

Dret concursal

Eduardo Valpuesta Gastaminza

PID_00156248

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Concepte, finalitat i règim legal del dret concursal	7
1.1. Concepte i finalitat del dret concursal	7
1.2. Règim legal aplicable	7
2. La declaració de concurs: requisits i procediment	10
2.1. Requisits substantius	10
2.2. Procediment	10
2.3. El jutge del concurs	11
3. La declaració de concurs: efectes	12
3.1. L'Administració concursal	12
3.2. Efectes sobre la capacitat d'administració patrimonial del deutor	13
3.3. Efectes sobre la persona del deutor	13
3.4. Efectes sobre els crèdits i creditors	14
3.5. Efectes sobre les garanties reals	14
3.6. Efectes sobre els contractes pendents d'execució	15
3.7. Efectes sobre els actes perjudicials per a la massa del concurs	15
4. Fase comuna	17
4.1. La fase comuna	17
4.2. Massa activa del concurs	17
4.3. Crèdits contra la massa	17
4.4. Massa passiva del concurs	19
4.4.1. Determinació de la llista de crèdits	19
4.4.2. Graduació dels crèdits	19
4.5. Informe de l'Administració concursal	22
5. Fase de conveni	24
5.1. Procedència i contingut del conveni	24
5.2. Conveni anticipat	25
5.3. Conveni ordinari	25
5.4. Efectes del conveni	26
6. Fase de liquidació	28
7. Qualificació	30

8. Algunes qüestions processals i de dret internacional privat..	31
Resum.....	32
Activitats.....	33
Exercicis d'autoavaluació.....	33
Solucionari.....	35
Glossari.....	36
Bibliografia.....	38

Introducció

El dret concursal regula la situació en què un deutor amb diversos creditors no pot pagar-los el venciment dels seus crèdits. En aquesta situació, si el dret no hi fes res, molt probablement es produiria una injustícia: els creditors que primer cobrin ho faran de forma íntegra i els següents no tindran res a cobrar. A més, en cas que es produeixi aquesta desigualtat entre creditors, el patrimoni del deutor, que és insuficient, s'exhauriria ja, sense poder produir nous rèdits o rendibilitats que incrementin les possibilitats de pagament. Per aquesta raó, el dret concursal permet que tant deutor com creditors, si demostren la insolvència, aconseguixin la declaració de concurs i amb això evitin des d'aquell moment que els creditors puguin cobrar els seus crèdits. Aquesta "paralització dels cobraments" té una doble finalitat. D'una banda, permet tenir un temps per a determinar quina és la situació real del patrimoni del deutor i, a partir d'aquí, també decidir si val la pena arribar a un acord per a cobrar d'una altra manera o si és millor liquidar. D'altra banda, fa que els creditors "concorrin" alhora, dempeus d'igualtat, en un procés únic per a tots.

Objectius

Els objectius d'aquest mòdul són els següents:

1. Comprendre quines són les finalitats del procediment concursal.
2. Conèixer, bàsicament, qui pot sol·licitar el concurs i amb quins requisits.
3. Distingir quines conseqüències té que es declari el concurs d'un deutor respecte a la seva capacitat d'actuació, dels seus crèdits i dels seus creditors.
4. Saber com es determina, bàsicament, el conjunt de béns del deutor i, amb més detall, el conjunt de deutes, graduant-los en funció dels criteris fixats pel legislador.
5. Conèixer quan i com es pot presentar una proposta de conveni i qui la pot presentar, i com s'intenta la seva aprovació, o bé per la via anticipada, o bé per l'ordinària.
6. Discernir quan és procedent la liquidació del patrimoni del concursat, comprendre els criteris bàsics que estableix la llei per a procedir a aquesta liquidació.
7. Comprendre quan és procedent obrir la fase de qualificació, les seves finalitats, les diferents formes de qualificació i les seves conseqüències bàsiques.
8. En conclusió, entendre quin sentit té el dret concursal: impedir el cobrament actual dels crèdits, sotmetre tots els creditors a un mateix procediment i determinar quin és el patrimoni del deutor i si és millor arribar a un conveni o procedir a una liquidació.

