes de la declaración de concurso, cuando existe controversia como aquí ocurre, la cuestión debe ventilarse por el tribunal del concurso, que es el único que tiene competencia para ello (SAP Alicante [9.ª] de 16 julio 2012 [JUR 2012, 12687]).

En la mayor parte de los casos, el crédito concursal se va a ver sometido a las reducciones derivadas de las insuficiencias del patrimonio del declarado en concurso y, salvo los supuestos extraordinarios y al margen de los que los privilegiados total o parcialmente no sufran reducción, los acreedores por créditos concursales van a ver reducido sus créditos en igual proporción. Por tanto, si se hace posible que un crédito concursal sea abonado aplicando los saldos acreedores del concursado de manera inmediata a través del mecanismo de la compensación, sustrayendo al mismo de los créditos a satisfacer en el seno del concurso, resulta evidente que se está produciendo la compensación del crédito concursal con los saldos acreedores del concursado generados en el desarrollo de la actividad mercantil que da lugar a los créditos contra la masa, compensación que se hace además al margen del convenio, sin reducción alguna y en detrimento del resto de los acreedores concursales. De ahí la prevención que suscita el mecanismo de la compensación en el seno del concurso y la prohibición que recoge el art. 58 LC [...] (SAP Pontevedra [1.ª] de 5 de mayo de 2016 [JUR 2016, 106377]).

Actividad

Una vez dictado el auto de declaración de concurso, ¿puede invocarse la compensación de un crédito frente al concursado ante el juez de primera instancia que venía conociendo de una ejecución incoada antes de aquella declaración? Consultad la jurisprudencia existente sobre este extremo.

Desde la declaración de concurso queda suspendido el devengo de intereses, legales o convencionales (art. 59 LC). Las únicas excepciones son los correspondientes a los créditos con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía, y los salariales reconocidos en el concurso, que devengarán el interés legal del dinero. También queda en suspenso el derecho de retención que pueda haber sobre bienes y derechos integrados en la masa activa (art. 59 bis LC); y la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración de concurso (art. 60 LC).

Jurisprudencia

La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles estos créditos antes de que se alcan-

cen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que “si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional” (STS de 15 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3484]. En iguales términos, entre otras, SSTS de 19 de marzo de 2013 [RJ 2013, 2425], o de 4 de junio de 2014 [RJ 2014, 3906], o SAP Badajoz [3.ª] de 7 de enero de 2015 y de 24 de marzo de 2015 [JUR 2015, 111345]).

Con tal solución, el derecho a los intereses, pese a ser estos accesorios del principal a la entrega del capital que los produce –pues se trata de frutos civiles de lo que es debido a otro: artículos 354 y 355 del Código civil–, resulta calificado en el concurso, con aquella salvedad, como si fuera independiente del derecho al capital y sigue una suerte que puede ser distinta a la de este. La calificación atribuida, por razones objetivas, al crédito a los intereses responde a que se considera que sus titulares han de ser postergados respecto de los que lo son de los créditos ordinarios, por exigirlo así la organización de la comunidad de pérdidas que la norma considera adecuada. Dicha calificación en el concurso se debe a razones objetivas y no se altera por el hecho de que la correlativa deuda haya sido pagada por el fiador, dado el alcance subrogatorio que el artículo 1839 del Código civil atribuye a la acción de reembolso que, en cuanto a la cantidad total de la deuda, le reconoce el artículo 1838, ordinal primero del mismo Código, en caso de haber pagado (STS de 25 de mayo de 2012 [RJ 2012, 6543], seguida por la STS [Contencioso-Administrativo, 3.ª] de 29 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 4698]).

La clara finalidad a la que atiende la regla de suspensión del devengo de intereses del art. 59 LC es, por un lado, la de inmovilizar en lo posible el pasivo del concurso, evitando que este siga aumentando durante el transcurso del procedimiento en perjuicio de la perspectiva de cobro del resto de los acreedores y entorpeciendo notablemente la consecución de una solución concursal, ya sea la convencional o la liquidativa, y, por otro lado, equiparar en el trato a los distintos acreedores concursales sin hacer de peor condición a los titulares de créditos que no tuvieran a su favor dicho devengo (SAP Palencia [1.ª] de 30 de diciembre de 2011 [AC 2012, 84]).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

a) ¿Resulta aplicable al denominado “swap” (contrato de permuta financiera) la normativa sobre la compensación?; ¿constituye el “swap” una operación que genera intereses? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2011 (AC 2011, 306).

b) ¿Quedan en suspenso los intereses derivados de los créditos contra la masa? Consulte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de julio de 2009 (AC 2009, 1916).

5.3.3. Efectos sobre los contratos

1) Contratos con obligaciones recíprocas

La regla general es la vigencia de los contratos pendientes de ejecución en el momento de la declaración del concurso (art. 61.2 LC). Las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por esa sola causa se tienen por no puestas (art. 61.3 LC).

Jurisprudencia

El Código civil no define la reciprocidad, pero doctrina y jurisprudencia –que se han ocupado de ella, fundamentalmente, al tratar de las consecuencias que le están vinculadas– la hacen depender del contenido del vínculo y, claro está, de la repercusión

que dicho contenido tiene en el funcionamiento de la relación. En definitiva, cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. [...]. La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o “lexprivata”. Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la que se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas (STS de 19 de febrero de 2013 [RJ 2013, 2568]; SSTs de 11 de octubre de 2011 [RJ 2011, 7407], de 8 de enero de 2013 [RJ 2013, 1631], de 9 de enero de 2013 [RJ 2013, 1633], de 12 de febrero de 2013 [RJ 2013, 4933] y de 2 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 5116]).

No obstante, la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de las partes por incumplimiento posterior al citado momento. Tratándose de contratos de tracto sucesivo, esa facultad también puede ejercitarse cuando el incumplimiento fuera anterior a la declaración de concurso (art. 62.1 LC).

Precisión

La Ley Concursal distingue los casos en los que una sola de las partes ha cumplido su prestación, de aquellos otros en los que ninguna de las partes lo ha hecho. Por un lado, si el que cumplió fue el concursado, la contraparte (parte *in bonis*) tendrá que cumplir con su obligación; y si cumplió esta última, concurrirá en el concurso junto a los demás acreedores para recibir su contraprestación. Por otro, si ninguna de las partes ha cumplido sus obligaciones recíprocas en el momento de la declaración del concurso, la Administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, pueden optar por la ejecución del contrato o la resolución del mismo, si lo estiman conveniente al interés del concurso.

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Puede la contraparte del deudor en un contrato de suministro resolverlo con fundamento en una cláusula recogida en el mismo que le da derecho a hacerlo por el mero hecho de la declaración de concurso?
- b) ¿Cambiaría algo la situación ante la existencia de algún incumplimiento por el concursado, anterior o posterior, a dicha declaración?
- c) ¿Puede el concursado resolver el contrato?
- d) ¿Qué consideración tienen los créditos frente al concursado derivados de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la solicitud de concurso? ¿Y si la contraparte del concursado ya hubiese cumplido en ese momento procesal, pero no el concursado?
- e) ¿Qué calificación merecen los créditos derivados de las liquidaciones verificadas en las operaciones de “swap”?

Consultad las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2568), de 12 de febrero de 2013 (RJ 2013, 4933), de 11 de julio de 2013 (RJ 2013, 5198), de 5 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7423), de 24 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1756), de 25 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1926), de 23 de julio de 2014 (RJ 2014, 4787), de 2 de

septiembre de 2014 (RJ 2014, 5116), de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5905), de 12 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4184) y de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5102).

Consultad también la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 7 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2145); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2011 (AC 2011, 306); Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de noviembre de 2010 (AC 2011, 680); y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 94990).

2) Contratos de trabajo

La Ley Concursal contempla en su artículo 64 un expediente, conocido como “ERE concursal”, que posibilita la suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, así como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (reducciones de jornada o salarios, traslados colectivos, etc.). A diferencia de un “ERE ordinario”, el “ERE concursal” se desarrolla ante el juez del concurso.

Por lo que respecta al **procedimiento**, previa solicitud de alguno de los sujetos legitimados (la Administración concursal, el deudor y los representantes legales de los trabajadores), el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la Administración concursal a un periodo de consultas, en el que deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo (art. 64.4 y 5 LC). De alcanzarse uno, el juez aceptará las medidas propuestas en el mismo, salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El auto aprobatorio del acuerdo, contra el que cabe recurso de suplicación y los demás previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, producirá los mismos efectos que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral en un ERE ordinario (art. 64.7 y 8 LC).

Precisión

También se prevé legalmente la posibilidad de que la Administración concursal extinga o suspenda los contratos del deudor con el personal de alta dirección, siendo su decisión impugnabile ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral y la sentencia que recaiga en este recurrible en suplicación (art. 65.1 LC).

Jurisprudencia

La fuerza atractiva del concurso supone que la competencia del juez de lo mercantil se extiende al conocimiento de las acciones sociales declarativas, las de ejecución y las cautelares, si bien hay que señalar que es más intensa dicha fuerza respecto a las acciones ejecutivas y menos en cuanto a las declarativas, siendo la jurisdicción del juez del concurso exclusiva y excluyente en las materias que le están expresamente atribuidas. Esquemáticamente, podemos señalar que las acciones sociales competencia del juez del concurso son las siguientes: acciones declarativas –comprendiendo las meramente declarativas, las constitutivas y las de condena–, que aparecen reguladas en el artículo 86 ter, 2.ª LOPJ y en los artículos 8.2, 64 y 65 LC. Conforme al artículo 8.2 de la LC, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las materias que regula. La competencia del juez del concurso se extiende a: * Las acciones sociales que, una vez declarado el concurso, tengan por objeto: + La modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. + El traslado colectivo. + El despido colectivo. + La suspensión de contratos. + La reducción de jornada. Para determinar qué se entiende por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados y despidos colectivos, a tenor de lo establecido en el artículo 64.11 de la LC, hay que acudir a los artículos 40, 41 y 51 del ET. * La suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. En el supuesto de que estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos, se re-

querirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Acciones de ejecución, que aparecen reguladas en el artículo 86 ter, 3.º LOPJ, 8.3 Ley Concursal, 32 Estatuto de los Trabajadores, y 248.3 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El primero de dichos preceptos atribuye a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo hubiere ordenado”, dición que se repite en el artículo 8.3 LC. El artículo 32 ET dispone: “... En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal, relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios”. Por último, el artículo 248.3 de la LRJS dispone: “En caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal”. Acciones cautelares que aparecen reguladas en los artículos 86 ter, 4.ª LOPJ y 8.4 LC y disponen que es competencia del juez del concurso toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado. Hay que señalar que el artículo 9 LC determina que la jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. El examen de los preceptos anteriormente consignados pone de relieve que la declaración de concurso no supone que, a partir de esa fecha, todas las acciones sociales que se ejerciten han de ser competencia del juez del concurso. Como señala el primer párrafo del artículo 8 de la Ley Concursal, “la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias”, es decir, que únicamente tiene jurisdicción el juez del concurso en las materias que aparecen relacionadas en los siete apartados del citado artículo 8, sin que exista una cláusula de cierre que permita atribuirle competencia en otras materias. Se trata de una atribución de competencia tasada, en la que no cabe incluir materias que no aparezcan expresamente contempladas en alguno de los siete apartados. En concreto, las acciones sociales declarativas aparecen contempladas en el apartado 2.º, que señala como competencia del juez del concurso “Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección”. Dicho precepto ha de ser coherente con el artículo 64.1 de la Ley Concursal, que, con mayor precisión, señala que se tramitarán ante el juez del concurso “Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”. Por lo tanto, no es competencia del juez del concurso ninguna acción social declarativa que no se encuentre entre las enumeradas en los anteriores preceptos (STS [Social, 1.ª] de 18 de octubre de 2016 [RJ 2016, 5469]).

3) Rehabilitación de contratos

En determinados supuestos es posible la rehabilitación de contratos que hayan sido resueltos en los momentos previos a la declaración de concurso. La Ley Concursal recoge tres preceptos que prevén tal posibilidad. En todos ellos la Administración concursal aparece como el órgano legitimado para adoptar la referida medida. Así, se le reconoce la facultad de rehabilitación de contratos de préstamo y demás de crédito, cuyo vencimiento anticipado por impago se hubiera producido en los tres meses precedentes a la declaración de concurso (art. 68 LC).

En iguales condiciones, la Administración concursal puede rehabilitar los contratos de compraventa resueltos por impago de plazos en los tres meses anteriores a la declaración de concurso (art. 69 LC); y dejar sin efecto, hasta el momento mismo del lanzamiento, la acción de desahucio ejercitada contra el deudor antes de la declaración de concurso (art. 70 LC).

Precisión

Para el ejercicio de esa facultad es precisa la satisfacción o consignación de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación, así como el compromiso de asunción de los pagos futuros.

Precisión

También para ello deberá hacerse efectivo el pago de la totalidad de las rentas y conceptos pendientes, así como las costas procesales.

Jurisprudencia

Ciertamente, un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unila-

teral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo “rehabilitar” contratos resueltos que “impedir” la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa –en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución– responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de “garantías” a las que se refiere la exposición de motivos “en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento” (SSTS de 21 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5570] y de 21 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5571]).

La reforma concursal operada por el Real Decreto-ley 3/2009 [...] introdujo una importante novedad, degradando a la subordinación de último grado aquellos créditos que derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que refieren los art. 61, 62, 68 y 69 LC, el juez constate, previo informe de la Administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, lo que supone una acertada medida de presión para evitar abusos por parte de determinadas empresas suministradoras de servicios, cuyos efectos perniciosos para el concurso eran hasta entonces incalculables. La subordinación crediticia extrema alcanza a las conductas obstaculizadoras y reiteradas, que afecten negativamente al concurso, en perjuicio del interés del concurso, respecto de los créditos que traigan causa de contratos con obligaciones recíprocas, [...] o bien, cuando tales actos afecten negativamente a la rehabilitación de los contratos (art. 68 y 69 LC). Basta la reiteración en los actos obstaculizadores, lo que se asemeja a la mala fe del acreedor, si bien será suficiente para que opere la medida represora con que se acredite que aquel era consciente del perjuicio al interés del concurso que con su actitud estaba provocando. El buen fin de la aplicación de esta medida aconseja la constancia fehaciente de requerimientos previos, burofax con certificación de contenido, requerimientos notariales, etc., que den constancia de todo ello (SAP Islas Baleares [5.ª] de 27 de junio de 2017 [JUR 2017, 214333]).

5.3.4. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa (arts. 71 a 73)

La Ley Concursal parte de la hipótesis de que el deudor ha podido llevar a cabo actos perjudiciales para la masa activa con anterioridad a la declaración de concurso. Por eso se contemplan las acciones de reintegración, cuyo objeto es la devolución a aquella masa de los bienes y derechos que salieron de la misma en los dos años precedentes a la citada declaración, lo que se conoce como “periodo de sospecha”. La viabilidad de dichas acciones sólo está condicionada a la existencia de un perjuicio patrimonial. No es preciso un ánimo o intención de fraude en la realización del acto rescindible.

Jurisprudencia

Las grandes similitudes entre las acciones de reintegración concursal, y la rescisoria regulada en el artículo 1290 y siguientes del Código civil, han llevado al legislador a calificar como rescisoria la acción de reintegración, [...] es lo cierto que el artículo 71 prescinde por completo del requisito subjetivo de la intención fraudulenta, al extremo que su tenor literal de forma expresa excluye tal exigencia al disponer que “[d]eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. Dicho de otra forma, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia

de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe (STS de 28 de marzo de 2012 [RJ 2012, 4869]). La jurisprudencia concibe “el perjuicio para la masa activa” como un sacrificio patrimonial injustificado “en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación” (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; y 428/2014, de 24 de julio) (STS 10 de marzo de 2015 [RJ 2015, 2678]). Existirá perjuicio cuando, de forma injustificada, haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal. [...] Conforme a lo expuesto anteriormente, fuera de las presunciones legales (art. 71.4 LC), habrá perjuicio para la masa siempre que la Administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto impugnado, la composición de la masa activa tendría un mayor valor (STS de 26 de octubre de 2016 [RJ 2016, 5359]).

Precisión

Lo que sí resulta necesario es probar el perjuicio patrimonial, si bien la Ley Concursal relaciona una serie de actos en los que dicho perjuicio se presume, sin admitirse prueba en contrario (art. 71.2 LC); y otros en los que, una vez acreditado el supuesto de hecho previsto en la norma, se produce una inversión de la carga de la prueba, es decir, le corresponde al deudor demostrar la inexistencia de la pérdida patrimonial (art. 71.3 LC). Junto a ellos, la Ley Concursal contempla ciertos tipos de actos que no resultan rescindibles (art. 71.5 LC).

Jurisprudencia

Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume *iuris et de iure* el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), “en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa” (Sentencia 629/2012, de 26 de octubre) (SSTS de 10 de marzo de 2015 [RJ 2015, 2678], de 24 de junio de 2015 [RJ 2015, 2769] y de 26 de octubre de 2016 [RJ 2016, 5359]).

Precisión

El ejercicio de las acciones rescisorias no impide el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho, las cuales pueden ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento del artículo 72 (art. 71.6 LC).

Jurisprudencia

Y es que, en efecto, en el artículo 71 de la LC se contemplan dos grandes bloques de acciones de reintegración a la masa activa de bienes salidos indebidamente del patrimonio del concursado: de un lado, las específicas rescisorias concursales, a que se refiere su apartado 1.º, y de otro lado, cualesquiera acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho (entre las que se contemplan las rescisorias comunes –artículos 1291 del CC y siguientes–, la revocatoria por actos cometidos en fraude de acreedores –artículo 1111 del CC– y las dirigidas a obtener la nulidad o ineficacia de dichos actos, entre otras). Acciones que expresamente contempla el artículo 71.6 de la LC que podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación (activa de la Administración concursal y subsidiariamente con los requisitos previstos en la Ley, los acreedores; pasiva de la concursada) y de procedimiento (incidente concursal) establecidos por el artículo 72 de la LC. En suma, la LC atribuye claramente la competencia al juez del concurso

para el conocimiento de las acciones rescisorias, tanto las específicas concursales como las genéricas dirigidas a obtener la declaración de nulidad o ineficacia de actos del deudor que hayan disminuido la masa activa, entre los que indudablemente se encuentran a entender de la Sala los pagos realizados contra lo dispuesto en la LC, ya sea antes de la declaración del concurso (en que se podrá ejercitar las acciones rescisorias concursales específicas pero también cualesquiera otras dirigidas a obtener la declaración de nulidad o ineficacia de dichos actos, realizados antes o después de la declaración del concurso –congruentemente con lo dispuesto en el artículo 40.7 de la LC, que reconoce legitimación a la Administración concursal para solicitar la anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el artículo 40 de la LC–). En el presente supuesto los actos del deudor que se pretenden reintegrar son pagos hechos a un acreedor concursal en fecha posterior a la declaración del concurso por el concursado [...]. Pagos frontalmente contrarios a lo dispuesto en la LC (que impide cualquier pago a acreedores de créditos concursales con posterioridad a la declaración del concurso que no sea hecho por la Administración concursal y conforme a la clasificación de créditos y orden de pago establecidos por la propia LC), que indudablemente han perjudicado la masa activa del concurso y que han vulnerado gravemente la *pars conditio creditorum*, que impone un trato igual por la ley en el concurso para todos los acreedores concursales. [...]. Ello comporta ya de por sí la estimación parcial del recurso en cuanto para esta Sala no ofrece duda la competencia del juez del concurso para conocer de la acción descrita, ejercitada como se ejercitó en fecha anterior a la de aprobación del convenio (AAP Las Palmas [4.ª] 72/2017, de 7 de febrero de 2017 [AC 2017, 194]).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Puede consistir el perjuicio en una disminución de la garantía de cobro?
- b) ¿Es válida la compensación realizada en el “periodo de sospecha”?

Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de mayo de 2009 (AC 2009, 1161).

Como regla general, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la Administración concursal. No obstante, los acreedores tienen reconocida legalmente una legitimación subsidiaria para el caso de que, habiendo instado por escrito de la Administración concursal el ejercicio de alguna acción, este órgano no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. La legitimación pasiva corresponde al deudor y a quienes hayan sido parte en el acto impugnado (contraparte del concursado o parte *in bonis*); y, si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra este cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral (art. 72.1 y 3 LC).

Precisión

Sólo la Administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis (art. 72.2 LC).

Jurisprudencia

Es cierto que el hecho de que no exista un deber específico para el administrador concursal de ejercitar una acción de reintegración y de que, de no hacerlo, el art. 72 LC legitime de forma subsidiaria a cualquier acreedor para ejercitarla, no exime de responsabilidad al administrador concursal por no haberla ejercitado si se justifica que un administrador diligente hubiera debido ejercitarla, en atención a unas claras expectativas de éxito y a que compensaba económicamente su ejercicio (STS de 11 de noviembre de 2013 [RJ 2013, 7817]). Por tanto, y desde el punto de vista meramente formal, la legitimación de la actora, una vez requerida sin éxito la Administración concursal para el ejercicio de la acción de rescisión, no suscita duda [...] por más que, al estar teleológicamente orientada al mismo fin, la reforma legal obligue a interpretar restrictivamente la legitimación subsidiaria contemplada en el art. 72.1 LC, máxime tratándose de un acreedor subordinado y que lo es por una cantidad ínfima en relación con la operación que se pretende rescindir (SAP Pontevedra [1.ª] de 16 de julio de 2015 [AC 2015, 1130]).

Las acciones de reintegración tienen naturaleza rescisoria, esto es, tienden a la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa. Por eso, una vez estimada judicialmente la demanda de reintegración, la sentencia dará lugar a la ineficacia del acto y a la restitución de las prestaciones realizadas, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC).

Precisión

En otras palabras, se consigue la recuperación de lo entregado, con la contrapartida de la devolución de lo recibido. Ello sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe, así como de las normas sobre irrevindicabilidad y registrales.

Jurisprudencia

Conforme a esta normativa, deberíamos distinguir entre la ineficacia o rescisión de actos de disposición que constituyen negocios con obligaciones recíprocas de aquellos actos de disposición que carecen de esta condición. En el primer caso, rige la regla de que la rescisión o ineficacia conlleva la recíproca restitución de prestaciones (art. 73.1LC) y el derecho a la prestación que resulte a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa (SSTS de 8 de abril de 2014 [RJ 2014, 2309] y de 9 de abril de 2014 [RJ 2014, 2316]). Está claro que cuando el acto objeto de impugnación es un contrato con obligaciones recíprocas, la rescisión concursal conllevará la condena de las partes a la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses. Para estos casos tiene sentido la previsión del art. 73.3 LC, que regula cómo debe realizarse esta restitución recíproca de prestaciones: [...]. La condena a la restitución de prestaciones es consiguiente a la rescisión, sin que la demandada, contraparte en el negocio objeto de rescisión, para que se cumpla con la previsión del art. 73.3 LC tenga que solicitarlo en su contestación. La condena a la restitución recíproca de prestaciones y el derecho de la contraparte a que se le restituya su prestación es un efecto legal consiguiente a la rescisión del contrato bilateral (STS de 4 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5103]).

Actividad

Si en los seis meses antes de la declaración de concurso el deudor vendió una finca de su propiedad por un precio muy inferior al de mercado:

- a) ¿Podría rescindirse la operación de venta tras dicha declaración?
- b) ¿Y si hubiese vendido la finca a un familiar a precio de mercado?
- c) ¿Qué consecuencias tendría el hecho de que la contraparte del deudor hubiese enajenado la finca a un tercero de buena fe?

La Ley Concursal da un diferente tratamiento en función de que el bien o derecho se encuentre aún en poder de quien contrató con el deudor o de un tercero.

- a) En el primer caso no existe problema alguno, debiendo la contraparte del deudor o parte *in bonis* devolver lo recibido.
- b) En el segundo, si la contraparte del deudor o parte *in bonis*, a su vez, transmitió el bien o derecho a un tercero de buena fe o que goce de irreivindicabilidad o de protección registral, aquella será condenada a la entrega del valor del bien o derecho en el momento que salió del patrimonio del deudor, junto al interés legal; y si se apreciase mala fe, a la indemnización de los daños y perjuicios causados a la masa (art. 73.2 LC).

Jurisprudencia

“La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 5597]); en el mismo sentido, STS de 7 de diciembre de 2012 [RJ 2013, 913], SAP Barcelona [15.ª] de 4 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 185]). La apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, *in fine*, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores (STS e 27 de octubre de 2010 [RJ 2010, 7608]). El art. 73.3 LC, cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo “no requiere la intención de dañar”, sino “la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos”, y “se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico” (STS de 7 de diciembre de 2012 [RJ 2013, 913]; en el mismo sentido, SSTS de 5 de abril de 2016 [RJ 2016, 1240], de 30 de marzo de 2017 [RJ 2017, 1178], SAP Alicante [8.ª] de 25 de febrero de 2014 [AC 2014, 457], SAP Islas Baleares [5.ª] de 28 de julio de 2014 [JUR 2014, 221707]).

Precisión

Por tanto, si no es posible la restitución de lo entregado porque ha entrado en la relación un tercero o, incluso, sucesivos adquirentes merecedores de aquella protección, la Ley Concursal hace responsable al primer contratante (contraparte del concursado o parte *in bonis*).

Jurisprudencia

Sólo si los bienes no pueden restituirse, el art. 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente: el pago del valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y, en caso de mala fe en quien contrató con el concursado, también deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa (STS de 21 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5668]). Ahora bien, en los casos en los que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora

hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera *ex tunc*. No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado (6 de octubre de 2009), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada. En este caso, ya hemos declarado acreditado que el importe del crédito dispuesto al tiempo de la renovación del crédito el 25 de abril de 2008, con la garantía hipotecaria objeto de rescisión, era de 556.569,90 euros. Como no consta que al tiempo de realizar la garantía el banco no obtuviera un valor inferior, valoramos el perjuicio ocasionado con el acto rescindido en esta suma de 556.569,90 euros, a los efectos de condenar al banco a su reintegración a la masa del concurso, [...] (SSTS de 26 de marzo de 2015 [RJ 2015, 3812] y de 4 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5103]). [...] si esta ya ha sido ejecutada y los bienes han sido adjudicados a un tercero, que no fue parte en el acto impugnado, entonces el banco debe abonar el valor de los bienes al tiempo en que salieron del patrimonio del concursado, sin que el crédito garantizado pase a tener la condición de crédito contra la masa, sino que, en la medida en que se constituyó en sustitución de otro anterior, tendrá la consideración de concursal (SSTS de 8 de abril de 2014 [RJ 2014, 2309] y de 9 de abril de 2014 [RJ 2014, 2316]).

Actividad

¿Qué tipo de crédito titulará el primer contratante o parte *in bonis* en contrapartida a la entrega del valor del bien transmitido? Consultad las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 913) y 30 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1178).

Tras las reformas operadas en la Ley Concursal en 2009 y 2011, se recoge la imposibilidad de rescisión de ciertos acuerdos de refinanciación realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. Así, este tipo de actos escapan del ámbito de las acciones de reintegración, si con posterioridad a su celebración el deudor es declarado en concurso, aunque para ello es preciso el cumplimiento de ciertos requisitos recogidos en el artículo 71 bis de la Ley Concursal.

Precisión

También la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal declara irrescindibles los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, sometiéndose el ejercicio de las demás acciones de impugnación a lo dispuesto en el artículo 72.2.

Jurisprudencia

Ante todo, hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrescindibles frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en ella se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción *iuris tantum*, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4.ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4.ª y en el art. 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas

normas, pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC (STS de 9 de julio de 2014 [RJ 2014, 3618]).

El acuerdo concedía una ampliación significativa del crédito, mediante la concesión de una línea de crédito y otra de descuento, que pretendía garantizar la actividad ordinaria de la empresa. Además, contenía una relevante modificación de las obligaciones, que debió suponer un alivio para la compañía: de un total de aproximadamente 20 millones de euros, se convino una quita algo inferior a 5 millones, aun contando con la quita no verificada; cesó la ejecución de algunos de los créditos que por entonces habían sido impagados; se redujo el interés a un 6 %, frente al existente que variaba del 16 al 18 %; la concesión de los avales que necesitaba la concursada frente a las autoridades públicas; y la ampliación del plazo de la obligación de restitución a 25 años. Estas condiciones se adecuaban a las exigidas por el apartado 1 de la DA 4.ª LC entonces vigente, y resulta razonable el juicio de verificación que lleva a cabo la Audiencia de que, conforme al informe del experto independiente, en estas condiciones el plan de viabilidad era equilibrado, basado en parámetros conservadores y racionales. Sin que debamos guiarnos por el sesgo retrospectivo que proporciona el resultado final, la frustración de la finalidad perseguida con la refinanciación. El enjuiciamiento no puede ser *ex post facto*, en función de los resultados, sino que debe realizarse de acuerdo con la información de la que se disponía entonces, cuando se adoptó el acuerdo, bajo parámetros de razonabilidad y de manera objetiva. Por otra parte, las garantías otorgadas, en concreto la hipoteca sobre la totalidad de la maquinaria, resulta proporcionada “conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo”, si tenemos en cuenta que el resto de los bienes estaban ya gravados y que el valor de la garantía, según la sentencia recurrida, era de aproximadamente un millón de euros. A la postre, lo relevante es el valor de la garantía, no que con carácter general se manifieste que la hipoteca se constituye para garantizar la totalidad del préstamo. En relación con la significativa ampliación del crédito, que es muy superior al valor de la garantía, esta debe considerarse proporcionada (STS de 15 de febrero de 2017 [JUR 2017, 43207]).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Qué calificación tienen los ingresos de tesorería derivados de los acuerdos de refinanciación en caso de concurso posterior?
- b) ¿Pueden estos acuerdos de refinanciación hacerse extensivos a otras entidades financieras acreedoras?

Precisión

Una de las novedades más destacables de la regulación resultante de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, es la posibilidad de obtención de acuerdos singulares con determinados acreedores, sin necesidad de alcanzar la referida mayoría de tres quintos. Así, cumpliéndose las condiciones establecidas legalmente, tales acuerdos disfrutaban de protección frente a posibles acciones rescisorias. En concreto, se exige que estos incrementen la proporción de activo sobre la de pasivo previa; que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente; que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de estos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo; que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa, y, finalmente, que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en él, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes (art. 71 bis.2 LC).

Actividad

¿Pueden las consecuencias derivadas de los acuerdos a los que se refiere el artículo 71 bis.2 ser impuestas a los acreedores no intervinientes en ellos?

6. La fase común

El auto de declaración de concurso, que produce todos sus efectos de inmediato, abre la fase común de tramitación del concurso (art. 21.2 LC); fase que debe siempre sustanciarse, con independencia de que el mismo se dirima a través de un convenio o de la liquidación. Como su denominación indica, es una fase “común” a todo proceso concursal. La fase común del concurso comprende las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de la Ley Concursal, entre las que merecen ser destacadas las tendentes a la determinación de la masa activa y pasiva del concurso, que culminan en la elaboración del inventario y la lista de acreedores, respectivamente. Tras conocerse los bienes y las deudas del deudor, se tendrá la información necesaria para optar por el convenio o la liquidación.

Precisión

Desde el inicio del concurso, el deudor puede decantarse por el convenio, presentando una propuesta anticipada, que se tramitará durante la fase común; o por la liquidación, cuya petición puede realizarse en cualquier momento y también puede dar lugar a su sustanciación en la fase común.

6.1. El informe de la Administración concursal

Una de las funciones fundamentales de la Administración concursal es la elaboración del informe, dirigido, por un lado, a la determinación y análisis de la situación patrimonial del concursado, para lo que se llevará a cabo un examen de la documentación aportada por este, incluida la contable, si estuviera obligado a llevar contabilidad; y por otro, a la puesta de manifiesto de las decisiones y actuaciones llevadas a cabo por ese órgano concursal. El informe debe ser presentado en el plazo de dos meses a contar desde la aceptación del administrador concursal (art. 74.1 LC). Este plazo es susceptible de ser prorrogado judicialmente si concurren circunstancias excepcionales, a solicitud de la Administración concursal presentada antes de que expire el plazo legal, por tiempo no superior a dos meses, con una serie de matices; y si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, también a solicitud de dicho órgano concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo (art. 74.2 LC).

Precisión

Desde la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cabe prorrogar el plazo de emisión del informe hasta después de que finalice el plazo de comunicación de créditos.

Jurisprudencia

La cuestión que se plantea es la aplicación intertemporal de la norma reformada, que ha de analizarse a la luz de la disposición transitoria cuarta, apartado 2.º de la propia Ley de reforma 38/2011, que dispone, en la síntesis que aquí interesa: “Los artículos 49, 84 –a excepción de ciertos apartados– (y otros), modificados por esta

Ley, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, [...], se aplicarán a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la Administración concursal". Como hemos mantenido, [...], el "informe" al que se refiere la norma es el previsto en el art. 74 LC, cuyo contenido desarrolla el art. 75, es decir, el llamado "informe provisional", o bien informe inicial, que luego será objeto de las modificaciones resultantes de la decisión las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, [...]. Así puede concluirse porque la propia disposición transitoria cuarta, apartado 2.º, de la Ley 38/2011, continúa diciendo: "A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión del informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal". Es decir, la propia disposición confirma que está haciendo referencia al "informe" que ha de presentar la Administración concursal en el plazo que indica el art. 74, cuyo contenido, estructura y documentos anexos regula el art. 75, especificando que, tras las modificaciones legislativas, el plazo para emitir este informe podrá ser prorrogado (SAP Barcelona [15.ª] de 23 de octubre de 2013 [JUR 2014, 9665]).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Qué consecuencias se siguen de la falta de presentación del informe por la Administración concursal?
- b) ¿Y de su presentación extemporánea? Consultad la jurisprudencia existente sobre este extremo.

El informe de la Administración concursal debe contener: un análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en su memoria; un estado de la contabilidad del deudor y juicio sobre sus cuentas; y una memoria de las principales decisiones y actuaciones de la Administración concursal (art. 75.1 LC).

Precisión

Al informe deben unirse, además, el inventario de la masa activa, la lista de acreedores en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio o el plan de liquidación y una valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación; y concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso (art. 75.2 y 3 LC).

Jurisprudencia

En efecto, establece el art. 75 de la Ley Concursal que el informe, que ha de presentar la Administración concursal en el plazo señalado en el art. 74 y que ha de contener los extremos que el mismo precepto relaciona, se unirá, además de la lista de acreedores y, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieren presentado, el inventario de la masa activa, que, según el art. 76.1, se encontrará constituida por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren a este o adquiera hasta la conclusión del procedimiento (SAP Jaén [1.ª] de 22 de noviembre de 2010 [AC 2011, 697]). En efecto, se entiende por “informe de la administración concursal” (expresión que, además, sirve de epígrafe general al título IV de la Ley) un documento cuyo amplio contenido se expone en los tres ordinales de los que se compone el artículo 75.1 de la Ley Concursal (análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria, estado de la contabilidad del deudor y memoria de las principales decisiones y actuaciones de la Administración concursal). Por otro lado, según el artículo 75.2, a dicho documento, que es lo que en sentido estricto constituye el informe de la Administración concursal, se han de unir otros, a saber, el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio (AAP Madrid [28.ª] de 17 de abril de 2015 [JUR 2015, 248163]).

6.2. Determinación de la masa activa y pasiva del concurso

6.2.1. La masa activa concursal (arts. 76 a 83 LC)

Según el principio de universalidad, constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del proceso. Como excepción a esta regla general, quedan fuera de la masa activa los bienes y derechos que, teniendo carácter patrimonial, sean inembargables (art. 76.1 y 2 LC). Por tanto, la masa activa del concurso no sólo está formada por los bienes y derechos integrantes del patrimonio en el momento de la declaración de concurso, sino también los que, como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración, sean devueltos al patrimonio concursal.

Precisión

A los efectos de determinar los que deben ser excluidos de la masa activa concursal, hay que acudir a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la inembargabilidad de los bienes y derechos (arts. 605 a 607).

Precisión

En el inventario deberá hacerse constar la posibilidad de entablar la correspondiente acción rescisoria. Ello en la relación comprensiva, que debe añadirse al mismo, de todas las acciones que, a juicio de la Administración concursal, hayan de promoverse. Junto a esta relación se presentará otra con todos los litigios, cuyo resultado pueda afectar al contenido del inventario (art. 82.4 LC).

Jurisprudencia

El art. 76.1 LC declara que: “constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”. El inventario es, junto a la lista de acreedores, uno de los documentos que deben adjuntarse al informe de la Administración concursal (art. 82.1.º LC). Ambos documentos –inventario y lista de acreedores–, informan a los acreedores de la situación patrimonial del deudor. Tal función es relevante al permitir a los acreedores tener información suficiente, [...]. Por ello, aun por una presunta omisión –que no la hubo–, cualquier bien, en este caso, un crédito, debe ser reclamado, cobrado y distribuido entre los acreedores, siendo de responsabilidad de la Administración concursal realizar todas las gestiones judiciales y extrajudiciales necesarias para su efectividad, “hasta la conclusión del concurso” (STS de 11 de noviembre de 2015 [RJ 2015, 3718]). Conforme al artículo 76 de la Ley Concursal, la masa activa está integrada no sólo por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor al tiempo de la declaración de concurso, sino también por aquellos que adquiera hasta la conclusión del procedimiento, por lo que no cabe duda de que los salarios que perciba el deudor fruto de su trabajo por cuenta ajena o, en su caso, el subsidio por desempleo se integrarán en la masa activa en la cuantía que no resulte inembargable (AAP Madrid [28.ª] de 12 de junio de 2015 [JUR 2015, 247668]).

Igualmente, pueden existir bienes que, formando aparentemente parte de la masa activa del concurso, han de ser separados de la misma. Las denominadas operaciones de reducción de la masa activa tienden a apartar de esta determinados bienes que no deben verse afectados por la declaración de concurso.

Precisión

La Ley Concursal recoge dos supuestos concretos de separación. Por un lado, reconoce a los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves la posibilidad de separar estos mediante el ejercicio de las acciones previstas en su legislación específica (art. 76.3 LC); por otro, se hace recaer en la Administración concursal la obligación de entrega de los bienes de propiedad ajena en poder del concursado a sus legítimos titulares, cuando sobre ellos aquel no tenga derecho de uso, garantía o retención (art. 80 LC).

Ejemplo

Los bienes que el deudor haya recibido en virtud de un mandato de venta.

Actividad

a) ¿Cuáles son los requisitos cuya concurrencia es necesaria para el ejercicio de la facultad de separación prevista en el artículo 80 de la Ley Concursal? Consultad la SAP Barcelona (15.ª) de 17 de noviembre de 2011 (JUR 2012, 132142) y la SAP Guipúzcoa (2.ª) de 14 de mayo de 2013 (JUR 2014, 166409).

b) ¿Es posible la separación de la masa activa del concurso de una cantidad de dinero? Consultad la SAP Asturias (1.ª) de 10 de junio de 2013 (JUR 2013, 230385) y la SAP Vizcaya (4.ª) de 15 de abril de 2015 (JUR 2015, 170337).