1. Concepte, finalitat i règim legal del dret concursal

1.1. Concepte i finalitat del dret concursal

El dret concursal resol un problema bàsic: la situació d'un deutor amb diversos creditors, que no pot satisfer el conjunt dels seus deutes. En aquest cas hi ha el perill cert que els creditors més previnguts o més ben informats (en certa manera, els menys considerats amb el deutor) cobrin aviat els seus crèdits, amb la qual cosa disminueixen el patrimoni del deutor i els altres creditors (més considerats o, simplement, més mal informats) poden quedar perjudicats, perquè amb el patrimoni restant no hi ha suficient per a satisfer els seus crèdits. Es produiria una desigualtat no justificada.

La impossibilitat de pagament pot venir: a) del fet que el deutor és solvent, comptablement parlant, però no té prou *liquiditat* per a pagar (en la majoria de casos, perquè no li paguen els seus propis deutors, per la qual cosa no pot fer efectius els crèdits que té en el seu actiu); b) del fet que el deutor és *insolvent*, té un actiu inferior al passiu.

En aquesta situació, el que poden fer tant el deutor com els creditors és sol·licitar l'obertura d'un procediment judicial que té com a efecte fonamental que tots els crèdits del deutor se satisfan alhora i de manera conjunta. D'aquesta manera, la majoria dels creditors se subjecten a les mateixes condicions i s'evita que l'actuació més prompta d'uns perjudiqui els altres. Aquesta igualtat que suposa la subjecció de tots els creditors a un únic procediment d'exigibilitat dels seus crèdits es denomina *par condicio creditorum* (igualtat de condició dels creditors).

Així, a més, s'aconsegueix una maximització del patrimoni del deutor. Si es cobra d'una manera organitzada i s'estudien les possibilitats de pagament, es pot aconseguir, per exemple, una sèrie de pagaments escalonats que permetin al deutor continuar gestionant la seva empresa i continuar generant recursos amb què anar pagant els deutes.

Per tant, es tracta no solament d'una lògica jurídica (igualtat dels creditors), sinó econòmica (maximització del patrimoni).

1.2. Règim legal aplicable

Abans del 2004, hi havia fins a quatre procediments concursals diferents que es produïen combinant dues sèries de variables:

- **Comerciant i no comerciant.** Es considerava que la insolvència d'un comerciant s'havia de tractar amb més rigor, ja que hi ha més negligència d'aquest.
- **Insolvència i il·liquiditat.** En casos d'insolvència (insuficiència patrimonial, actiu inferior al passiu), es parteix del fet que la situació és irreversible i no escau una solució negociada ni mantenir l'empresa; caldrà acudir a una liquidació per a salvar el que es pugui. En casos d'il·liquiditat (l'actiu és superior al passiu, però el deutor no té liquiditat –metàlic– per a satisfer els seus deutes), es tracta d'una dificultat provisional i es podrà arribar a una solució negociada (perdonant part del deute o esperant per al cobrament).

Combinant aquestes dues consideracions dobles, sorgien quatre procediments: **a)** per al comerciant insolvent, la fallida, regulada bàsicament en el Ccom 1885; **b)** per al comerciant en il·liquiditat, la suspensió de pagaments, regulada en una Llei de 1922; per al no comerciant insolvent, el concurs, regulat bàsicament en el Cc 1889, i **d)** per al no comerciant en il·liquiditat, el quitament i espera, regulat bàsicament en el Cc 1889.

Com que la situació anterior era pèssima (diversos procediments sota lleis antigues i obsoletes), s'han succeït els intents de reforma que van culminar el 2003. Es promulguen dues lleis:

- **Llei concursal**, de 9 juliol de 2003 (va entrar en vigor l'1 setembre del 2004). Regula un únic procediment concursal, sense distingir entre comerciants o no comerciants, ni insolvència o il·liquiditat.
- **Llei orgànica complementària de la concursal**, de 9 juliol del 2003 (va entrar en vigor l'1 setembre del 2004). Regula dues qüestions que són matèria de llei orgànica: limitació dels drets fonamentals del concursat i creació dels jutges del mercantil, modificant la LOPJ.