Jurisprudencia

En cuanto a la formación del inventario de la masa activa, dispone el artículo 82.1, que la Administración concursal elaborará un inventario [...]. Por su parte, en el artículo 80 se dispone que los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la Administración concursal a sus legítimos titulares a solicitud de estos, pudiendo plantearse incidente concursal contra la decisión denegatoria de la Administración concursal. En interpretación de estos preceptos señala la doctrina científica que no forman parte de la masa activa y, por consiguiente, no deben incluirse en el inventario, los bienes que se encontraban en poder del deudor, pero respecto de los cuales un tercero tuviera el derecho a separarlos, supuesto en el cual la Ley prevé que, a solicitud de los titulares del derecho de separación, la Administración concursal deberá entregar los bienes respecto de los que se ejercitase el citado

derecho; es decir, presentada la solicitud de separación, si la Administración concursal estima que esta es procedente, no incluirá en el inventario los bienes a los que se refiera; por el contrario, si la Administración concursal considera que no procede la separación de un bien respecto de la masa, lo deberá incluir en el inventario y en tal caso se presumirá que formaba parte de la masa activa, por lo que el derecho de separación deberá ejercitarse por vía judicial, supuesto en el cual, si el juez estimase la procedencia de la reclamación interpuesta, ordenará la correspondiente rectificación del inventario (SAP Salamanca [1.ª] de 1 de febrero de 2010 [JUR 2010, 112845]; SAP Jaén [1.ª] de 22 de noviembre de 2010 [AC 2011, 697]). Tal planteamiento nos remite a la cuestión relativa a la composición del patrimonio del concursado, pues por virtud del principio de universalidad proclamado en el art. 76 LC [...], de manera tal que el resto de los bienes y derechos que estén en posesión del concursado pero que no sean de su titularidad podrán efectivamente ser reivindicados por el acreedor *ex iure domini* conforme a la facultad de separación contemplada en el art. 80 LC (SAP Asturias [1.ª] 195/2013, de 10 de junio de 2013 [JUR 2013, 230385]).

Debemos recordar, al amparo del derecho de separación planteado, el derecho de separación que recoge el art. 80 LC, consistente en una facultad que asiste al acreedor *ex iure domini* para reivindicar los bienes que se encuentren en poder del concursado. Tal y como se refiere en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, de fecha 28 de enero de 2008, este derecho es consecuencia ineludible de lo previsto en el art. 79.1 de la Ley Concursal [...]. Es decir, sólo los bienes y derechos propiedad del deudor pueden servir para pagar las deudas; los bienes que, aun en poder del deudor, pertenezcan a otras personas pueden ser reintegrados a sus dueños. La acción de separación regulada en el art. 80 de la Ley Concursal guarda cierta analogía con la acción reivindicatoria y exige, al igual que esta, la acreditación del dominio o la propiedad sobre el bien y la identificación de la cosa cuya entrega se solicita (SJM 1 Palma de Mallorca de 16 de junio de 2009 [AC 2011, 898]; SJM 1 Madrid de 19 de febrero de 2009 [JUR 2015, 188882]). Para que sea viable el derecho de separación, no sólo se requiere que la propiedad sea ajena, sino además que el concursado carezca de derecho de uso, garantía o retención. La acción de separación regulada en el art. 80 de la Ley Concursal guarda cierta analogía con la acción reivindicatoria y exige, al igual que esta, la acreditación del dominio o la propiedad sobre el bien y la identificación de la cosa cuya entrega se solicita. La Ley no señala plazo para su ejercicio, pues a diferencia de la masa pasiva, que sí debe ser fijada de modo definitivo, en el patrimonio del concursado pueden entrar y salir bienes durante todo el procedimiento concursal. Corresponde en un primer momento decidir sobre la separación solicitada a la Administración concursal y contra su decisión denegatoria cabe plantear incidente concursal (SJM 1 Madrid de 19 de febrero de 2009 [JUR 2015, 188882]).

Precisión

Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la Administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario (art. 81 LC).

Actividad

En un supuesto de contrato de compraventa de viviendas:

- a) ¿Pueden los compradores que ya habían recibido el piso antes de la declaración de concurso de la vendedora separarlo de la masa activa?
- b) ¿Y si el piso todavía no lo han recibido?

Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 94990).

Elaborado el inventario por la Administración concursal, en el que se reflejará la naturaleza, características, lugar en el que se encuentre y, en su caso, datos registrales de cada uno de los bienes y derechos ahí relacionados, además de los gravámenes, trabas y cargas que recaigan sobre ellos, es necesario proceder a su avalúo, siempre con arreglo al valor de mercado (art. 82.2 y 3 LC).

Precisión

Para realizar la valoración hay que tener en cuenta los derechos, gravámenes, trabas o cargas que les afecten, para lo que los administradores concursales, previa solicitud al juez del concurso, pueden recabar el asesoramiento de expertos independientes, cuyos honorarios deben ser asumidos por aquellos (art. 83 LC).

Jurisprudencia

La intervención en el concurso del experto independiente previsto en el art. 83 LC es, exclusivamente, para el asesoramiento de la Administración concursal y se ve limitada legalmente a dos supuestos: “1) cuando dicho asesoramiento sea necesario para la estimación del valor de bienes o derechos, y 2) cuando lo sea para analizar la viabilidad de las acciones a que se refiere el art. 82 LC. De ahí que el art. 83.1, bajo la elocuente rúbrica «Asesoramiento de expertos independientes», disponga [...]”. Por tanto, la naturaleza del experto independiente, a que se refiere el art. 83 LC, es similar a la de un perito, en tanto encargado de proporcionar a la Administración concursal información sobre aspectos, legalmente tasados, que esta precisa para el desempeño de su labor. La iniciativa para el nombramiento del experto independiente corresponde a la Administración concursal, que deberá proponerlo al juez del concurso, indicando los términos del encargo (art. 83.1). La decisión del juez, favorable o no al nombramiento, no será susceptible de recurso alguno. Una vez nombrado el experto independiente, art. 83.2, le serán “de aplicación [...] el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes”, lo cual, obviamente, no puede ser entendido en el sentido de que se mute la naturaleza jurídica su cargo, que es simplemente la de asesor. Por último, y con relación a los honorarios devengados por el experto independiente, el art. 83.3 LC establece (en su redacción vigente, [...]) que “serán con cargo a la retribución de la Administración concursal”, lo que significa que es la Administración concursal la que, de la retribución que le corresponda, pagará al experto independiente los honorarios que se hayan devengado a consecuencia de su actuación. Como razona la doctrina [...], al imputar los honorarios de los expertos independientes a la retribución de la Administración concursal se está, de hecho, reduciendo su remuneración. [...] En el caso que ahora conoce el Tribunal, el nombramiento del experto independiente tuvo como motivo la necesidad de asesoramiento para la valoración de ciertos bienes y derechos (SAP Alicante [8.ª] de 8 de julio de 2016 [JUR 2016, 213394]).

Actividad

¿La inclusión de un bien o derecho en el inventario prejuzga de manera definitiva la titularidad de este? Consultad la SAP Madrid (28.ª) de 22 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 56400) y la SAP Zaragoza (5.ª) de 24 de marzo de 2014 (AC 2014, 374).

6.2.2. Los créditos contra la masa

Con carácter general, son los que se derivan de la sustanciación del concurso o del mantenimiento, tras la declaración de concurso, de la actividad profesional o empresarial que viniera desarrollando el concursado. Se recogen en el artículo 84.2 de la Ley Concursal.

Ejemplo

Los gastos procesales o los honorarios de los administradores concursales.

Se trata de créditos extraconcursales, esto es, quedan fuera del concurso, y pre-deducibles, ya que, con carácter previo al pago de los créditos concursales, deben apartarse de la masa activa las cuantías necesarias para satisfacer aquellos. La prededucción no puede hacerse con cargo a los bienes afectos a privilegio especial.

Jurisprudencia

Con el nombre de “créditos contra la masa” se designan todos aquellos créditos que genera el propio procedimiento concursal, ya deriven de las costas y gastos judiciales, ya se refieran a las obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración. Aunque técnicamente inexactos, los términos son afortunados porque permiten diferenciar a los titulares de créditos nacidos durante el procedimiento concursal de aquellos otros nacidos con anterioridad que ocasionan la declaración del concurso. Y así, los créditos contra la masa se contraponen a los créditos contra el deudor común (créditos concursales), y los acreedores de la masa (artículos 154.3 y 172.2-3.º) se contraponen a los acreedores en la masa. [...] En fin, como los créditos contra la masa se satisfacen al margen del procedimiento concursal, antes del reparto propiamente dicho (artículo 154.1), se utiliza también la expresión “créditos pre-deductibles”, y se afirma que se caracterizan por la prededucción o por la predeductibilidad, aunque ningún precepto legal utiliza por lo general esa denominación (SAP Zaragoza [5.ª] 49/2016, de 5 de febrero de 2016 [JUR 2016, 79326]).

Antes de enumerar cada uno de los tipos de créditos que conforman este grupo, en líneas generales se pueden resumir que serán créditos contra la masa todos aquellos gastos que se generan tras el auto por el que se declara el concurso de acreedores (AAP Guadalajara [1.ª] de 1 de junio de 2017 [AC 2017, 1235]). Ciertamente, la deuda que para la masa supone el crédito de los demandantes no responde a la naturaleza que tradicionalmente se atribuía a estas deudas de la masa, como era la de subvenir a las necesidades del concurso, por lo que debían haberse generado tras la declaración de este. Pero esta caracterización tradicional de las deudas de la masa ha resultado modulada por la regulación que se contiene en el art. 84.2 de la Ley Concursal, en la que algunos de los supuestos de créditos contra la masa no responden a esta finalidad, como es el caso del apartado 10.º, en el que se encuadra el crédito de los demandantes, o que no cumplen el requisito temporal de haberse generado con posterioridad a la declaración del concurso, como es el caso del apartado 1.º, los créditos por salarios de los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso (STS de 29 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5300]).

En la enumeración del art. 84.2 LC los créditos contra la masa no todos parten del elemento mero-temporales, pues también se designan créditos contra la masa algunos a los que se quiere por la Ley adosar su régimen, fuera de su concepto, es decir, por pura voluntad del legislador. Se viene así distinguiendo entre los créditos contra la masa sintéticos, que no reúnen los presupuestos ideológicos del concepto (a); los gastos del procedimiento, que existirán siempre, entre los que se encuentran las costas y gastos de asistencia jurídica y la remuneración de los administradores concursales –y en los concursos de personas físicas, alimentos– (b); y los créditos por la continuidad, que serán muy escasos cuando el cese de la actividad es anterior a la apertura y todo sea preservar un patrimonio para liquidarlo, o muy amplios, cuando se continúa con la actividad empresarial o profesional (c). Salvo el primer grupo, en todos los demás supuestos tiene que entenderse que el crédito contra la masa está conectado al interés del concurso y normalmente ha de surgir cuando tal concurso ya está en marcha. Ocurre que en muchos casos la propia norma establece tal interés, y se podrá descartar la realidad del crédito o su cuantía, pero no su naturaleza. En cambio, sintomáticamente son los gastos judiciales los que pueden ofrecer mayores posibilidades de falta de conexión funcional. Esta institución nace de la insolvencia y carece de justificación que cualquier gasto judicial, sea cual fuere el objeto de la contienda en que se genere, venga en perjuicio de los acreedores concursales, cuya máxima satisfacción es la finalidad principal del procedimiento. Por ello, en el precepto comentado expresamente se reitera que las costas que merecen la calificación de créditos contra la masa son las ocasionadas en procedimiento “en interés de la masa” (SAP Murcia [4.ª] de 17 de julio de 2014 [AC 2014, 2335]).

En caso de que la masa activa sea insuficiente para pagar los créditos contra la masa ya generados, procede concluir el concurso (art. 176.1,3º LC), y los créditos se pagarán conforme al orden de prelación fijado en el artículo 176 bis de la Ley Concursal.

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

a) ¿Son créditos contra la masa los recargos por impago de cuotas de las Seguridad Social generados con posterioridad a la declaración de concurso? ¿Y las retenciones derivadas del pago del impuesto sobre la renta de las personas físicas?

b) ¿Qué consideración tienen los créditos nacidos durante la vigencia de un convenio cuyo incumplimiento da lugar a la apertura de la fase de liquidación?

Consultad, entre otras resoluciones, las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 (RJ 2011, 437) y de 12 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2136); Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de abril de 2011 (AC 2011, 1310); y Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de mayo de 2010 (AC 2010, 1239).

c) ¿Son créditos contra la masa los intereses devengados por créditos concursales, si se han devengado una vez declarado el concurso? Consultad la STS de 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4698).

d) ¿Qué momento determina que el crédito sea concursal o contra la masa, el devengo del crédito o su exigibilidad? Consultad la STS de 30 de junio de 2017 (RJ 2017, 3120).

e) ¿Pueden los créditos contra la masa compensarse o generar intereses y recargos? Consultad la STS de 13 de marzo de 2017 (RJ 2017, 689).

6.2.3. La masa pasiva concursal (arts. 84 a 94)

La Ley Concursal recoge una definición de la masa pasiva por exclusión: está constituida por los créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa (art. 84.1 LC). A los créditos que forman parte de la masa pasiva se les denomina “concursoales”. Pues bien, la inclusión de estos créditos dentro de la masa pasiva del concurso se realiza según las siguientes reglas:

1) Los acreedores deben realizar la preceptiva comunicación de los créditos de que sean titulares, lo que se conoce como “insinuación”; comunicación que ha de formularse, en el mes siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado, del auto declarativo del concurso, por escrito o por medios electrónicos; y debe dirigirse a la Administración concursal, con los datos identificativos del acreedor y los relativos al crédito (concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento y calificación pretendida), acompañándose copia del título o documento acreditativo del mismo (art. 85 LC).

Jurisprudencia

Previamente al examen de las infracciones legales denunciadas con carácter general, ha de predicarse que el art. 85 de la LC impone que no es una facultad de estos, sino una obligación: La insinuación voluntaria de los créditos a los acreedores (SAP Zaragoza [5.ª] de 17 de enero de 2013 [JUR 2013, 112690]). Los acreedores del concursado no tienen obligación alguna de comunicar los créditos en el concurso, tal actuación es un acto voluntario, generalmente concebida como una carga para quienes pretenden obtener satisfacción dentro del concurso, sin poner en peligro las posibilidades

de alcanzarla. Así se desprende del art. 85 LC. Es cierto que este texto legal contempla medidas de sustancia sancionadora para el acreedor que comunica tardíamente su crédito, en la medida en que la falta de diligencia puede entorpecer el concurso y perjudicar a los demás acreedores. Sin perjuicio de las excepciones que se prevén, la comunicación tardía llevará consigo, como regla general, la subordinación del crédito (SAP A Coruña [5.ª] de 26 de marzo de 2015 [JUR 2015, 112188]).

De este modo, se concede a todos los acreedores del concursado el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias; acordadas en el Auto de declaración del concurso, a fin de que comuniquen a la Administración concursal la existencia de sus créditos. Se colige fácilmente que el plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la Administración concursal no tiene por qué coincidir necesariamente con la finalización del periodo que tiene la Administración concursal para elaborar el informe y la realidad cotidiana por otra parte así lo viene a evidenciar. Más bien la situación adecuada debería ser la de que el plazo para la comunicación de crédito finalizara con antelación a la expiración del plazo para la confección y entrega del informe de la Administración concursal (AJM 1 Madrid de 2 de octubre de 2008 [JUR 2009, 184971] y AJM 1 Valencia de 1 de octubre de 2009 [AC 2014, 1285]).

Precisión

Tras la reforma derivada de la Ley 38/2011, se permite la prórroga del plazo para emitir el informe cuando aún no hubiera concluido el plazo de comunicación (art. 74.2.2.º LC).

Actividad

a) ¿Quedan los acreedores liberados del deber de insinuar sus créditos en el plazo señalado si la Administración concursal, a su vez, incumple su obligación de comunicación prevista en el artículo 21.4 de la Ley Concursal? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2008 (AC 2008, 1450).

b) ¿Cuáles son las consecuencias de la comunicación de los créditos fuera del plazo legal? Consultad las SSTs de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1151) y de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5198).

2) Con fundamento en las comunicaciones y documentación aportada por los acreedores, la Administración concursal procede al reconocimiento de los créditos, es decir, a su inclusión o exclusión de la lista de acreedores, que comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos. También se han de incluir los créditos que resulten de los libros y documentos del deudor, aunque los acreedores titulares nos los hayan comunicado (art. 86 LC).

Precisión

La Ley Concursal recoge una serie de créditos de inclusión necesaria: los reconocidos por laudo o resolución procesal, aunque no sea firme, o por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en Registro Público y los laborales, cuya existencia y cuantía resulten de la documentación del deudor o consten en el concurso por cualquier otra razón.

Actividad

a) Dentro de la lista de acreedores, ¿en qué clases deben estar incluidos los acreedores con privilegio general o especial? Analizad el artículo 94.2 de la Ley Concursal, según su redacción resultante de la reforma operada por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 mayo.

b) En el ámbito del convenio, ¿pueden los acreedores de una de esas clases adoptar decisiones que afecten a los de otras distintas?

3) Al menos diez días antes de presentar el informe se dirigirá comunicación electrónica a los acreedores sobre los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. La comunicación que se publicará en el Registro Público Concursal y los acreedores podrán solicitar a la Administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o se complementen los datos comunicados (art. 95.1 LC).

Precisión

La Administración concursal dirigirá, también por medios electrónicos, una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, que será igualmente publicada en el Registro Público Concursal.

Actividad

¿Es posible la insinuación de un crédito sometido a un litigio iniciado antes de la declaración de concurso? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009, 250012).

Pero los créditos, además de reconocidos, deben ser también clasificados. Como sabemos, el concurso se encuentra regido por el principio de la *par conditio creditorum* o igualdad de tratamiento de los acreedores. Sin embargo, este principio se encuentra relativizado por el régimen legal de prelación de créditos, en cuya virtud algunos disfrutan de preferencias en el concurso, mientras otros son objeto de postergación. En concreto, la Ley Concursal prevé tres tipos de créditos concursales: privilegiados, con privilegio especial (art. 90 LC) o general (art. 91 LC), subordinados (art. 92 LC) y ordinarios.

Precisión

No existe una relación legal que identifique cuáles son los créditos ordinarios. Por exclusión, todos aquellos que no tengan la consideración de privilegiados o subordinados serán considerados créditos ordinarios. Como se puede ver, la graduación afecta a los créditos y no a sus titulares, pudiendo existir acreedores que ostenten varios créditos de la misma o distinta categoría.

Jurisprudencia

Los créditos concursales (artículo 84.1 de la LC) son aquellos que, ostentándolos quienes fueran acreedores de un deudor común al tiempo de ser este declarado en concurso, resultan integrados en la masa pasiva del mismo (artículo 49 de la LC), después de haber seguido las reglas concursales que disciplinan su comunicación (artículo 85 de la LC), reconocimiento (artículos 86 y 87 de la LC) y clasificación (artículos 89 a 92 de la LC), y que quedan sujetos al principio de la *par conditio creditorum* (trato equitativo), que significa que su satisfacción, en la medida de lo posible, conforme a reglas de preferencia y con criterios de proporcionalidad, queda a resultas de la solución final del concurso (convenio o liquidación) (SAP Madrid [28.ª] de 14 de marzo de 2014 [JUR 2014, 107295]).

Para la resolución de la cuestión planteada ha de partirse de que los créditos concursales, según el artículo 84.1 de la Ley Concursal, son aquellos que, ostentándolos quienes fuesen acreedores de un deudor común al tiempo de ser este declarado en concurso, resultan integrados en la masa pasiva del mismo (art. 49 LC), después de haber seguido las reglas concursales que disciplinan su comunicación (artículo 85 de la LC), reconocimiento (artículos 86 y 87 de la LC) y clasificación (artículos 89 a 92 de la LC), y que quedan sujetos al principio de la *par conditio creditorum* (trato equitativo), que significa que su satisfacción, en la medida de lo posible, conforme a reglas de preferencia y con criterios de proporcionalidad, queda a resultas de la solución final del concurso: "convenio o liquidación" (SAP Ourense [1.ª] de 4 de octubre de 2017 [JUR 2017, 258505]). Si se trata de créditos concursales, quedan igualmente sometidos a la disciplina del proceso concursal y habrán de ser atendidos, ya en el marco del convenio o en el de la liquidación, en función y medida de la clasificación que se les atribuya, pues ningún privilegio asigna la Ley a los créditos por el hecho de que hayan sido judicialmente declarados (taxativamente dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferen-

cia que no esté reconocido en esta Ley) (SAP A Coruña [4.ª] de 15 de septiembre de 2016 [JUR 2016, 228262]). La previsión de proposiciones alternativas en el convenio, a las que pueden acogerse todos los acreedores, no supone la creación de privilegios o preferencias no previstos en la Ley, por lo que no se infringe lo previsto en el art. 89.2 de la Ley Concursal (STS de 13 de marzo de 2017 [RJ 2017, 856]).