El 2009 es va produir una reforma rellevant en la Llei concursal, que millorava alguns aspectes que s'havien mostrat problemàtics, i introduïa algunes institucions que els temps de crisi mostraven com a necessàries (tramitació del conveni per escrit, liquidació anticipada, no rescissió de certs refinançaments, etcètera). La reforma es va fer mitjançant el Decret llei 3/2009, de 27 de març. Posteriorment, la Llei d'implantació de la nova oficina judicial, de 3 de novembre del 2009, també ha modificat, però amb un abast molt menor, diversos preceptes.

En el sector econòmic del sistema financer (banca, borsa i assegurances) hi ha un interès per a impedir que una entitat caigui en situació d'insolvència, ja que, en aquest cas, els clients perdrien credibilitat en el sistema i podrien

deixar d'estalviar o invertir, amb les gravíssimes conseqüències que això comporta. Per això, en aquest àmbit hi ha unes normes especials, "paral·leles" a les concursals, que constitueixen el denominat "dret paraconcursal".

Per aquesta raó, respecte a aquestes entitats hi ha un control especial centrat en dos aspectes:

a) control de solvència: se'ls exigeix uns recursos mínims inicials, uns coeficients de solvència durant tota la seva activitat; l'obligació de portar comptabilitat, d'auditar-la i de fer-la pública és més exigent, etcètera, i

b) intervenció en els casos de crisi: si, malgrat el control assenyalat, l'entitat està en crisi, l'Estat té potestat perquè hi intervingui l'empresa abans que la situació sigui més crítica, perquè els gestors subsisteixin i per a prendre mesures de sanejament.

Aquestes mesures es troben recollides, bàsicament, en tres normes: la Llei de sanejament i liquidació de les entitats de crèdit (2005), quant a entitats de crèdit; la Llei del mercat de valors (1988), per a empreses de serveis d'inversió, i la Llei d'ordenació i supervisió de les assegurances privades (text refós del 2004) per a les entitats d'assegurances.

2. La declaració de concurs: requisits i procediment

2.1. Requisits substantius

Per a la declaració de concurs no hi ha una qualificació especial segons el subjecte. Qualsevol persona, física o jurídica, i fins i tot "entitats" que no tenen personalitat jurídica, com l'herència, pot ser declarada en concurs. Ara bé, encara que hi hagi un règim general igual per a tots els deutors, hi ha algunes especialitats per a certs tipus de subjectes (específicament, per a les societats).

Quant als requisits objectius per a declarar el concurs, el deutor ha d'estar en situació d'"insolvència". S'hi troba la persona que "no pot complir regularment les obligacions exigibles".

Com que això és lleugerament abstracte, en realitat la llei fixa els casos concrets en què s'entén que es manifesta aquest estat d'insolvència, a partir del qual podrà sol·licitar el concurs el deutor o un creditor. Són cinc: l'embargament infructuós de béns, el sobreseïment general en els pagaments, l'embargament generalitzat de béns del deutor, l'alçament de béns (o la liquidació precipitada d'aquests) i l'incompliment general d'alguna d'aquestes obligacions durant tres mesos: obligacions tributàries, obligacions salarials i pagaments a la Seguretat Social.

2.2. Procediment

La sol·licitud de concurs pot provenir del deutor. En aquest cas, es parla de "concurs voluntari". Pot fer-ho per a "obligar" els creditors a arribar a un acord, per a evitar més execucions, per a fer "un alto en el camí" i veure com superar una situació de crisi, etc.

La llei informa que és bo que el deutor sol·liciti el concurs quan prevegi una insolvència propera, o quan ja sigui insolvent, i per això "incentiva" la seva sol·licitud (més endavant veurem algunes conseqüències negatives de no fer-ho).

A més, si el deutor està iniciant negociacions per a obtenir adhesions a una proposta anticipada de conveni (vegeu més endavant 5.2), ho pot comunicar al jutge i ha de sol·licitar el concurs abans que passin quatre mesos; amb això, encara que mentrestant un creditor demani el concurs, aquesta sol·licitud no es tramitarà (art. 5.3 i 15.3 LCon). Però si el deutor no demana el concurs passats quatre mesos i algun creditor el va sol·licitar, s'iniciarà el tràmit de declaració del concurs a instàncies del creditor.

La sol·licitud de concurs també pot provenir de qualsevol creditor. En aquest cas, es parla de "concurs necessari". No fa falta que la quantia del seu crèdit sigui important; qualsevol creditor pot demanar la declaració.

Amb la sol·licitud, el deutor o creditor que insten del concurs han d'al·legar en quines dades es basen per a considerar que existeix la insolvència que justifica la seva petició. El jutge, després d'admetre a tràmit la sol·licitud si compleix els requisits legals, ha de donar audiència a les parts (això és especialment important si el concurs ho demana un creditor, ja que així el deutor –si ho desitja– es pot oposar a la declaració i acreditar la seva solvència). Practicades les proves sol·licitades per les parts i escoltades aquestes, el jutge ha de declarar o no el concurs.

Si es declara el concurs, la interlocutòria de declaració es publica en el BOE de manera extractada i s'insereix en el Registre Públic Concursal. A més, aquesta situació es fa constar en els registres pertinents (civil, si és una persona física; mercantil, si és un empresari, i de la propietat o de béns mobles –si escau–, si hi ha béns inscrits a nom del deutor).

2.3. El jutge del concurs

Precisament, prenent com a base la reforma concursal, es va modificar la LOPJ per a crear els jutges del mercantil (per a això es va promulgar la Llei orgànica complementària de la Llei concursal). Es va partir del fet que era millor que jutges especialitzats, amb una formació no solament jurídica, sinó també econòmica i comptable, s'encarreguessin del concurs. Els jutges del mercantil no solament tenen competències en matèries mercantils (p. ex., tenen competència en matèria d'arbitratge, civil o mercantil, o en matèria de propietat intel·lectual), i no tenen competència per a conèixer totes les matèries mercantils (p. ex., els litigis en matèria contractual –civil o mercantil– són de competència del jutge civil, excepte alguns contractes, com els de transport o propietat intel·lectual).

3. La declaració de concurs: efectes

3.1. L'Administració concursal

En la mateixa interlocutòria de declaració del concurs, el jutge ha de nomenar els integrants de l'Administració concursal. Normalment són tres, amb la qualificació següent:

- a) un advocat en exercici, amb una experiència d'almenys cinc anys;
- b) un economista, auditor de comptes o titulat mercantil, amb una experiència d'almenys cinc anys, i
- c) un creditor, que ha de ser ordinari o amb privilegi general. Es pot nomenar un únic administrador –que no pot ser creditor; és a dir, ha de ser dels nomenats com a) o b)– en els concursos abreujats (vegeu 8).

El desembre de cada any, els col·legis professionals corresponents (col·legi d'advocats, d'economistes, etcètera) lliuren als jutjats del mercantil la llista dels col·legiats que, si compleixen els requisits exigits, vulguin ser nomenats administradors per a l'any següent. Amb aquesta llista, el jutge ha de nomenar els administradors en declarar el concurs, bé per sorteig en cada llista (i seguint després l'ordre de llista), bé elegint les persones que cregui més competents i adequades per a cada concurs. La llei no imposa si ha de seguir el sistema de sorteig o d'elecció. Hi ha diversos límits per al nomenament, entre els quals destaca que no es pot nomenar una mateixa persona en més de tres concursos durant dos anys seguits (a fi d'aconseguir una rotació, perquè no sempre s'elegeixin els mateixos).

La llei regula força qüestions concretes sobre el règim jurídic dels administradors, com les relatives al sistema d'incompatibilitats i prohibicions, la renúncia de l'administrador designat (només pot renunciar per causa justificada), la responsabilitat o la retribució.