Actividad

Responded a las siguientes preguntas:

- a) ¿Cómo se califican los créditos que derivan de la documentación del deudor pero cuya clasificación como subordinados no fue impugnada? Consultad la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 (RJ 2011, 437).
- b) La Hacienda Pública es titular de varios créditos por impuestos devengados antes de la declaración de concurso, que ascienden a 100.000 euros. De este importe, 70.000 corresponde al principal de la deuda, 20.000 a intereses de la deuda, y 10.000 a una sanción por incumplimiento. ¿Cómo se calificarán estos créditos? Consultad la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 399).
- c) ¿Cómo se califican los honorarios del administrador concursal abogado por su intervención en un incidente concursal? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 113914).
- d) ¿Cómo se califica el crédito de una persona vinculada a la sociedad concursada? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 144647).
- e) ¿Cómo se califican las cuotas impagadas derivadas de un contrato de leasing? Consultad la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 6, de Madrid de 27 de enero de 2010 (JUR 2010, 148905).
- f) ¿Hasta dónde alcanza el privilegio especial de los acreedores con garantía real? Analizad el artículo 90.3, el apartado segundo de la DA 4.ª LC (consolidado en la Ley 17/2014) y el artículo 94.5 (introducido por el RDL 11/14).

El inventario y la lista de acreedores pueden ser objeto de impugnación por las partes personadas en el plazo de diez días a contar desde la publicación de la presentación del informe de la Administración concursal en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado. La impugnación del inventario puede tener por objeto la inclusión o la exclusión de bienes o derechos, así como el aumento o disminución del avalúo de los incluidos; y la de la lista de acreedores puede referirse a la inclusión o exclusión de créditos y a la cuantía o clasificación de los reconocidos. Las impugnaciones de uno u otro documento se tramitan ante el juez del concurso por la vía del incidente concursal, pudiendo ser acumuladas para su resolución conjunta (art. 96 LC).

Precisión

Todas las impugnaciones deberán hacerse constar, inmediatamente después de su presentación, en el Registro Público Concursal. Igualmente, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación, se publicará en dicho Registro una relación de las impugnaciones presentadas y de las pretensiones deducidas en cada una de ellas.

Jurisprudencia

Los arts. 95.2 y 96.1 de la Ley Concursal fueron reformados por el art. 12 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, [...]. Esta reforma estuvo motivada precisamente por los equívocos interpretativos a los que conducía la aplicación de esos preceptos a la hora de determinar la fecha inicial para el cómputo del plazo de interposición de la demanda de impugnación del informe de la Admi-

nistración concursal. La versión del art. 96.1 de la Ley Concursal vigente desde el 1 de abril de 2009 distingue, a diferencia de la derogada, entre dos tipos de cómputo del plazo de diez días, según se trate de partes personadas en el concurso o de interesados no personados. Para los primeros, el plazo se computa desde la notificación personal del informe y, para los segundos, desde la publicación del informe en el BOE. Por consiguiente, al ser el demandante de amparo parte personada en el concurso, se le debió computar el plazo de impugnación desde la notificación personal del informe (art. 96.1 de la Ley Concursal, inciso primero), lo que hubiera determinado la interposición de la demanda en el último día hábil. Se le aplicó, sin embargo, sin justificación alguna, el inciso legal referido a los interesados no personados como parte, lo cual, dado que la publicación en el BOE del informe fue anterior a la notificación personal, tuvo como consecuencia la extemporaneidad de la demanda de impugnación. La conclusión que se alcanza en las dos resoluciones judiciales recurridas en amparo no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. En ese sentido, desde la STC 158/2000, de 12 de junio (RTC 2000, 158), FJ 5, hemos venido repitiendo que “la decisión sobre la admisión o no de una demanda, así como la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales de la misma son cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE [...] Ahora bien, se exceptúan de tal regla aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente [...]” (STC [2.ª] de 21 de julio de 2014 [RTC 2014, 129]).

Precisión

La reforma derivada de la Ley 38/2011 añadió a esta regulación dos previsiones. Por un lado, la posibilidad de presentar comunicaciones de créditos, concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos. Tales créditos serán calificados como subordinados, salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia (art. 96 bis LC). Por otro, se admite la posibilidad de modificar incluso la lista definitiva de acreedores en ciertos casos tasados y justificados (arts. 97, 97 bis y 97 ter LC).

Actividad

¿Está el FOGASA legitimado activamente para impugnar la calificación de los créditos laborales cuando todavía no ha pagado a los trabajadores? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de mayo de 2010 (AC 2010, 1239).

Ejemplo

Iniciación de procesos administrativos de comprobación o inspección posteriores a la elaboración de la lista; o el cumplimiento de las condiciones en créditos que estaban reconocidos como condicionados suspensivamente.

7. La fase de convenio

7.1. Noción de convenio

El convenio concursal puede ser definido como un negocio jurídico, cuya eficacia está condicionada a su aprobación judicial, celebrado entre el deudor concursado y la colectividad de los acreedores, que tiene por objeto fundamental la satisfacción de los créditos de los acreedores, para lo que se acuerda su remisión, la dilación en el pago o ambas conjuntamente, u otro contenido, siempre con sujeción a los límites legales. En la medida en que la empresa sea viable, también se procura atender a otras finalidades como la conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado y la de los puestos de trabajo de la misma dependientes.

Precisión

El convenio es la solución “normal” del concurso, la cual el legislador trata de facilitar a través de medidas como la admisión de la propuesta anticipada, la agilización de la tramitación de las propuestas de convenio y la flexibilidad en la regulación de su contenido.

Con independencia del tipo de propuesta de convenio de que se trate, anticipada u ordinaria, tienen que respetarse siempre los requisitos de forma y contenido establecidos en la Ley Concursal.

1) En cuanto a los primeros, toda propuesta debe formularse por escrito y con la firma del deudor o acreedores proponentes (o por sus respectivos representantes con poder suficiente); y, en su caso, de los terceros que asuman compromisos de pago, presten garantías o financiación o asuman cualquier otra obligación (art. 99 LC).

Jurisprudencia

Toda propuesta de convenio, incluida la anticipada, y las adhesiones de los acreedores deben figurar firmadas por la sociedad concursada proponente (es decir, por persona con poder de representación de dicha sociedad insolvente), por las personas, naturales o jurídicas, que asuman cualquier obligación en dicha propuesta y por los acreedores adheridos, y esas firmas y, en su caso, la justificación del poder de representación de los firmantes han de estar legitimadas por fedatario público (AJM 1 Madrid de 4 de febrero de 2005). En una propuesta de convenio ordinario presentada por los acreedores debe entenderse por cumplido el requisito de la firma al haber sido plasmada la propuesta en instrumento público (AJM 1 Madrid de 16 de noviembre de 2005 [AC 2005, 2067]).

Debe inadmitirse una propuesta de convenio que incluya el compromiso de pago por tercero cuando falte la personalidad jurídica al compromitente en el momento del compromiso. Si, al tiempo del compromiso de pago asumido por el tercero persona jurídica, este no aparecía inscrito en ningún registro, tratándose de una sociedad irregular y sin personalidad jurídica, su representante carecía de apoderamiento suficiente para vincularla obligacionalmente. No impide tal conclusión la posterior inscripción y la posterior convalidación o ratificación por la sociedad, ya que la ausencia de personalidad civil al tiempo del compromiso y la ausencia de poder suficiente (art. 99 LC) no son convalidables. Cuando de las circunstancias resulte además que

la sociedad compromitente había sido creada *ad hoc* para la asunción de los pagos de la concursada, careciendo en este momento de una mínima solvencia patrimonial para hacer frente a dicha asunción, el compromiso de pago asumido debe calificarse como inexistente y una mera declaración de voluntad no sustentada en capacidad patrimonial alguna (AJM 6 Madrid de 15 de abril de 2009).

2) Por lo que respecta a los segundos, la Ley Concursal contempla una serie de normas de carácter imperativo, esto es, de obligado cumplimiento. En concreto, la propuesta de convenio ha de contener proposiciones de quita o de espera, pudiéndose acumular ambas (art. 100.1 LC). Las mayorías necesarias para la aceptación por los acreedores de la propuesta de convenio varían en función de las quitas y/o esperas que contenga.

Jurisprudencia

La propuesta de convenio tiene un contenido necesario constituido por las tradicionales quitas (convenios remisorios) o esperas (convenios dilatorios), pudiendo combinar ambas. Ahora bien, que la propuesta de convenio tenga que contener necesariamente proposiciones de quita y/o espera, salvo alguna posible excepción que no viene al caso, no significa que sea su único contenido, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1255 del Código civil, pueden proponerse cualesquiera acuerdos que no sean contrarios a la moral, al orden público o a las leyes y, entre estas, como es natural, la propia Ley Concursal, que modula y limita dicha autonomía dado que, sin necesidad de abordar aquí la naturaleza jurídica del convenio, sí cabe afirmar que se trata de un negocio jurídico de masa que se alcanza en el seno de un proceso y que exige aprobación judicial, fijando la propia Ley Concursal determinados límites a la autonomía de voluntad privada (AAP Madrid [28.ª] de 12 de marzo de 2010 [AC 2010, 1202]).

Frente a la legislación concursal derogada, la vigente Ley Concursal ha venido a derogar el principio general de libertad de pacto admitido en materia de convenio. Actualmente, en el convenio encontramos una oferta contractual normada y un contrato normado, donde el legislador a) limita los supuestos de quitas y esperas en que se justifica la extensión de los efectos subjetivos del convenio a acreedores no intervinientes, y b) limita la autonomía de la voluntad en defensa del interés económico de la parte contractual más débil (los acreedores ordinarios ausentes, los privados de voto, los que votaron en contra y los subordinados), al excluir determinados contenidos contractuales antes válidos; encomendando a la Administración concursal y al juez del concurso el control de dicha oferta y la protección de tales intereses económicos minoritarios. Por ello, la propuesta de convenio admitida por una mayoría de los acreedores ordinarios no justifica económicamente la necesidad objetiva de ampliar las quitas estipuladas legalmente, la exigencia objetiva de estas en relación con las probables actividades futuras de explotación, los márgenes comerciales y de explotación que exigirían precisamente una quita y no otra (SJM 6 Madrid de 5 de septiembre de 2011 [AC 2011, 2141]).

El art. 100 LC no se pronuncia expresamente sobre la admisión o no de los periodos de carencia y su tenor es acorde con la postura del legislador al considerar el convenio la solución normal del concurso, como expone la exposición de motivos. Es decir, dicho precepto contempla las más posibles variantes en el convenio. Ello también resulta así del principio de autonomía de la voluntad de las partes, pues pueden incluir los pactos y cláusulas que estimen conveniente conforme al art. 1255 del Código civil. Y, finalmente, estimo que deben admitirse estos contenidos –siempre de forma proporcionada a las circunstancias del caso concreto– con base en el principio *favor convenii*. Por ello, aunque dicha previsión no esté expresamente contenida en el art. 100.2 LC, al no quedar prohibida en el art. 100.3 LC, resulta legal (SJM 2 Murcia de 25 de julio de 2014 [JUR 2015, 272782]).

La autorización de la superación de los límites del art. 100.1 LC sólo puede justificarse, además de por las razones previstas en el propio párrafo segundo del art. 100.1 LC (que constituyen además un requisito ineludible si el convenio no tiene el carácter de propuesta anticipada), cuando las ventajas que supone la superación de tales límites son superiores a los inconvenientes que provoca a los acreedores, a los competidores, a los trabajadores y a los demás titulares de intereses legítimos que concurren en el concurso. Tal motivación debe responder a una justificación adecuada aportada al

proceso (solicitud del deudor, propuesta del convenio, informe de viabilidad, informe de la Administración concursal), que puede ser cuestionada por los acreedores o por la Administración concursal, y que debe ser valorada por el tribunal para motivar su decisión sobre la autorización de la superación de esos límites. Dado que el Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que no aprobó la propuesta anticipada de convenio con base en normas aplicables específicamente a las administraciones públicas, si la Audiencia Provincial consideró que el Juzgado Mercantil había errado en la aplicación de tales normas y revocó el pronunciamiento que denegó la aprobación del convenio, al ser su cognición plena, debió realizar la autorización motivada de la superación de los límites que para el convenio establece el art. 100.1 LC (STS 1.ª de 18 de marzo de 2016 [RJ 2016, 864]).

Las mayorías necesarias para la aceptación por los acreedores de la propuesta de convenio varían en función de las quitas y/o esperas que contenga.

Así, se prevén dos tipos de opciones, en función del pasivo ordinario favorable al convenio, con distintos posibles límites en las quitas y/o esperas (arts. 124 y 134 LC):

- Cuando concurra un 50% del pasivo ordinario:
 - Quitas de hasta el 50%.
 - Esperas de hasta cinco años.
 - Conversión de deuda en préstamos participativos durante cinco años.
- Cuando concurra un 65% del pasivo ordinario:
 - Quitas sin porcentaje máximo.
 - Esperas de hasta diez años.
 - Conversión de deuda en préstamos participativos durante diez años.
 - Cesión de bienes o derechos en pago de la deuda, o cesión de unidades productivas en funcionamiento.

Precisión

A los efectos del cómputo de las referidas mayorías, se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta.

Precisión

La aprobación del convenio implicará la extensión de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieran votado a favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 134. Si no se alcanzasen las mayorías exigidas se entenderá que el convenio sometido a votación queda rechazado.

Pero, cuando en la propuesta de convenio se contemple una quita inferior al 20% con pago inmediato o una espera no superior a tres años, sólo se exige que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra, sin necesidad de porcentaje mínimo.

No se permite que la propuesta de convenio tenga como contenido la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, no pudiendo consistir tampoco en ninguna forma de liquidación global del patrimonio del concursado ni alterarse la clasificación de los créditos establecida por la Ley Concursal o la cuantía de los mismos fijada en el proceso (art. 100.3 LC).

Precisión

No obstante, cabe la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores cuando los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y su valor razonable sea igual o inferior al crédito que se extingue; y hay que tener en cuenta que el artículo 155.4 de la Ley Concursal permite la venta directa o cesión en pago o para pago de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial.

Tampoco cabe someter la eficacia de la propuesta de convenio a condición y, de lo contrario, se tendrá por no presentada. Ello salvo que se trate de concursos conexos (declarados conjuntamente o acumulados), en cuyo caso la propuesta de convenio de uno de los concursados puede condicionarse a la aprobación judicial de la presentada por otro u otros (art. 101 LC).

Las propuestas deben ir acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento (art. 100.4 LC) y, en su caso, de un plan de viabilidad (art. 100.5 LC).

La Ley Concursal también alberga normas de contenido permisivo. Así, la propuesta de convenio puede contener distintas alternativas para todos o algunos de los acreedores, debiendo determinarse la aplicable en caso de falta de ejercicio por los acreedores de su facultad de elección (arts. 99.1, 100.2 y 102 LC). Además, se admite la posibilidad de enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. No obstante, tal posibilidad se condiciona a que el adquirente asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte, debiendo ser oídos los representantes de los trabajadores (art. 100.2,III y IV LC).

Actividad

- a) ¿Forma parte del convenio el plan de viabilidad? Consultad la SAP Pontevedra (1.ª) de 20 de enero de 2010 (JUR 2010, 101768) y el AAP Barcelona (15.ª) de 24 de mayo de 2012 (AC 2012, 497).
- b) ¿Puede ser revocada la petición inicial de liquidación para intentar la obtención de un convenio? Consultad el AJM 1 Madrid de 16 de marzo de 2006 (AC 2006, 504).
- c) ¿Son los límites de quita y espera predicables respecto de los créditos subordinados? Consultad la STS (1.ª) de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2148).
- d) ¿Puede renunciar el acreedor al privilegio de su crédito en el ámbito del convenio?, ¿y votar en Junta de Acreedores? Consultad la SAP Córdoba (3.ª) de 10 de enero de 2013 (JUR 2013, 248648).
- e) ¿La modificación de la lista de acreedores que deriva en una disminución del pasivo ordinario vulnera las normas para la determinación de las mayorías necesarias del artículo

124.1 de la Ley Concursal? Consultad la SAP Sevilla (5.ª) de 7 de enero de 2016 (JUR 2016, 126614).

f) Cuando a un acreedor es privado del derecho de voto, ¿se excluye el importe de sus créditos del cómputo para la aprobación de la propuesta de convenio? Consultad el AAP Zaragoza de 5 de julio de 2008 (JUR 2008, 362628) y AAP A Coruña (4.ª) de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012, 919313).

7.2. La propuesta anticipada de convenio

La admisión de este tipo de propuesta constituye una medida de fomento de la solución de convenio. La posibilidad legal de tramitación de una propuesta anticipada de convenio, cuya aceptación por los acreedores se realiza a través del sistema de adhesiones, evita la necesidad de constitución de la Junta de Acreedores y las consiguientes dilaciones temporales.

Precisión

La adhesión consiste en una declaración del acreedor efectuada mediante comparecencia ante el secretario judicial o en instrumento público, a través de la cual manifiesta su conformidad a la propuesta anticipada presentada por el deudor. Debe ser pura y simple y expresar la cuantía del crédito o créditos de titularidad del acreedor, así como su clase (art. 103 LC).

Jurisprudencia

El convenio es la solución normal del concurso, y así lo ha previsto el legislador, que ha señalado en la exposición de motivos (apartado VI) que el convenio es la solución normal del concurso, y por ello la ley lo fomenta con una serie de medidas que están orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo. El legislador, sabedor de que en la legislación anterior normalmente se acudía a la vía de la liquidación y que esta difícilmente era la mejor solución para la satisfacción de los intereses, ha optado por dar preeminencia al convenio. Entiende el legislador que si la finalidad del concurso es la satisfacción de los intereses de los acreedores, como un medio especialmente idóneo para dotar de soluciones ordenadas a las situaciones de imposibilidad o dificultad de satisfacer las distintas deudas, y así lo recoge la exposición de motivos (apartado II párrafo 4.º), a través del recurso del convenio se producirá una mejor respuesta a esos intereses, por lo que en última instancia el convenio responde al cumplimiento de la finalidad del concurso. Así lo ha señalado el legislador al mencionar que el convenio de continuación, es decir, el de conservación de la actividad, es un instrumento adecuado en interés, entre otros, de los acreedores. Esto tiene especial trascendencia porque esta idea debe presidir la interpretación de las normas concursales, y debe tener reflejo a la hora de la adopción de decisiones por el juez del concurso. Esta decisión del legislador se ha visto reforzada por la reforma de la Ley Concursal operada por RDL 3/2009, que tenía como finalidad facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos. Decimos que la pretensión del legislador de optar por el convenio como solución normal del concurso se ha visto reforzada por la reforma concursal, porque dentro de agilización de los trámites procesales y reducción de los costes de la tramitación se encuadran las reformas incluidas en materia del convenio, que vienen, además, a ahondar en la posición mantenida por el legislador concursal. En la exposición de motivos de la Ley Concursal se consagra al convenio como la solución normal del concurso (apartado VI), y para dar cumplimiento a dicha solución se han establecido una serie de medidas que están orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo, incluyéndose dentro de esas medidas la propuesta anticipada de convenio. De este modo, la reforma refuerza la decisión del legislador de considerar al convenio como solución normal del concurso y fomenta la posibilidad de la propuesta anticipada suavizando los requisitos para su admisión a trámite, en especial el quórum de adhesión y la reducción de las prohibiciones del artículo 106 (AJM 5 Madrid de 17 de marzo de 2010 [JUR 2010, 201687]).

Por lo que respecta a la **legitimación**, la propuesta anticipada de convenio no puede partir de la iniciativa de los acreedores, sino del deudor, siempre que no se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 105.1 de la Ley Concursal.

Actividad

¿Cuándo termina la posibilidad de aplicar las causas de prohibición del artículo 105.1 de la Ley Concursal? Consultad el AAP Barcelona (15.ª) de 17 de diciembre de 2012 (AC 2015, 517).

En cuanto al **procedimiento**, la tramitación de la propuesta anticipada sigue las siguientes reglas:

- a) El deudor puede presentar la propuesta anticipada de convenio desde la solicitud de concurso voluntario o la declaración de concurso necesario hasta la finalización del plazo de comunicación de créditos (art. 104.1 LC).
- b) Una vez presentada, el juez del concurso la admitirá a trámite, mediante auto no recurrible, si las adhesiones alcanzan la quinta parte del pasivo, salvo que la propuesta se acompañe a la solicitud de concurso voluntario, en cuyo caso basta la décima parte de aquel; no hay infracción legal en su contenido y el deudor no se halla incurso en alguno de aquellos supuestos. De apreciar algún defecto, se concede un plazo de subsanación de tres días (art. 106 LC).

Precisión

Si la propuesta anticipada de convenio se presenta con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de este, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso.

Jurisprudencia

El régimen diseñado por la Ley Concursal para la tramitación de la propuesta anticipada de convenio pasa por dos tipos de exámenes, uno primero (previsto en el artículo 106.3) encaminado a determinar si se ajusta a los requisitos legales exigidos en cuanto al quórum de pasivo adherido, respeto por el convenio a las prohibiciones establecidas en cuanto a su contenido, y ausencia en la persona del deudor de las causas de prohibición tipificadas al respecto, todo lo cual se configura como un control de pura legalidad que ha de realizar el juez del concurso con carácter previo a la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio. Una vez superado este primer filtro, el segundo examen viene supeditado a la previa confección por parte de la Administración concursal del llamado informe de evaluación (artículo 107) (AJM 1 Las Palmas de Gran Canaria de 15 de octubre de 2010 [JUR 2010, 373526]).

- c) Admitida a trámite la propuesta, se da traslado de la misma a la Administración concursal para que la evalúe en el plazo de diez días. Si la evaluación es desfavorable o contiene reservas, el órgano judicial puede, a través de auto irrecurrible, dejar sin efecto la admisión de la propuesta o continuar su tramitación. La evaluación favorable se une al informe de la Administración concursal (art. 107 LC).

Precisión

La Administración concursal comunicará de forma telemática el informe desfavorable o con reservas a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.

Jurisprudencia

Una vez superado este primer filtro –el control de pura legalidad que ha de realizar el juez del concurso con carácter previo a la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio–, el segundo examen viene supeditado a la previa confección, por parte de la administración concursal, del llamado informe de evaluación (art. 107 LC). Este documento tiene una doble función: servir de informe a los acreedores que todavía no están adheridos, como instrumento que colabora en formar la decisión de una eventual adhesión, y servir de informe orientador al juez, ya que el cometido de dicho informe de evaluación se limita a valorar, según la mejor doctrina, si puede razonablemente esperarse que el plan de pagos pueda ser cumplido por existir la necesaria correspondencia entre aquel y la propuesta de convenio presentada. A la vista de este informe de evaluación, el juez del concurso puede adoptar una segunda decisión encaminada a «dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación» (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). Legalmente se prevén tres modalidades de informe de la administración concursal: favorable, con reservas y desfavorable. No se contempla la posibilidad de un informe «favorable con reservas». Si la administración concursal emite un informe con salvedades o «reservas» es porque entiende que existen una o varias circunstancias que son o pueden ser significativas en relación con la viabilidad del cumplimiento del convenio globalmente considerado (AJM 1 Las Palmas de Gran Canaria 15.10.2010 (JUR 2010, 373526).

d) La aceptación de la propuesta por los acreedores requiere que las adhesiones representen la mayoría legalmente exigida (art. 124 LC), lo que será verificado por el letrado de la Administración de Justicia, quien proclamará el resultado mediante decreto (art. 109.1 LC).

e) Si se obtiene la mayoría legal, el juez del concurso dictará sentencia aprobatoria una vez transcurrido el plazo de oposición, sin haberla, o si la misma hubiese sido denegada. No obstante, también cabe que el órgano judicial, de oficio, rechace la propuesta anticipada aceptada por infracción de las normas legales sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración (arts. 109.2 y 131.1 LC).

Jurisprudencia

El juzgador, en aplicación del artículo 109 de la Ley Concursal, está facultado para aprobar o rechazar el convenio, pero –en ningún caso– modificarlo de oficio. El juez ejerce un control de legalidad, puesto que está obligado a verificar la forma y el contenido de la propuesta en el momento de su presentación por el deudor. Por lo tanto, y en principio, debía respetar el convenio inicial, al que se había adherido la entidad de crédito, pues la Ley Concursal configura como principio esencial del convenio el principio de autonomía de voluntad de las partes, a través del cual, quienes determinan el contenido de este son las partes. En este sentido, la propia exposición de motivos de la Ley dispone que “el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”. De ello se desprende que el juez, una vez ejercido el control de legalidad sobre la propuesta del convenio, debe respetar la voluntad de las partes. En definitiva, puede aprobarlo, porque se han cumplido todos los requisitos legales previstos en la Ley Concursal, o en su defecto rechazarlo, sin que quepa su modificación, puesto que esta actuación iría en contra del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, salvo que la someta a las partes en trámite contradictorio, determinante del nuevo y necesario consenso (SAP Madrid [28.^a] de 6 de marzo de 2012 [JUR 2012, 125081]).

El convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquel con cada uno de estos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial. Sin embargo, el papel que corresponde al juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo –o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca–, pero no modificar su contenido –artículo 109, apartado 2, en relación con el 129, apartados 1, 2 y 3, de la Ley Concursal. En definitiva, la necesidad de aprobación judicial no significa que no sean el deudor y los acreedores los legitimados para determinar el contenido de la reglamentación de sus intereses, en que consiste el convenio. Por ello, es contraria al artículo 109 la aprobación judicial, como supletoria, de la segunda propuesta formulada por la deudora, ya que, según la oferta aceptada, ese papel correspondía a la primera (STS 1.ª de 25 de octubre de 2011 [RJ 2012, 434]).

Si el juez del concurso consideraba que se había infringido alguna de las normas que la Ley Concursal establece sobre el contenido del convenio, no debió aprobarlo. La solución que adoptó, aprobarlo modificando su contenido, no es admisible. No estamos ante un convenio al que se añaden contenidos impropios de este (comisiones de acreedores con facultades que contradicen las normas imperativas que regulan el concurso, privación de garantías prestadas por terceros a acreedores concursales que no hayan votado a favor del convenio, etc.) que pueden ser eliminadas por el juez al dictar la resolución de aprobación del convenio sin que con ello integre el contenido propio del convenio, respecto del cual no puede suplantar la voluntad de las partes llamadas a votar a favor o en contra. En el caso enjuiciado, lo que se ha eliminado es una de las proposiciones alternativas, que integra el contenido propio del convenio, y que no puede ser eliminado por el juez, que deberá aprobar el convenio íntegro o, si considera que alguna o todas las proposiciones alternativas son contrarias a la regulación imperativa de las normas concursales, deberá rechazarlo en su integridad (STS 1.ª de 13 de marzo de 2017 [RJ 2017, 856]).

f) De no alcanzarse la mayoría legal, el juez dictará auto de apertura de la fase de convenio o liquidación, según corresponda. A tales fines, requerirá al deudor para que manifieste si solicita la apertura de la fase de convenio, pudiendo mantener la propuesta anticipada o formular otra nueva, o desea solicitar la liquidación (art. 110.1 LC).

Precisión

El mantenimiento de la propuesta anticipada tiene aparejadas dos ventajas: los acreedores adheridos se tienen por presentes en la junta a efectos de quórum; y las adhesiones de los acreedores computan como votos a favor en la votación en junta de acreedores, sin perjuicio de la posibilidad de revocación con anterioridad a su celebración o de emitir en aquella un voto en sentido inverso (arts. 110.2 y 115.3 LC).

7.3. La propuesta ordinaria de convenio

Terminada la fase común, si el concursado no solicita la liquidación, el juez del concurso abrirá la fase de convenio mediante auto, ordenando convocar la Junta de Acreedores.

Precisión

También cabe la tramitación escrita del convenio, cuya regulación se contiene en el artículo 115 bis, cuando los acreedores excedan de trescientos (art. 111.2,II LC). Ello porque, si el concurso afecta a un gran número de acreedores, resulta complicado el desarrollo de la Junta de Acreedores: gobierno de los debates, emisión de votos, etc.

En cuanto a la **legitimación**, en la fase de convenio tanto el deudor como los acreedores que representen una quinta parte del pasivo pueden presentar propuestas “ordinarias” de convenio.

Las características del **procedimiento** son las siguientes:

a) Los legitimados pueden presentar sus propuestas dentro de los siguientes plazos legales: desde la expiración del plazo de comunicación de créditos hasta la finalización de la fase común (art. 113.1 LC); si no se han presentado propuestas en el plazo anterior, cabe hacerlo desde la convocatoria de la Junta de Acreedores hasta cuarenta días antes de la fecha de su celebración (art. 113.2 LC).

b) Si las propuestas presentadas cumplen las condiciones legalmente establecidas de tiempo, forma y contenido, el juez las admitirá a trámite mediante providencia; y, de apreciar algún defecto, dentro del mismo plazo dispondrá que se notifique al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo (art. 114.1 LC).

c) De cada una de las propuestas de convenio presentadas se da traslado a la Administración concursal para que emita su evaluación en el plazo de diez días (art. 115.1 LC).

d) Si no se presenta ninguna en los plazos antes señalados o las presentadas no son admitidas a trámite, el juez del concurso procede, de oficio, a la apertura de la fase de liquidación (arts. 114.3 y 143.1.1º LC).

e) Una vez admitidas a trámite y evaluadas por la Administración concursal, las propuestas deben recibir el respaldo de los acreedores. En cuanto a las mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio, el artículo 124 de la Ley Concursal, en su redacción resultante del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, establece distintos porcentajes en función del contenido de aquella. Así, para la aceptación de propuestas con esperas superiores a cinco años, siempre sin superar los diez años y/o quitas superiores al importe de la mitad de los créditos, será necesario que voten a favor los acreedores que representen al menos el 65% del pasivo ordinario del concurso. Esta misma mayoría cualificada será necesaria para que se acepte una propuesta que prevea, para el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en créditos participativos durante este plazo superior a cinco años y las restantes medidas previstas en el artículo 100 de la Ley Concursal (art. 124.1,b). En los demás casos será suficiente el apoyo del 50 por ciento del pasivo ordinario.

Precisión

Si la propuesta de convenio consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra (art. 124.1,a).

f) Aceptada en Junta por los acreedores la propuesta ordinaria de convenio, es posible su impugnación por la Administración concursal y los acreedores que no asistieron a aquella, los que hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra; y, en el caso de tramitación escrita o propuesta anticipada, por quienes no se hubiesen adherido a ella. La oposición sólo puede fundarse en la infracción de las normas legales sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración (art. 128.1 LC).

Precisión

También se contempla como causa de oposición a la aprobación judicial del convenio la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, si bien la legitimación activa se reduce a la Administración concursal y los acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios (art 128.2 LC).

Jurisprudencia

El sistema de control de legalidad respecto del contenido del convenio es redundante, ya que se impone al juez en el momento de la admisión a trámite de la propuesta de convenio y también en caso de oposición de parte legitimada a la aprobación. Dicha oposición puede fundarse, entre otros motivos, en la infracción de las normas sobre el contenido del convenio (art. 128 LC). Ahora bien, la providencia que admite a trámite la propuesta de convenio (art. 114 LC) es susceptible de recurso de reposición (art. 197.3 LC), con lo que podría pensarse que si los acreedores personados han consentido la decisión judicial de admisión a trámite, permitiendo que se culminara la tramitación del convenio, resulta cuestionable que se ajuste a la buena fe la demanda de oposición fundada en los mismos motivos que pudieron hacerse valer por vía de recurso frente a aquella providencia. No obstante, habrá que tener en cuenta, por una parte, que la providencia de admisión a trámite se dicta antes de que la Administración concursal haya emitido su escrito de evaluación sobre el contenido de la propuesta, y por otra, que no hay base legal para sostener que la oposición a la aprobación del convenio sólo tiene sentido en el caso de que se introduzcan modificaciones a la propuesta de convenio en el acto de la Junta de Acreedores (posibilidad que choca con la prohibición del art. 114.2 LC o que está reservada a los acreedores no personados en el concurso). En consecuencia, no puede limitarse el derecho de oposición de los acreedores legitimados por el hecho de no haber impugnado la resolución judicial de admisión a trámite (SJM 1 A Coruña de 8 de noviembre de 2010 [AC 2010, 2094]).

Para el cómputo del plazo de oposición no se tiene en cuenta la fecha de conclusión de la junta en la que se aceptó la propuesta de convenio, sino la de la providencia de integración de la propuesta, ya que esta contenía la voluntad del administrador de la sociedad concursada de garantizar personalmente la satisfacción de los derechos de los acreedores, y al no haber asistido a la reunión era necesaria su ratificación posterior. Por un lado, el plazo para formular oposición es procesal, y la fijación de su día inicial debe cuestionarse por medio de un recurso extraordinario por infracción procesal; por otro, no puede cuestionarse lo declarado en la instancia respecto al sentido jurídicamente relevante de los términos del convenio (STS de 16 de abril de 2012 [RJ 2012, 5903]).

La exégesis de la norma permite concluir que no todos los acreedores del concursado están legitimados para impugnar el convenio, sino tan sólo: Los que no asistieron a la junta; los que habiendo asistido hubieran sido ilegítimamente privados del voto; los que habiendo asistido y ejercitado su derecho a votar –no, en consecuencia, los que se hubieran abstenido– hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría y en el caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella (SAP Madrid [28.ª] de 23 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 38507]). Ante una propuesta de convenio cuya forma y contenido vulneran la Ley Concursal cuando el acreedor (que para el crédito privilegiado especial que el convenio propone cancelar es tercero porque la deuda está en otra sociedad) a su vez es acreedor concursal y ejerce su derecho de oposición a la aprobación, sí tiene legitimación activa. No se discute si el acreedor estaba presente en la junta (a efectos de la legitimación prevista en el art. 129 LC) sólo si, además de las restricciones previstas para interponer la demanda de oposición a la aprobación, cabe ampliarlas conjugando el contenido de la oposición con la calidad en la que

demanda (aquí acreedor sin crédito privilegiado especial). Entendemos que no procede añadir más limitaciones a las expuestas y que la Ley Concursal no restringe el motivo de oposición al crédito por el que vota (SAP Islas Baleares [5.ª] de 27 de julio de 2017 [AC 2017, 1310]).

g) Con fundamento en aquellos mismos motivos previstos en el artículo 128.1, el órgano judicial puede rechazar, de oficio, la propuesta de convenio aceptada por los acreedores (art. 131 LC).

h) La falta o, en su caso, la desestimación de la oposición dará lugar a la aprobación judicial de la propuesta de convenio mediante sentencia recurrible en apelación (arts. 129.1, 130 y 197.5 LC).

Actividad

a) ¿Puede un acreedor que se adhirió a la propuesta de convenio, sin haber asistido después a la junta celebrada, oponerse a la aprobación judicial del convenio? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de julio de 2011 (AC 2011, 1503).

b) ¿Tienen naturaleza procesal los plazos a los que se refiere el artículo 113 de la Ley Concursal? Consultad el AAP Valladolid (3.ª) de 14 de febrero de 2012 (JUR 2012, 10457) y AAP Pontevedra (1.ª) de 26 de diciembre de 2012 (JUR 2012, 399094).

c) ¿Puede el juez modificar la fecha límite para las adhesiones en la tramitación escrita de la propuesta ordinaria de convenio? Consultad el AJM 1 Madrid de 27 de abril de 2012.

d) ¿Conlleva la falta de asistencia del juez o del miembro de la Administración concursal la nulidad de la Junta de Acreedores? Consultad la SAP Barcelona (15.ª) de 28 de enero de 2015 (AC 2015, 422).

e) ¿Es válida la interrupción momentánea de la Junta de Acreedores? Consultad la SAP Burgos (3.ª) de 26 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 50190).

f) ¿Constituyen las causas legales de oposición al convenio un *numerus clausus*? Consultad la STS (1.ª) de 10 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6344).

g) ¿Puede un acreedor oponerse parcialmente a la aprobación judicial del convenio? Consultad la SAP Alicante (1.ª) de 3 de septiembre de 2012 (AC 2012, 1880).

h) ¿Puede ser alegada la nulidad del convenio como causa de oposición a la aprobación judicial de este? Consultad la SAP Alicante (8.ª) de 7 de marzo de 2013 (JUR 2013, 189062).

i) ¿Es posible la declaración judicial de nulidad parcial de un convenio? Consultad la SAP Barcelona (15.ª) de 29 de junio de 2010 (JUR 2010, 388348).

j) ¿Puede apreciarse de oficio la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio? Consultad la SJM 1 Madrid de 26 de septiembre de 2014 (AC 2016, 897).

7.4. Eficacia y cumplimiento del convenio

Desde la fecha en la que recaiga la sentencia aprobatoria, el convenio adquiere plena eficacia. Ello salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza (art. 133.1 LC). La aprobación judicial del convenio trae consigo la novación de los créditos, quedando extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido de aquel (art. 136 LC). Desde el punto de vista subjetivo, los efectos

del convenio se extienden al deudor y los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (art. 134.1 LC).

Precisión

Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados si hubieran votado a favor o si su firma o adhesión a la propuesta hubiera sido computada como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento. También quedarán vinculados cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase: del 60%, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a); del 75%, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b) (art. 134.2 y 3 LC).

Actividad

¿Puede un acreedor titular de un crédito afianzado reclamar al fiador o avalista el importe total de la deuda si votó a favor de la propuesta de convenio? Consultad, entre otras resoluciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 5694) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 14 de enero de 2011 (AC 2011, 287).

Con la eficacia del convenio cesan los efectos de la declaración de concurso, siendo sustituidos por los establecidos en el convenio. Los administradores concursales dejan el cargo, sin perjuicio de la posibilidad de que se encomienden determinadas funciones a todos o algunos de ellos hasta su íntegro cumplimiento (art. 133.4 LC). Durante el periodo de cumplimiento del convenio, el concursado tiene que informar semestralmente al órgano judicial (art. 138 LC) y, si lo considera íntegramente cumplido, presentará el correspondiente informe con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento (art. 139.1 LC); declaración que, en su caso, el juez acordará mediante auto, al que se le dará la misma publicidad que a la aprobación del convenio (arts. 132 y 139.2 LC), es decir, la prevista para el auto declarativo del concurso.

Precisión

En el plazo de dos meses desde la publicación del auto de declaración de cumplimiento del convenio, cualquier acreedor que considere incumplido el convenio en lo que le afecte podrá pedir la declaración judicial de incumplimiento (art. 140 LC). Esta última declaración judicial trae consigo la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1,5.º LC). En cambio, la firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio constituye una de las causas de conclusión del concurso (art. 176.1.2.º LC).

Actividad

a) ¿Constituye el incumplimiento de los plazos pactados en el convenio para el pago de los créditos afectados por las esperas un incumplimiento esencial de aquel? Consultad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 11 de marzo de 2009 (JUR 2009, 249681).

b) ¿Qué consideración tienen los créditos nacidos durante el cumplimiento del convenio, en caso de apertura posterior de la liquidación concursal? Consultad las SSTs (1.ª) de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 185) y de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2425).