En aquest últim aspecte hi ha un desplegament reglamentari mitjançant el RD 1860/2004. La retribució ha de ser suficient perquè l'administrador accepti el seu encàrrec, però no excessiva a fi de no que no impliqui un cost desproporcionat per a un patrimoni que ja passa per dificultats de pagament. La idea bàsica és que hi ha un mínim per cobrar en tot concurs, més un import variable en funció de la xifra d'actiu i passiu (com més actiu i/o passiu més treball i/o complexitat). En la reforma del Decret llei 3/2009 es va crear un sistema de fons de garantia per a poder pagar als administradors quan el concurs no té ni tan sols massa suficient per a això.

L'Administració concursal té, molt bàsicament, tres grups de funcions:

1) Han d'autoritzar les decisions del deutor, en el cas de concurs voluntari, o substituir-lo, en el concurs necessari (com es veurà més endavant); per tant, supervisen la gestió o gestionen l'empresa, segons els casos.

2) Han d'elaborar un informe concursal en què determinen la situació patrimonial i les causes del concurs (vegeu més endavant 4.4), i han d'emetre informes en les decisions importants.

3) Han de supervisar i gestionar el concurs: avisar els creditors, rebre comunicacions, supervisar la liquidació si aquesta es produeix, etc. Ho anirem veient al llarg dels apartats següents.

3.2. Efectes sobre la capacitat d'administració patrimonial del deutor

L'activitat empresarial del deutor es continua, com a principi, sota el règim de substitució o intervenció que ara veurem. Però el jutge pot acordar la cessació de l'activitat (p. ex., si veu que és totalment perjudicial, que genera unes pèrdues importants).

La regla general és que les facultats d'administració dels seus béns se suspenen, i és substituït pels administradors, si el concurs és necessari (sol·licitat pels creditors), i que les manté, però havent de tenir l'autorització dels administradors, en el cas del concurs voluntari (demanat pel mateix deutor). Tanmateix, el jutge també pot acordar la substitució en concursos voluntaris o la intervenció en els supòsits de concursos necessaris. Així, la flexibilitat és la nota dominant en aquest règim, en contrast amb l'automatisme legal del dret anterior.

Si el deutor fa algun acte per ell mateix, només infringint les regles de substitució o intervenció, l'acte és anul·lable pels administradors (i no és directament nul).

3.3. Efectes sobre la persona del deutor

Quan el deutor és una persona física, els efectes personals quant a limitacions a la llibertat de deambulació i al secret de la correspondència s'estableixen en la Llei orgànica de reforma concursal, i ha de ser el jutge qui decideixi el més convenient referent a això.

Quan el deutor és una persona jurídica, l'article 48 LCon estableix algunes especialitats. La més rellevant, segurament, és la possibilitat d'embargar béns dels administradors i liquidadors, de fet o de dret, si de les actuacions es deriven indicis que el concurs serà qualificat com a culpable i que la massa serà insuficient per a aconseguir el pagament dels crèdits (en aquests casos també poden ser responsables dels deutes aquests administradors i liquidadors, com

veurem). A part del concurs, segueix oberta la via d'exercici de les accions que hi pugui haver contra administradors, auditors o liquidadors, en virtut de les normes societàries (art. 48.2 LCon).

3.4. Efectes sobre els crèdits i creditors

Un dels efectes més importants de la declaració és que ja no es poden iniciar accions judicials per a cobrar els crèdits i les accions pendents se suspenen. D'aquesta manera, els creditors no poden cobrar de manera separada (excepte, com veurem, els titulars de drets reals).

Quant als crèdits, com a regla general, se suspèn la meritació d'interessos als efectes del concurs, s'interrompen els terminis de prescripció i si, una vegada declarat el concurs, es produeix una situació d'acord amb la qual el deutor és, recíprocament, creditor d'un creditor concursal, no es produeix la compensació de crèdits.

Si el deutor és, alhora, creditor d'un creditor seu i aquesta reciprocitat de condició deutor-creditor és anterior al concurs, no hi ha cap problema, ja que s'haurà produït la compensació abans del concurs.