8. La fase de liquidación

8.1. Noción

La liquidación constituye una de las dos soluciones posibles en el concurso de acreedores, de carácter alternativo a la de convenio. Puede ser definida como el conjunto de actos procesales que se suceden a partir de su apertura, momento que puede variar en cada procedimiento dependiendo de que la misma se produzca a instancias del deudor, de acreedor, de la administración concursal o de oficio, según el desenvolvimiento del proceso concursal de que se trate; y tiende, por un lado, a la realización del patrimonio del deudor siguiendo las directrices de un plan de liquidación o, en su defecto, según las normas supletorias previstas en la Ley Concursal; por otro, a su posterior reparto entre los acreedores con arreglo al orden de prelación de créditos que la misma establece.

Precisión

Puede afirmarse que la fase de liquidación está compuesta de dos subfases. La primera dirigida a la conversión en metálico de los bienes y derechos integrantes de la masa activa concursal; la segunda, a distribuir lo obtenido entre los acreedores según el orden legalmente previsto.

8.2. Apertura de la fase de liquidación

En la actualidad el deudor puede pedir la liquidación en cualquier momento y, dentro de los diez días siguientes a la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142.1 LC). Por tanto, cabe la posibilidad de que la fase de liquidación se tramite a la vez que la fase común, si bien ciertos actos de aquella sólo podrán realizarse una vez finalizada esta.

Ejemplo

La mayoría de pagos no podrá realizarse hasta no tener la lista definitiva de los créditos con su graduación.

El artículo 142.2 contiene otro supuesto de apertura de la fase de liquidación a instancias del deudor, de carácter obligatorio, al disponer que el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel.

Precisión

Si en las circunstancias descritas el deudor no solicita la liquidación, el mismo precepto legitima para hacerlo a cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso (art. 2.4 LC).

Jurisprudencia

Se asienta (el deber), pues, en el conocimiento del deudor de que no puede cumplir con todas sus obligaciones exigibles, es decir, cuando conozca “la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel”, lo que no es más que hacer referencia a la obligación de pedir la liquidación cuando, vigente el convenio, ha caído de nuevo en el estado de insolvencia previsto en el artículo 2.2 de la LC (SAP Barcelona [15.ª] de 26 de marzo de 2008 [JUR 2009, 278090]; en el mismo sentido, AAP Islas Baleares [5.ª] de 26 de febrero de 2010 [AC 2010, 926]; SAP Álava [1.ª] de 7 de junio de 2010 [JUR 2010, 408626]; AJM 1 Bilbao de 19 de octubre de 2009 [AC 2010, 230]). El deudor debe pedir la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio. En tal caso, el juez debe sin más abrir la liquidación, como hace al declarar el concurso voluntario (AAP Barcelona [15.ª] de 26 de marzo de 2008 [JUR 2009, 278090]). Lo relevante es la determinación de la posibilidad o imposibilidad del deudor de cumplimiento del contenido del convenio (AAP Islas Baleares [5.ª] de 26 de febrero de 2010 [AC 2010, 926]). Aunque la norma parezca incluir un mandato imperativo, alguna ponderación judicial es necesaria para excluir arbitrariedades y abusos (AAJM 1 Bilbao de 26 de septiembre de 2007 [AC 2007, 1810] y de 19 de octubre de 2009 [AC 2010, 230]). El plazo bimensual para solicitar el concurso no es trasladable acriticamente al deber de solicitar la liquidación. Si bien los esfuerzos de reflotamiento ante la solicitud de concurso están limitados al plazo de dos meses (*breathing period*), cabría argüir que la Ley Concursal no fija plazo para el deber de solicitar la liquidación y que interpretar que el deber es de cumplimiento inmediato supondría un defecto axiológico, ya que la Ley sería más paciente ante el concurso que ante el final más grave de la liquidación. No incumple su deber de pedir la liquidación o, cuando menos, no actúa de forma dolosa o culpable quien despliega esfuerzos razonables para la supervivencia de la compañía. Tanto en el momento preconcursal como en el previo a la liquidación, el reproche o la sanción debe hacerse depender de que no existieran posibilidades razonables de recuperación de la empresa social de acuerdo con el juicio de un administrador diligente, de forma que hay una suerte de *business judgment rule* a favor de los administradores sociales respecto a las perspectivas de reflotamiento (SJM 1 Las Palmas de Gran Canaria de 18 de julio de 2011 [AC 2011, 1550]). Quizá convendría prever las consecuencias de la infracción del deber de solicitar la liquidación en tiempo oportuno, es decir, establecer la responsabilidad por causar una “liquidación insolvente” o una liquidación sobre activos imprudentemente disminuidos y, en concreto, imponer al concursado un deber de liquidación anticipada. Lo anterior con todos los matices que pueden encontrarse en el derecho comparado, porque entre una situación de clara solvencia o clara insolvencia media una zona gris y porque tampoco es misión del derecho concursal, en lo que tiene de derecho privado (la mayor parte), sobreproteger a acreedores que no cuidan de sí mismos y, en concreto, que no piden la liquidación cuando puedan hacerlo (SJM 1 Las Palmas de Gran Canaria de 18 de julio de 2011 [AC 2011, 1550]).

Tras la reforma derivada de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Administración concursal puede solicitar la apertura de la liquidación en caso de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor. Finalmente, también prevé la Ley Concursal la posibilidad de apertura de oficio de la liquidación en una serie de supuestos recogidos en el artículo 143, que tienen en común el fracaso de la vía de convenio que se intentó.

8.3. Efectos de la liquidación

La Ley Concursal regula dos tipos de efectos, generales y específicos, de la liquidación. El artículo 147 establece la regla general de la continuidad en esta fase de los efectos de la declaración de concurso. De esta forma, las normas del título III siguen siendo de aplicación en cuanto no se opongan a las específicas del capítulo regulador de la liquidación.

En cuanto a los **efectos específicos**, hay que distinguir los relativos al concursado y a los créditos:

1) Efectos sobre el concursado

Se produce la suspensión del ejercicio de sus facultades patrimoniales, si no estaba acordada con anterioridad. Tiene carácter automático y obedece a que las actuaciones que conlleva la liquidación corresponden a la Administración concursal, no al deudor. La Administración concursal será, en su caso, repuesta en el cargo. Ello ocurrirá si previamente había tenido lugar la aprobación judicial de un convenio, que, como sabemos, trae consigo el cese de la Administración concursal.

La apertura de esta fase provoca la extinción del derecho a alimentos del concursado persona natural, salvo cuando sea imprescindible para atender a las necesidades mínimas de aquel y su familia; y, en el caso de persona jurídica, se produce su disolución de pleno derecho.

Precisión

Con anterioridad a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la apertura de la liquidación suponía la extinción con carácter automático del derecho de alimentos del deudor persona natural.

Precisión

La disolución societaria no constituye una medida judicial, ya que el juez del concurso se limita a declararla en el auto de apertura de la fase de liquidación, que carece de carácter constitutivo.

Jurisprudencia

Sería en este momento cuando la concursada podría cobrar los alimentos acordados con cargo a la masa activa, pero tal no fue posible porque entró en juego lo preceptuado en el art. 145.2 LC (que prevé que la apertura de la liquidación produce la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa), y habiéndose producido la apertura de la liquidación en fecha 19 de enero de 2011, es decir, cinco días antes de contar con los recursos antedichos, las expectativas de la concursada se vieron truncadas. Cuestiona la recurrente la autoridad del administrador concursal para determinar el vencimiento de la pensión de alimentos acordada por él mismo, sin caer en la cuenta de que tal vencimiento, en el caso que nos ocupa, no lo fijó el administrador concursal sino la propia ley en el mencionado art. 145.2 de la LC, al establecer que la apertura de la liquidación produce la extinción del derecho de alimentos (SAP Ávila [1.ª] de 12 de diciembre de 2011 [AC 2011, 2354]).

Además, el órgano societario de administración o liquidación será sustituido por la Administración concursal para proceder al desarrollo de las actuaciones liquidativas. Los administradores sociales o, en su caso, los liquidadores continúan en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.

Precisión

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el artículo 145.3 de la Ley Concursal mantiene a la Administración concursal como representante del concursado para defenderse en el propio proceso concursal y en los incidentes en los que sea parte. Sin embargo, ya con anterioridad a dicha reforma algunas resoluciones judiciales ponían de manifiesto que la Administración concursal no representa al concursado ni defiende únicamente sus intereses, de modo que, si el concursado quedaba sin representantes en el concurso y en incidentes o reclamaciones, se produciría su indefensión.

Jurisprudencia

El recurso planteado por la Administración concursal suscita el problema de la representación procesal del concursado persona jurídica una vez abierta la fase de liquidación. Aunque el artículo 145.3 de la Ley Concursal (en relación con el art. 48.1 del mismo texto) prevea, alcanzada esa fase, el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la Administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la Constitución. Teniendo en cuenta que, entre otras cosas, todavía está en trámite la sección de calificación (donde está prevista, en caso de imputación de culpabilidad, la intervención separada del propio deudor artículo 170.2 de la LC) y que quienes han venido siendo los responsables de la concursada pueden enfrentar, en ese y en otros aspectos, sus intereses con los de la Administración concursal (que vela por los de la masa y no por los de la concursada), no puede sino concluirse que existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC) (AJM 4 Madrid de 28 de septiembre de 2005 [AC 2005, 1711]).

2) Efectos sobre los créditos concursales

En primer lugar, se produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados. La regla es aplicable a todos los créditos concursales: privilegiados, ordinarios y subordinados. Quedan fuera de su ámbito los créditos contra la masa, que son satisfechos a su vencimiento.

Precisión

El hecho de que los créditos concursales sujetos a plazo venganzan anticipadamente no significa que sean inmediatamente realizables, ya que habrá que esperar a que se desarrollen las operaciones liquidativas y el consiguiente pago por el orden de prelación legal.

Actividad

¿Deberá ser íntegramente satisfecho un crédito concursal vencido anticipadamente por efecto de la apertura de la liquidación?

En segundo lugar, se convierten en dinero los créditos concursales que consistan en otras prestaciones. La amplitud con que se expresa el artículo 146 conduce a incluir en su ámbito a todos los créditos concursales que carezcan de naturaleza pecuniaria, quedando sólo fuera los créditos contra la masa.

Precisión

El momento procesal en el que se produce la conversión del crédito no pecuniario en dinero es la apertura de la fase de liquidación, por lo que este instante constituye la referencia temporal que ha de tenerse en cuenta para la valoración del crédito a efectos de pago.

8.4. Operaciones de liquidación

Las operaciones de liquidación pueden desarrollarse con arreglo a las directrices de un plan de liquidación, cuya elaboración compete a la Administración concursal; o, a falta de presentación o de aprobación judicial del presentado, según las reglas legales supletorias, que también son de aplicación en todo lo no previsto en el plan que se haya aprobado.

Precisión

En el ámbito del procedimiento abreviado, de aplicación a concursos que no revistan especial complejidad (art. 190.1 LC), el deudor puede presentar, junto con su solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga bien una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento; o bien que aquel ha cesado en su actividad y no existen contratos de trabajo en vigor (art. 190.3 LC). La tramitación de este plan del deudor seguirá las especialidades previstas en el artículo 191 ter. Pero, en cualquier caso, la ejecución material de las actuaciones liquidativas corresponde siempre a la Administración concursal. Eso sí, será posible la atribución judicial de competencias específicas a alguno de sus miembros (cuando sean dos) y, en su caso, el nombramiento de auxiliares delegados.

8.4.1. El plan de liquidación

El plan de liquidación puede definirse como el documento que tiene por objeto el diseño de las pautas y los tiempos con arreglo a los cuales debe llevarse a cabo la realización de los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso, así como el subsiguiente pago de los créditos según el orden de prelación legalmente establecido. Siempre que sea factible, el plan deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. La decisión sobre este extremo queda bajo la discrecionalidad de la Administración concursal, que deberá justificarla con argumentos relacionados con la situación económica de la empresa.

Precisión

La venta de una empresa o una sección de esta en condiciones de funcionalidad supone un atractivo añadido para el potencial adquirente, que podrá disfrutar de ciertos activos intangibles consustanciales a aquella, entre ellos, la clientela, el conocimiento o, en su caso, el recurso humano; elementos de carácter inmateral, pero que, indudablemente, contribuyen al incremento del valor de tasación de la empresa en beneficio de los acreedores y del propio deudor, ya que será posible la consumación de una operación de venta en términos más ventajosos de la que todos ellos van a resultar favorecidos.

Jurisprudencia

El plan de liquidación no es sino el primer paso en la operación de liquidación, es decir, el programa o plan que se seguirá para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (SAP Lleida [2.ª] de 9 de noviembre de 2006). La Ley Concursal prioriza sobre el sistema de pública licitación un mecanismo ("plan de liquidación") caracterizado por la más amplia libertad de criterio imaginable en torno a la elección de las fórmulas o técnicas de realización de bienes que en cada caso puedan juzgarse convenientes. Sistema cuya aprobación por parte del juez solamente se condiciona a la observancia de un previo trámite contradictorio (puesta de manifiesto en la secretaría del Juzgado del "plan de liquidación" elaborado por la Administración concursal, posibilidad de que el deudor y/o los acreedores formulen observaciones o propuestas de modificación y nuevo informe, en este último caso, de la Administración concursal) que, en esencia, no difiere excesivamente del que, con base en el artículo 188 LC, debe preceder al otorgamiento de una autorización

de venta “ex art. 43-2” (traslado de la solicitud de autorización formulada por la Administración concursal a todas las partes a quienes concierna y posibilidad de alegaciones por parte de estas) (AJM 2 Madrid de 23 de mayo de 2005 [AC 2005, 907]; AJM 9 Barcelona de 23 de mayo de 2012 [AC 2012, 1444]).

Los planes de liquidación elaborados por la Administración concursal en cada concurso son de lo más heterogéneo, pues obedecen: 1. A las especificidades de la empresa (o persona física). 2. A las características inherentes a los bienes o derechos a enajenar. 3. A los propios criterios de la Administración concursal sobre cómo debe desarrollarse el proceso liquidatorio. A esa heterogeneidad de los planes se une la creciente beligerancia de los acreedores, especialmente privilegiados, en la defensa de sus derechos, que se traduce en una pléyade de alegaciones, también de la más variada naturaleza, algunas de corte estereotipado, que obligan al juez del concurso a una tarea previa de “desbroce” para ver cuáles de las alegaciones vertidas vienen realmente referidas al concurso de que se trata. Estos dos factores provocan que cada liquidación sea distinta de las otras, lo que se traduce en una ineficiencia del sistema, pues obliga al juzgado a resolver un sinnúmero de alegaciones al plan, controlar de forma periódica que el proceso liquidatorio se ajusta al plan aprobado y, lo que es más grave, exige del juez del concurso una especial dedicación (muchas veces superflua), obligándole a dictar autos de adjudicación, valorar ofertas, cancelar cargas, etc.; esa sobrecarga se hace extensiva al letrado de la Administración de Justicia, pues se recurre con demasiada frecuencia a la subasta judicial cuando podría ser factible la notarial; *a fortiori*, cada administrador y cada acreedor hipotecario tienen sus propios criterios en orden a cómo debe desarrollarse esa subasta, lo que no sólo incide en la fase de aprobación del plan, demorándola por el necesario estudio de las alegaciones, sino en las fases ulteriores de redacción del edicto, adjudicación, liberación de cargas y costes asociados y pago del crédito con privilegio especial; la Administración concursal, además, unas veces repercute los gastos o impuestos al adjudicatario y otras no. Se hace imperativo, pues, para un mayor dinamismo y seguridad jurídica, unificar de oficio, en lo posible, el proceso liquidatorio, para asegurar, más allá de las especialidades que cada concurso tiene y de las que no se podrá prescindir, que todos los concursos respondan a un “esqueleto” común (AJM 1 Oviedo de 31 de octubre de 2016 [JUR 2016, 268907]).

Precisión

La reforma operada en la Ley Concursal por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, ha dado lugar a ciertas especialidades para el supuesto de transmisión de unidades productivas, recogidas en el artículo 146 bis; especialidades entre las que se prevé la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos, licencias y autorizaciones administrativas de titularidad del cedente, así como la exención de responsabilidad de aquel por las deudas previas a la transmisión, salvo las salariales y las contraídas frente a la Seguridad Social. Ello con tres únicas excepciones:

- 1) que el adquirente hubiera asumido expresamente el pago de los créditos no satisfechos
- 2) que exista disposición legal en contrario
- 3) que los adquirentes sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

En cualquiera de estos tres supuestos, en los que sí hay transmisión de deudas, el precio pagado por el adquirente se utilizará para pagar los créditos concursales y contra la masa, según el orden de prelación legal. Serán, por lo tanto, los que queden insatisfechos los que se transmitan al adquirente.

Jurisprudencia

La aprobación del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (en lo sucesivo también Decreto-ley 11/2014), publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de septiembre de 2014, que ulteriormente ha dado lugar a la homónima Ley 9/2015, de 25 de mayo, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 26 de mayo de 2014, ha supuesto la modificación de algunos preceptos de la Ley Concursal (en adelante también LC), alterando en profundidad, entre otras materias, la normativa relativa a la transmisión de las unidades productivas de las sociedades mercantiles declaradas en situación legal de concurso. En concreto, ha introducido el artículo 146.bis de la LC, que actúa como verdadero eje de todo el régimen jurídico rector de la transmisión de las unidades productivas. Así las cosas, de acuerdo con el orden lógico que ha de presidir la formación de toda resolución judicial, y por así exigirlo la correcta resolución de la petición de autorización interesada por la Administración concursal, con carácter preliminar hemos de determinar de modo inequívoco el marco normativo aplicable, ya que la aplicación de unos u otros

preceptos tiene trascendencia sobre los efectos de la transmisión que nos ocupa, en el supuesto de que se proceda a conceder la autorización interesada. Así, por ejemplo, en el supuesto de que sea de aplicación la nueva normativa, las previsiones contenidas en el artículo 146.bis de la LC resultan de aplicación en todo caso, con independencia de las concretas normas de transmisión que contemple el plan de liquidación, sin que este documento pueda contener un efecto distinto al previsto legalmente. Esta consecuencia puede desprenderse de la constante referencia al artículo 146.bis de la LC, que contienen diversos preceptos de la LC (art. 43 de la LC, por ejemplo) y de la exposición de motivos del Decreto-ley 11/2014 cuando afirma que “se introduce la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (art. 146.bis LC) y se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores”. Es más, en el último Congreso estatal de magistrados especialistas en mercantil, celebrado en la ciudad de Granada los días 15, 16 y 17 de octubre de 2014, concluimos por mayoría que “el artículo 146.bis será siempre aplicable en todos los supuestos de liquidación, tanto si se lleva a cabo conforme un plan de liquidación o a tenor de las normas supletorias”. De ahí que sea relevante fijar la legislación aplicable. La disposición transitoria primera, apartado primero, del Decreto-ley 11/2014 dispone que “Lo dispuesto en los números 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 9 del apartado uno y en los números 2, 5 y 6 del apartado dos del artículo único será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya emitido el informe de la Administración concursal”. Y añade el apartado segundo que “Lo dispuesto en los números 1, 3 y 4 del apartado dos del artículo único será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya iniciado la fase de liquidación” (AJM Segovia de 5 de octubre de 2015 [JUR 2016, 38615]; AJM 2 A Coruña de 4 de marzo de 2015 [JUR 2015, 163018]).

Actividad

¿Debe incluirse en el plan de liquidación un plan de pagos? Consultad la SAP Córdoba (3.ª) de 10 de enero de 2007, AAP Girona (1.ª) de 16 de enero de 2012 (JUR 2012, 96163), AJM 6 Madrid de 16 de enero de 2012 (JUR 2012, 60548) y AJM 1 Bilbao de 25 de marzo de 2015 (JUR 2016, 22912).

Las características del **procedimiento** son las siguientes:

- a) El plan de liquidación se presentará por la Administración concursal en el informe al que se refiere el artículo 75; o en un escrito independiente, para cuya presentación disfruta de un plazo de quince días, a contar desde la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, si bien se prevé que el Juez pueda prorrogarlo por otros quince días más, siempre que lo solicite la Administración y lo justifique la complejidad del concurso.
- b) Presentado el plan, se pondrá de manifiesto en la oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe el secretario y que se anunciarán en la forma que estime conveniente. El objeto de esa puesta de manifiesto del plan de liquidación es que cualquier interesado en su examen pueda hacerlo.
- c) Durante los quince días siguientes, el deudor, cualquier acreedor concursal y los representantes de los trabajadores pueden presentar observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación.

d) Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

e) Si las operaciones previstas en el plan suponen la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal, que regula el ya referido ERE concursal.

Precisión

Con la reforma derivada de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se permite, salvo para los acreedores públicos, que el plan de liquidación contemple la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155. Por otro lado, se prevé la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia de parte, ordene la consignación en la cuenta del juzgado de hasta un 15 por ciento de lo que se obtenga en cada una de las enajenaciones de los bienes y derechos que integran la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación; importe que se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. Finalmente, para el caso de personas jurídicas se establece la obligación del administrador concursal de remitir, una vez aprobado el plan de liquidación, cuanta información sobre la empresa resulte necesaria en aras a facilitar su enajenación y publicarla en el portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal.

Actividad

¿Pueden incluirse en el plan de liquidación cláusulas limitativas o excluyentes de la sucesión de empresa? Consultad la jurisprudencia anterior a la reforma derivada de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

8.4.2. Las reglas legales supletorias

Las reglas legales supletorias constituyen el conjunto de normas encaminadas a sentar las pautas y criterios para la realización de los bienes y derechos que conforman de la masa activa del concurso, cuando no tiene lugar la aprobación judicial de un plan de liquidación; o, habiendo recaído la correspondiente resolución aprobatoria, cuando el mismo adolece en su reglamentación de vacíos o carencias. Por tanto, la aplicación de las citadas reglas requiere la concurrencia de, al menos, una de las siguientes circunstancias. Por una parte, la falta de aprobación judicial de un plan de liquidación; y, por otra, que, habiéndose aprobado uno por el juez del concurso, se constate la existencia de insuficiencias o lagunas en su contenido.

La falta de aprobación del plan de liquidación y subsiguiente aplicación de las reglas legales supletorias tienen como consecuencia que la actuación de la Administración concursal quede limitada a la elaboración de un informe, produciéndose un importante trasvase de competencias de este órgano al juez del concurso, que tiene ahora la responsabilidad de adoptar las decisiones que

correspondan en materia de liquidación. No obstante, la ejecución material de las actuaciones liquidativas corresponde siempre a la Administración concursal.

El apartado primero del artículo 149 de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, recoge tres reglas:

1) La primera dispone que los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenarán como un todo, salvo que el juez, previo informe de la Administración concursal, estime más conveniente para los intereses del concurso su división o realización aislada. La realización de ese conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva, se llevará a cabo mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa o a la realización a través de persona o entidad especializada, cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la Administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso.

2) La segunda regla contiene una norma similar a la prevista en el artículo 148.4 para el plan de liquidación. En ella se ordena que, cuando las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal.

3) La regla tercera señala que, no obstante lo previsto en la regla primera, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa o, en su caso, de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto, en relación tanto a los bienes a los que se refiere la regla primera como los demás, sea cual fuere su naturaleza, dispone que se realizarán conforme a las disposiciones del plan de liquidación y, en su defecto, a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladoras del apremio, cuya aplicación conduce de manera natural a la subasta, salvo petición de parte en otro sentido. Asimismo, para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se remite al artículo 155.4, con ciertas especialidades para el caso de que tales bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto.

Sin embargo, el apartado tercero del artículo 149 matiza la preferencia de la subasta en el supuesto de enajenación del conjunto o parte de la empresa, ya que se prevé la fijación de un plazo de presentación de ofertas de compra;

ofertas que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como cierta información relativa al oferente, contenido de la oferta, precio ofrecido, e incidencia en el ámbito de los trabajadores. Además, se establece la obligación de incluir este contenido si la transmisión se realiza mediante enajenación directa.

Jurisprudencia

Ha de partirse al respecto de lo establecido en el artículo 149 de la Ley Concursal, relativo a las “reglas legales de liquidación”. La redacción que otorga a dicho precepto el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre resultaba confusa en lo relativo a qué se entendía como reglas supletorias y cuáles eran imperativas. Por ello el legislador introduce modificaciones con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, tendentes a aclarar esta cuestión. Así, el art. 149 redactado por el número 5 del apartado dos del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal es modificado. Indica el preámbulo de la citada Ley 9/2015: El artículo 149 también resulta modificado. A la luz de las dudas surgidas, se aclara qué reglas del mismo tienen carácter supletorio y cuáles de ellas deberán aplicarse en toda liquidación, haya o no plan de liquidación. En particular, se propone aplicar a todas las liquidaciones las nuevas reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en una unidad productiva y las reglas sobre sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social [...]. De esta forma, tras la modificación del art. 149, en la que el legislador configura de nuevo las reglas supletorias, la normativa contenida en la legislación procesal civil sobre el procedimiento de apremio se establece claramente como regla supletoria. A mayor abundamiento, y aunque en la litis se examina la realización de unos concretos bienes inmuebles efectuada en subasta judicial, que no en venta directa, y aun cuando no se plantea expresamente por la parte actora la infracción del art. 155 de la Ley Concursal con ocasión a las disposiciones de bienes cuya nulidad se insta, añadir que con anterioridad a la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, resultaba dudoso si las normas especiales sobre realización fuera de subasta –que se reitera, no es el caso– de bienes afectos a créditos con privilegio especial contenidas en el art. 155.4 tenían o no carácter supletorio con respecto a las previsiones del plan de liquidación. Porque, aunque es cierto que el art. 149 hacía mención al art. 155.4 dentro del apartado destinado a las reglas de naturaleza supletoria, no lo es menos que el hecho de que tal mención se hiciera separadamente respecto de las normas relativas al procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estas sí de carácter claramente supletorio, unido a la propia naturaleza de las normas del art. 155.4, que, lejos de limitarse a cumplir una función meramente ritual en orden a la realización de los bienes, aspiran también a preservar derechos sustantivos del acreedor privilegiado –singularmente, la necesidad de recabar su consentimiento y el del deudor para la aceptación de ofertas inferiores al mínimo pactado–, constituían circunstancias que justificaban la existencia de un margen para la controversia interpretativa. Pero la Ley 9/2015, de 25 de mayo, cambia de ubicación a la referencia que el art. 149 hacía a las normas del art. 155.4 estableciendo ahora su apartado 2, al margen de las reglas claramente supletorias (las del procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que “Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4”, con lo que parece claro que la voluntad del legislador ha sido la de conferir a las reglas del art. 155.4 carácter o naturaleza imperativa, como así ha venido a entender el Tribunal Supremo en Sentencia n.º 247/2016, de 13 de abril (RJ 2016, 1489) (SJPII 2 Cuenca de 19 de junio de 2017 [JUR 2017, 215691]).

Precisión

El apartado cuarto del artículo 149 establece la regla de la sucesión de empresa para el caso de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado primero, autorizándose al juez, con el objetivo de facilitar tal operación, la aplicación de dos tipos de incentivos: la no subrogación del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA, y la posibilidad de suscripción de acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo. Por último, su apartado quinto ordena al juez la cancelación de todas las

cargas anteriores al concurso en el auto de aprobación del remate, salvo las que gocen de privilegio especial y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen.

Jurisprudencia

El art. 149.2 LC permite que el juez en el auto de adjudicación pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, “no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el juez del concurso” (STSJ Cataluña [Social, 1.ª] de 3 de diciembre de 2013 [AS 2014, 365]). Este artículo, desde un concepto concursal de sucesión de empresa, del todo idéntico al del derecho laboral, para el caso de precisarse medidas de sustitución o complemento del plan, prevé expresamente, con potestad del juez concursal, dos órdenes de excepciones a los efectos propios de la sucesión de empresa *ius laboral*, en cuanto a salarios e indemnizaciones pendientes, que pueden trasladarse a prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, y en cuanto a descuelgue convencional de condiciones colectivas de relaciones de trabajo. Son excepciones impelidas desde el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de traspasos de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o centros de actividad (AJM 2 Bilbao de 14 de mayo de 2007). En el procedimiento concursal será el juez de lo mercantil quien decida si existe o no sucesión de empresa. Ahora bien, frente a la interpretación mantenida por la Audiencia Provincial de Barcelona (15.ª), se entiende que de existir sucesión de empresa, el adquirente podrá quedar exento de las deudas de carácter laboral (salarios e indemnizaciones) que pagó el FOGASA si el juez mercantil lo libera (art. 149.2 LC). Con respecto a las demás deudas, la normativa concursal no se pronuncia, de modo que no corresponde al juez de lo mercantil determinar si puede declararse la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas con la Seguridad Social, sino que tal facultad se atribuye a la Tesorería General de la Seguridad Social en los casos de sucesión de empresa (AJM Santander de 14 de octubre de 2008 [AC 2009, 138]).

Actividad

¿Pueden incluirse tales incentivos en un plan de liquidación? Consultad los AAAP Álava (1.ª) de 1 de diciembre de 2010 (AC 2011, 913) y de 24 de marzo de 2011 (AC 2011, 1808); AJPI 6 Logroño de 8 de marzo de 2011 (JUR 2014, 58815).

8.5. El pago a los acreedores

8.5.1. Pago de los créditos contra la masa

Estos créditos gozan de prioridad sobre los concursales y se satisfacen a sus respectivos vencimientos.

Se trata de créditos extraconcursoales y prededucibles. El pago de los créditos contra la masa se realiza por entero y con anterioridad al de los créditos concursales, que son los que conforman la masa pasiva del concurso, perteneciendo ambos tipos de créditos a distintas categorías, es decir, no concurren entre sí. Los créditos contra la masa se satisfacen antes que los concursales, con una única excepción, a saber, que estos tengan aparejado un privilegio especial;

Precisión

La excepción a esta regla son los salariales por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, que se pagarán inmediatamente, aunque, en realidad, ya están vencidos (art. 84.2.1.ª LC).

es decir, que exista un bien o derecho que garantice su pago, en cuyo caso el producto de la realización del mismo se destina a la satisfacción del crédito concursal privilegiado y, si hay sobrante, a la de los créditos contra la masa.

En ocasiones, la insolvencia del concursado se encuentra tan agravada que su patrimonio resulta insuficiente, incluso, para atender al pago de los créditos contra la masa. En tales casos procede concluir el concurso, estableciéndose un orden de prelación en el pago de dichos créditos (art. 176 bis.2).

Precisión

En la actualidad, el artículo 84.3 de la Ley Concursal, en su redacción resultante de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, permite los pagos de créditos contra la masa antes de su vencimiento.

Jurisprudencia

La Ley 38/2011 modificó sustancialmente el contenido del art. 154 LC. Mantuvo en dicho precepto el criterio de la prededucibilidad de los créditos contra la masa con cargo de bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, y ubicó el criterio del vencimiento en el pago de tales créditos en el art. 84.3 LC –con las excepciones que se señalarán. Pero fijó unos criterios de prelación de pagos, con ocasión de la conclusión del concurso, para el supuesto de insuficiencia de masa activa, en el art. 176 bis.2 LC. Las excepciones al criterio de vencimientos en el pago de los créditos establecidas en el art. 84.3 LC tras la reforma por la Ley 38/2011 suponen un régimen más flexible que el anterior, al permitir que la Administración concursal pueda “alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa”. Sin embargo, añade: “esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social”. Como se advierte, esta facultad concedida a la Administración concursal no es absoluta sino sujeta a un criterio objetivo (en interés del concurso), a una presunción aún con apreciación subjetiva (que la masa activa sea suficiente) y a una prohibición (la alteración no puede afectar a los créditos salariales, a los alimenticios, a los tributarios y a los de la Seguridad Social) (STS de 22 de julio de 2015 [RJ 2015, 3289]).

8.5.2. Pago de los créditos concursales

1) El pago de los créditos con privilegio especial no se realiza, necesariamente, en la fase de liquidación, sino que es posible en un momento anterior.

Este tipo de créditos gozan de preferencia sobre todos los demás créditos, concursales o contra la masa, en el cobro del producto de lo obtenido mediante la venta de los bienes y derechos afectos.

Precisión

La Ley Concursal permite a la Administración concursal el ejercicio de la opción de rescate de bienes y derechos afectos abonando el importe del crédito garantizado (art. 155.2 LC).

Precisión

Los créditos con privilegio especial son aquellos cuyo pago se encuentra garantizado por un bien o derecho, extendiéndose el privilegio a los intereses, hasta el valor del bien o derecho afecto (art. 59.1 LC), pero también a posibles costas procesales con el límite de la cantidad garantizada. El privilegio sólo alcanza hasta el valor del bien o derecho afecto y, si con el producto de su realización no puede hacerse frente al pago de la totalidad del crédito garantizado, el acreedor pierde el privilegio respecto a la parte insatisfecha.

Actividad

En la masa activa de un deudor particular declarado en concurso sólo hay una vivienda, sobre la que recae un crédito hipotecario.

a) Con la cantidad obtenida de la venta del bien en subasta, ¿se satisfará primero al titular de ese crédito o se atenderá al pago de los honorarios de la Administración concursal?

b) ¿Qué ocurre si sobre la misma vivienda existe una segunda hipoteca?

La satisfacción de los créditos con privilegio especial puede producirse como consecuencia de la ejecución separada de la garantía real, una vez aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación (art. 56 LC); o conjuntamente con los demás bienes y derechos integrantes de la masa activa (art. 155 LC).

2) Los créditos con privilegio general se satisfarán después de deducidos de la masa activa los importes necesarios para el pago de los créditos contra la masa, pero nunca con cargo a bienes y derechos afectos, salvo que quede remanente tras pagar los correspondientes créditos concursales garantizados y los créditos contra la masa. El pago se realizará por el orden establecido en el artículo 91 de la Ley Concursal, esto es, no cobran los acreedores titulares de los créditos recogidos en cada número sin que lo hayan hecho los del anterior; y a prorrata dentro del número de que se trate (art. 156 LC).

3) La satisfacción de los créditos ordinarios se realiza con cargo a los bienes y derechos que resten tras atender el pago de los créditos contra la masa, así como los créditos concursales privilegiados; y a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte pendiente de cobro después de la realización de los bienes y derechos afectos (art. 157 LC).

4) Por último, el pago de los créditos subordinados se produce después del correspondiente a los créditos contra la masa y concursales privilegiados y ordinarios. El pago se realizará por el orden del artículo 92 de la Ley Concursal y a prorrata dentro de cada número (art. 158 LC).

Precisión

Excepcionalmente el juez del concurso, a solicitud de la Administración concursal, puede autorizar el pago de créditos ordinarios si estima suficientemente cubiertos el de los créditos contra la masa y concursales privilegiados.

9. La calificación del concurso

La formación de la sección de calificación del concurso procede en todo caso, ordenándose en la misma resolución por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las reglas legales supletorias (art. 167.1 LC).

Precisión

Como excepción, no procede cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio poco gravoso para los acreedores. En concreto, que establezca una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años. Ello salvo que resulte incumplido, lo que dará lugar a la apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1,5º LC).

Cuando se pruebe la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravamiento del estado de insolvencia, el concurso será calificado como culpable y, de lo contrario, como fortuito, en cuyo caso de la sentencia de calificación no se deriva ninguna consecuencia para el deudor. La Ley Concursal enumera dos tipos de supuestos en los que se presume la existencia de dolo o culpa grave, pero en unos no se admite la prueba en contrario (art. 164.2 LC) y en otros cabe tal posibilidad (art. 165 LC).

Jurisprudencia

“Cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediamente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación. En este sentido ya se manifestó esta Sala en la Sentencia de 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 373143), núm. 644, cuando declara que en el segundo de los dos criterios que la LC establece para la calificación de concurso culpable –el del art. 164.2– (el otro es el del art. 164.1) ‘la calificación es ajena a la producción del resultado de generación o agravación de la insolvencia y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma’” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 [RJ 2012, 3368]). Por el contrario, las presunciones del artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados. Así, mientras que el artículo 164.2 presume, cuando concurren determinados hechos, el concurso como culpable, sin admitir prueba en contrario, el artículo 165 sólo permite presumir uno de los elementos del concurso culpable, cual es la concurrencia del dolo o culpa grave. Del mismo modo, y como ya se ha adelantado en el fundamento precedente, aun cuando no se acreditase la concurrencia de ninguna de la presunciones de concurso culpable o de dolo o culpa grave, como es obvio, nada impedirá la calificación del concurso como culpable siempre que se prueben todos los requisitos exigidos para dicha calificación, otra cosa será la dificultad probatoria fuera del amparo de las presunciones legales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de marzo de 2008 [JUR 2008, 216841]).

Si la sentencia de calificación considera el concurso culpable, deberá determinar la causa o causas en las que se fundamente la calificación y las personas afectadas por esta (art. 172.1 y 2 LC).

Precisión

En caso de persona jurídica, podrán serlo los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2.

Los efectos que para las personas afectadas por la calificación se derivan son, por un lado, la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona durante un periodo de dos a quince años; y, por otro, la pérdida de cualquier derecho que tengan como acreedores concursales o de la masa, además de la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa activa y a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Actividad

¿Puede el concurso ser declarado culpable como consecuencia del incumplimiento por el deudor del deber de solicitar el concurso o de colaboración? ¿Y por agravar la insolvencia? ¿Y por la salida de bienes del patrimonio del deudor? ¿Y por meras irregularidades contables? Consultad, entre otras resoluciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2475); Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de octubre de 2010 (AC 2011, 642); Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009, 1577); Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 28 de marzo de 2008 (JUR 2008, 216841) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de abril de 2007 (AC 2007, 1697).

Especial mención merece la denominada responsabilidad concursal, relativa a la posibilidad, en caso de liquidación, de condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura total o parcial del déficit (art. 172 bis LC). La Ley Concursal permite extender la condena a los administradores o liquidadores que cesaron en el cargo en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Eso sí, parece que estos podrán probar su falta de participación en la generación o agravamiento del estado de insolvencia.

Ejemplo

En el momento de su cese como administradores, la empresa se encontraba saneada o ya habían dejado el cargo cuando se tomaron las decisiones que llevaron a aquella a la situación de insolvencia en la que se halla.

Precisión

Como consecuencia de la reforma operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, se establece la necesidad de que, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia individualice la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Actividad

¿Debe probarse una relación causal entre la conducta de los administradores o liquidadores y la generación o agravación de la insolvencia, o se trata de un caso de responsabilidad, con una sanción impuesta legalmente para asegurar el pago de la deuda ajena?

Consultad, entre otras resoluciones, las SSTs 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 609), 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3512), 9 de junio de 2016 (RJ 2016, 2335), 29 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1649) y 24 de octubre de 2017 (JUR 2017, 270691).

10. La conclusión del concurso

La Ley Concursal distingue las soluciones del concurso, convenio y liquidación de las causas de conclusión del mismo. Es posible llegar a esta a través de aquellas soluciones, aunque por sí mismas no significan la terminación definitiva del proceso. Las causas legales de conclusión del concurso son las siguientes (art. 176):

- 1) La firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoca el auto de declaración de concurso.
- 2) La firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio o, en su caso, la finalización de la fase de liquidación.
- 3) La comprobación de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.

Precisión

El órgano *ad quem* (Audiencia Provincial) deja sin efecto la resolución del órgano *a quo* (juez del concurso), tras la interposición del correspondiente recurso de apelación.

Precisión

No puede ponerse fin al concurso por esta causa estando pendiente la tramitación de la sección de calificación o el ejercicio de acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad a terceros, salvo que hayan sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa (art. 176 bis.1, II LC). La conclusión del concurso por esta causa puede dar lugar a la posterior reapertura del mismo (arts. 179 y 180 LC).

Jurisprudencia

La propuesta que efectúa la Administración concursal se considera ajustada a derecho y es plenamente conforme con el espíritu que preside la ley y recoge el ideario que la STS de 4 de noviembre de 2014 impone al respecto, cuando enuncia “Las razones que justifican la conclusión del concurso son diversas, pero las que asisten a la referida insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa son consecuencia, entre otras, por la frustración que supone no alcanzar uno de los fines que proclama la Ley Concursal, el convenio o la liquidación. Es una causa tradicionalmente habitual cuando se comprueba que el activo del deudor no cubre para atender el pasivo. Supone el agotamiento de la masa activa que no puede satisfacer siquiera los gastos del proceso. Por esta razón, el artículo 176 ha sufrido una profunda modificación en su contenido, siendo además objeto de desarrollo en el artículo siguiente, el artículo 176 bis, por medio de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que de acuerdo con la disposición transitoria undécima comenzó a aplicarse a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor (1 de enero de 2012). Antes de la citada reforma, el artículo 176.1.4.º (referido a la insuficiencia de bienes) establecía que: «procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: ... 4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se comprueba la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con lo que satisfacer a los acreedores». Actualmente, tras la reforma, la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes se regula en el número 3.º del art. 176 con el siguiente tenor literal: «en cualquier estado del procedimiento cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa». La diferencia es importante en cuanto a su ámbito objetivo. Mientras que en la redacción originaria sólo podía concluir el concurso por la inexistencia de bienes para satisfacer a los acreedores, a todos los acreedores, y por la inexistencia de bienes y derechos de terceros responsables, bien por su situación de insolvencia o por cualquier otra causa, en la actualidad puede declararse concluso el concurso cuando la insuficiencia de bienes no cubre los créditos contra la masa, es decir, los gastos del procedimiento. El legislador ha sustituido la expresión «inexistencia» por

la de «insuficiencia», lo que supone un juicio de valor, una previsión, lo que de forma expresa recoge el artículo siguiente, 176 bis, 1, segundo párrafo [...] La doctrina que se enuncia es clara y diáfana cuando efectúa un llamamiento a la conclusión de los concursos en los que, por falta de activos realizables, quede frustrada la finalidad del concurso” (AJM 1 Palma de Mallorca de 16 de diciembre de 2014 [JUR 2015, 8273]).

Las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago. Con ello rechazamos nuevamente la interpretación de que sólo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación. Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad. Esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un “concurso de acreedores de créditos contra la masa” dentro del propio concurso. Este “concurso del concurso” provoca la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos. Por eso se aplica a todos los pendientes de pago. Conforme a la propia dicción del artículo 176 bis.2 LC, la regla del pago a su vencimiento cesa y es sustituida por la del pago conforme al reseñado orden de prelación. El crédito vencido con anterioridad no tiene derecho a ser pagado al margen de dicho orden de prelación, sino que se ve igualmente afectado por este orden, con independencia de que el administrador concursal haya podido incurrir en responsabilidad por no haber cumplido o respetado, antes de la comunicación, el orden de los vencimientos en la satisfacción de los créditos contra la masa, que es la queja que subyace al recurso de la TGSS. El remedio frente al quebranto que puede suponer para la TGSS que su crédito contra la masa no haya sido satisfecho a su vencimiento, y sin embargo otros créditos contra la masa de vencimiento posterior sí lo hayan sido antes de la comunicación de insuficiencia de masa activa, con el efecto consiguiente de verse afectado por el orden de prelación del art. 176 bis.2 LC, no es la inaplicación de este orden de prelación. Lo argumentado hasta ahora no se ve alterado por el hecho de que antes de la comunicación de insuficiencia de la masa activa pudiera haber habido alguna reclamación extrajudicial de la TGSS frente a la Administración concursal, reclamando el pago del crédito contra la masa (STS de 18 de marzo de 2016 [RJ 2016, 863]. En el mismo sentido, SSTS de 23 de octubre de 2017 [RJ 2017, 4493], de 13 de septiembre de 2017 [RJ 2017, 4009], de 12 de septiembre de 2017 [RJ 2017, 3918], de 11 de marzo de 2016 [RJ 2016, 954], de 9 de junio de 2015 [RJ 2015, 2640]), de 11 de junio de 2015 [RJ 2015, 2645]; SAP [1.ª] Salamanca de 17 de octubre de 2017 [JUR 2017, 290179], SAP Guipúzcoa [1.ª] de 18 de noviembre de 2016 [AC 2016, 2339]).

Precisión

Si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2 del artículo 176 bis. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis (art. 176 bis.4 LC).

Jurisprudencia

La reforma operada en la Ley Concursal por el RDL 1/2015, posteriormente sustituido por las previsiones de la Ley 25/15 de 28 de julio, extendió a las personas físicas el beneficio de la exoneración del pasivo hasta entonces reconocido a las personas jurídicas. En el esquema legal, el beneficio se otorga en primer lugar de manera provisional, sometiendo al deudor a un periodo de prueba de cinco años, transcurrido el cual o bien la concesión se convierte en definitiva, o bien resultará revocada si se produce un cambio de circunstancias. Las normas reformadoras suponían un cambio sustancial, pues recuérdese que el artículo 178.2 del texto originario establecía que el deudor, concluido el concurso por inexistencia de bienes y derechos, quedaba responsable del pago de los créditos restantes. La Ley 14/2013 introdujo por primera vez la figura de la *discharge*, estableciéndose que concluido el concurso por liquidación el juez exoneraría de forma automática al deudor del pasivo insatisfecho cumplidas ciertas exigencias. La liberación consistía en la extinción de la totalidad del pasivo ordinario si había intentado previamente un AEP, o en caso contrario, del 75 % del pasivo ordinario, y de la totalidad del subordinado. El reconocimiento de este beneficio, en opción legislativa, se somete en la legislación actualmente vigente a diversos requisitos, diferentes del carácter automático que presentaba el texto anterior, entre ellos que el deudor pueda ser considerado de buena fe. Es la propia norma,

el artículo 178 bis, la que ofrece el concepto auténtico de buena fe, estado jurídico que se somete a tres requisitos necesarios y uno dispensable por el juez. Los requisitos de derecho imperativo son que el concurso no haya sido declarado culpable, la ausencia de condena del deudor por ciertos delitos, y que “reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos”; el requisito dispensable se refiere a la obligación de “satisfacer todos los créditos contra la masa y los privilegiados y, en el caso de que no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25 % del importe de los créditos concursales ordinarios”. La dispensa de esta exigencia se condiciona a cinco requisitos que prevé el apartado 5.º del precepto. Por tanto, en interpretación literal de la norma, el intento de AEP es condición ineludible para que el deudor pueda ser considerado de buena fe a efectos de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo. La redacción dada al 178.2 por la Ley 14/2013 no lo exigía. La nueva norma precisa un intento previo de AEP que en la lógica de las cosas habrá resultado frustrado, pues en otro caso el AEP, perfeccionado y cumplido, habrá logrado su finalidad de liberar al deudor de las deudas o de la parte insatisfecha de las deudas que no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía. El intento de obtención del acuerdo se concibe como una manifestación de que el beneficio lo solicita un deudor responsable y colaborador, predispuesto a pagar sus deudas. Se impone así al deudor la carga de solicitar previamente el AEP para solicitar la remisión del pasivo.

La pertinencia de tener que acudir al procedimiento extrajudicial para superar la insolvencia, cuando no existan posibilidades efectivas de lograr acuerdo alguno con los acreedores, o aun antes, cuando no existan bienes suficientes para acometer los propios gastos del expediente notarial, puede resultar cuestionable, pero constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar. Tampoco apreciamos contradicción en la norma, pues en la introducción de la alternativa al último requisito de pago de los créditos contra la masa y privilegiados (ap. 4.º, art. 178 bis.3), cuando se añade la posibilidad de que el deudor no haya intentado el AEP –en cuyo caso deberá también haber satisfecho el 25 % del pasivo ordinario–, puede interpretarse en el sentido de que la norma se está refiriendo a los deudores que no cumplan los requisitos del art. 231.

El objeto de debate en el caso que se somete a nuestra consideración no es tanto si el deudor ha cumplido o no el requisito legal del intento de AEP, cuanto el de la acreditación de tal requisito o, en otro sentido, si, prescindiendo de la solicitud al notario, la aportación de diversas comunicaciones fehacientemente remitidas a los acreedores ofreciendo un plan de pagos (en el caso, una reducción de deuda del 50 % y pagos aplazados de cantidades variables a cada acreedor) puede entender cumplida la exigencia. Y consideramos que no se ha atendido el requisito legal, por las siguientes razones:

- a) porque, como hemos expresado, el requisito del previo intento de AEP resulta una carga procesal imperativa para el deudor insolvente que pretende la exoneración, también en los casos en los que no exista en apariencia posibilidad alguna de su obtención;
- b) porque la remisión a los acreedores de una oferta de pago y de remisión de la deuda no se contempla en la norma como alternativa a la exigencia anterior;
- c) porque el hecho de que el formulario de solicitud se haya aprobado con posterioridad, en virtud de la Orden del Ministerio de Justicia de 17 de diciembre de 2015, no impedía al deudor haber solicitado directamente el procedimiento extrajudicial, tal como preveía la disposición transitoria primera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social;
- d) y porque no compartimos el argumento de la existencia de indefensión, pues no presenta dificultad probatoria alguna la acreditación de la supuesta negativa del notario a la apertura del procedimiento de AEP (AAP Pontevedra [1.ª] de 25 de enero de 2016 [JUR 2016, 29419]; en el mismo sentido SAP La Rioja [1.ª] de 29 de julio de 2016 [JUR 2016, 217150]).

4) El pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; o que ya no exista la situación de insolvencia.

5) La firmeza de la resolución judicial que acepte el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

Actividad

a) ¿Puede defenderse la tramitación de un concurso sin masa con la expectativa de que un administrador de la sociedad concursada sea declarado responsable de las deudas sociales?

b) Si tras la terminación del concurso quedasen acreedores con créditos no satisfechos, ¿quedará el deudor responsable del pago de los mismos o se extinguirán?

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuál es el objetivo fundamental al que tiende el concurso de acreedores?

- a) El saneamiento y reestructuración de empresas en dificultades.
- b) El pago de los créditos de los acreedores.
- c) La conservación de los puestos de trabajo de la empresa concursada.
- d) La obtención de un convenio entre el deudor y los acreedores.

2. ¿A qué tipo de deudores se aplica el concurso de acreedores?

- a) A los deudores que ejerzan alguna actividad profesional o empresarial.
- b) A las personas físicas y jurídicas.
- c) A los consumidores.
- d) A todos los anteriores.

3. ¿De qué asuntos conocen los Juzgados de lo Mercantil?

- a) Asuntos de naturaleza concursal.
- b) Ciertos asuntos de naturaleza civil.
- c) Ciertos asuntos de naturaleza mercantil.
- d) Todas las anteriores.

4. La Administración concursal...

- a) es el órgano rector del concurso.
- b) es un órgano colegiado, como norma general.
- c) es un órgano auxiliar del juez, si bien sólo interviene en la fase común del concurso.
- d) Ninguna de las anteriores.

5. La Junta de Acreedores...

- a) se constituye para debatir y votar propuestas de convenio, ordinarias o anticipadas.
- b) se constituye siempre que se abra la fase de convenio.
- c) tiene como finalidad la defensa de los intereses de los acreedores en todas las fases del concurso.
- d) Ninguna de las anteriores.

6. ¿Podría ser declarado en concurso un deudor que sólo tiene un acreedor?

- a) No, porque faltaría un presupuesto del concurso.
- b) Sí, aunque la constatación judicial de esta circunstancia tendría que dar lugar a la terminación del concurso.
- c) No, porque para ello está previsto el proceso de ejecución singular.
- d) Ninguna de las anteriores.

7. En caso de que una sociedad perteneciente a un grupo se encuentre en situación de insolvencia,...

- a) la sociedad insolvente debe ser declarada en concurso en todo caso conjuntamente con el resto de las sociedades del mismo grupo.
- b) el concurso de una sociedad supone automáticamente el concurso de las demás sociedades del mismo grupo.
- c) la sociedad insolvente no debe ser declarada en concurso si las demás sociedades del mismo grupo son solventes.
- d) Ninguna de las anteriores.

8. Si un deudor pide su concurso voluntario,...

- a) el juez debe declararlo sin más trámite, ya que la presentación de la solicitud supone el reconocimiento de la insolvencia.

- b) el juez deberá realizar alguna actividad cognoscitiva para verificar la insolvencia del deudor.
- c) como consecuencia del principio dispositivo, el juez tendrá que declarar el concurso.
- d) Ninguna de las anteriores.

9. Si un acreedor pide el concurso de su deudor,...

- a) el juez debe convocar una vista en todo caso, a los efectos de que el deudor pueda oponerse.
- b) en algunos casos el juez puede declarar el concurso sin audiencia al deudor.
- c) ello dará siempre lugar a un incidente contradictorio, salvo que el deudor se allane.
- d) Ninguna de las anteriores.

10. Declarado el concurso,...

- a) la Administración concursal debe sustituir, como regla general, al concursado.
- b) si el deudor se encuentra meramente intervenido, puede realizar toda clase de actos sin ningún requisito adicional.
- c) los actos realizados por el deudor suspendido no son nulos de pleno derecho.
- d) Ninguna de las anteriores.

11. Declarado el concurso, ¿es posible iniciar un proceso civil para obtener una condena del concursado al pago de cierta cantidad de dinero?

- a) No, ya que todos los acreedores deben integrarse en la masa pasiva concursal.
- b) Sí, pero debe interponerse la demanda ante el juez del concurso.
- c) Sí, pero debe interponerse la demanda ante el juzgado de primera instancia.
- d) Ninguna de las anteriores.

12. Tras la declaración de concurso, ¿es posible la continuación de un proceso, iniciado con anterioridad a aquella, en el que se pretende la condena del concursado al pago de una cantidad de dinero?

- a) No, porque ello vulneraría la *par conditio creditorum*.
- b) Sí, pero debe acumularse al concurso.
- c) Sí, pero debe seguirse ante el mismo Tribunal que venía conociendo del proceso.
- d) Ninguna de las anteriores.

13. Declarado el concurso, ¿es posible iniciar una ejecución hipotecaria que recaerá sobre el local en el que el deudor desarrolla su actividad de venta al por menor?

- a) No, en ningún caso, ya que se trata de bienes afectos a la empresa del deudor.
- b) Sí, en todo caso, ya que el acreedor hipotecario tiene derecho de ejecución separada.
- c) Sí, siempre que la Administración concursal lo autorice.
- d) Sí, cuando hayan transcurrido determinados plazos.

14. ¿Qué ocurre si durante la fase común la propuesta anticipada del deudor no recibe las adhesiones necesarias para su aceptación?

- a) El deudor debe mantenerla en la fase de convenio.
- b) El juez abrirá la fase de liquidación, si el deudor permanece inactivo.
- c) El juez abrirá la fase de convenio, si el deudor permanece inactivo.
- d) Ninguna de las anteriores.

15. Si el deudor no puede cumplir el convenio aprobado judicialmente...

- a) cualquier acreedor puede pedir la liquidación, si prueba la concurrencia de algún hecho indicativo de la insolvencia del deudor.
- b) el deudor tiene la obligación de pedir la liquidación.
- c) cualquier acreedor puede pedir la declaración judicial de incumplimiento del convenio, si entiende que hay un incumplimiento real que le afecte.
- d) Todas las anteriores.

16. ¿Puede el deudor pedir la liquidación al solicitar el concurso?

- a) Sí, pero las operaciones de liquidación no comenzarán hasta que termine la fase común, ya que hay que esperar a tener el documento definitivo del inventario de bienes.
- b) Sí, pudiendo comenzar desarrollarse las operaciones de liquidación en la fase común.
- c) No, primero debe ser declarado el concurso y, sólo con posterioridad, podrá solicitar la liquidación.
- d) No, porque debe intentarse la obtención de un convenio.

17. Abierta la fase de liquidación del concurso,...

- a) el deudor pierde el derecho a alimentos en todo caso.
- b) el deudor sólo tiene derecho a percibir el salario mínimo inembargable, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- c) el deudor podría percibir, en función de las circunstancias concurrentes, una cantidad superior al mínimo inembargable.
- d) el derecho a alimentos debe tener como fundamento, en todo caso, una sentencia judicial previa a la declaración de concurso.

18. Abierta la fase de liquidación del concurso,...

- a) los créditos concursales aplazados vencen anticipadamente, con independencia de su calificación.
- b) los créditos concursales sujetos a plazo vencen anticipadamente, pero ello no significa que vayan a ser inmediatamente satisfechos.
- c) en caso de procederse al pago de los créditos concursales vencidos anticipadamente, habrá de aplicarse un descuento.
- d) Todas las anteriores.

19. Abierta la fase de liquidación del concurso, ¿es posible la entrega al acreedor hipotecario del bien sobre el que recae la garantía para el pago de su crédito?

- a) No, el bien debe realizarse a través de subasta en todo caso.
- b) Sí, pero la entrega del bien debe saldar íntegramente el crédito garantizado.
- c) Sí, pudiendo el acreedor hipotecario obtener el cobro de la parte del crédito no cubierta a través de la entrega del bien.
- d) Ninguna de las anteriores.

20. Si en el concurso se despide a un trabajador,...

- a) deberá, en su caso, recurrir el despido ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal.
- b) la extinción de la relación laboral individual se debe producir en el ámbito de un ERE concursal.
- c) deberá, en su caso, recurrir el despido ante un órgano de la jurisdicción social.
- d) Ninguna de las anteriores.

21. Si en la masa activa sólo hay un bien sobre el que recae una garantía,...

- a) se paga con lo obtenido de su realización a los titulares de créditos contra la masa y lo que sobre se destina a la satisfacción del crédito garantizado.
- b) se paga con lo obtenido de su realización al titular del crédito garantizado y, si sobra, se destina a la satisfacción de los créditos contra la masa.
- c) se pagan los créditos contra la masa y el concursal privilegiado a prorrata.
- d) Ninguna de las anteriores.

22. Si el concurso de una persona jurídica se declara culpable y no hay bienes suficientes,...

- a) los que fueron administradores de la persona jurídica en los dos años anteriores a la declaración de concurso serán condenados a cubrir el déficit en todo caso, ya que se trata de una responsabilidad objetiva.
- b) los que fueron administradores de la persona jurídica en los dos años anteriores a la declaración de concurso tienen la posibilidad de evitar ser condenados a la cobertura del déficit.

- c) si la sociedad es capitalista, los administradores nunca responden con sus propios bienes.
- d) Ninguna de las anteriores.

23. El concurso terminará a través del convenio...

- a) una vez haya sido aceptado por los acreedores.
- b) una vez haya sido aprobado judicialmente.
- c) una vez se haya pedido la declaración judicial de su cumplimiento.
- d) Ninguna de las anteriores.

24. Una vez terminado el concurso,...

- a) todos los créditos no satisfechos se extinguen.
- b) sólo los créditos contra la masa perviven.
- c) los acreedores siempre pueden obtener con posterioridad el cobro de la parte íntegra no satisfecha, ya que la Ley Concursal no prevé, en ningún caso, la posibilidad de exoneración del deudor por el pasivo no satisfecho.
- d) Ninguna de las anteriores.

25. La reapertura del concurso...

- a) puede tener lugar tras la finalización del concurso por cualquier causa.
- b) obliga a la comprobación de la situación de insolvencia del deudor.
- c) hace que las actuaciones desarrolladas en el concurso previo se unan a las propias de la reapertura.
- d) puede tener lugar en cualquier plazo, sin limitaciones legales.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

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