El problema sorgeix quan, per exemple, el concursat és deutor d'un deute ja vençut davant *primus*, i, al seu torn, *primus* és deutor d'un deute encara no vençut davant el concursat, però que venç després de la declaració de concurs. Quan arribi aquest venciment, es produirà la situació de reciprocitat deutor-creditor posteriorment a la declaració de concurs. Si, en aquesta situació, la llei permet la compensació, en realitat estaria pagant el seu crèdit (totalment o parcialment) al creditor. Per això, la llei prohibeix o estableix que no es produeixi compensació. El creditor-deutor del concursat haurà de pagar el seu deute completament, i per a cobrar el seu crèdit es presentarà amb els altres creditors.

3.5. Efectes sobre les garanties reals

Normalment, els béns més importants són afectes en garantia real per al pagament dels deutes dels creditors professionals (bancs, Estat, etc.). Per tant, si aquestes garanties poguessin ser executades de manera normal, la massa de béns quedaria molt disminuïda i la satisfacció dels creditors no professionals, molt limitada.

La llei soluciona aquest problema establint el sistema següent. Com a regla general, les garanties reals persisteixen en la declaració de concurs. Si els béns donats en garantia són afectes a l'activitat empresarial del concursat, la possible execució d'aquests béns es paralitza, com a regla general, durant un any. L'Administració concursal pot decidir pagar el deute garantit, amb el qual "allibera" així el bé de la seva garantia real i permet que continuï afecte a l'activitat empresarial, o, en cas de liquidació, que el puguin liquidar els administradors i obtenir una rendibilitat més elevada. D'aquesta manera, es permet als administradors poder decidir el més convenient per als interessos de la massa, i s'imposa al creditor tan sols una suspensió per un termini relativament curt.

3.6. Efectes sobre els contractes pendents d'execució

Com a regla general, els contractes pendents d'execució a l'hora de declarar-se el concurs continuaran vigents. Si el concursat va complir, la contrapart (anomenada part *in bonis*) haurà de complir la seva contraprestació. Si va complir la part *in bonis*, per a rebre la seva contraprestació haurà d'acudir al concurs com un creditor més. Si encara no n'ha complert cap, l'Administració concursal decidirà si executa el contracte completament, per a rebre la contraprestació, o si demana la resolució del contracte. En aquest segon cas, el jutge ha de decidir, després d'escoltar les parts, si resol o manté el contracte.

Els contractes laborals es poden rescindir (acomiadament col·lectiu) o es poden modificar substancialment les condicions de treball (reducció de jornada, de salari, etcètera); tot això en funció del que es decideixi quant a la cessació de l'empresa o a la seva continuació. En aquests casos, els tràmits varien respecte de l'"expedient de regulació d'ocupació", normalment regulat en l'ET.

L'empresari concursat exposa la seva posició i les seves intencions als representants dels treballadors, i s'entaula entre ells un període de consultes. Després d'això, l'autoritat laboral administrativa dóna la seva opinió sobre l'acord al qual s'hagi arribat o, si no hi va haver acord, sobre quina posició –de l'empresari o dels representants dels treballadors– li sembla més defensable. Finalment, decideix el jutge del concurs (no l'autoritat laboral, com estableix l'ET per als casos en els quals no hi ha concurs). Si s'està en desacord amb la decisió del jutge del concurs, es recorre en suplicació davant la jurisdicció laboral.

En certs casos, es poden rehabilitar determinats contractes que s'hagin resolt per impagament poc abans de la declaració de concurs. Així, es pot rehabilitar una compravenda a terminis que hagi estat resolta per impagament dels terminis si la resolució es va dur a terme dins els tres mesos anteriors a la declaració de concurs. L'Administració concursal pot rehabilitar el contracte (i recuperar, així, el bé que, a causa de la resolució, va haver de tornar al venedor) sempre que pagui els terminis deguts fins a aquell moment i es comprometi a pagar completament la resta de terminis al seu venciment. Un règim gairebé idèntic s'estableix per a préstecs o crèdits i per a arrendaments urbans resolts durant els tres mesos anteriors a la declaració de concurs.

3.7. Efectes sobre els actes perjudicials per a la massa del concurs

En certa manera, la llei parteix d'una certa "sospita" que el concursat hagi pogut fer actes perjudicials per a la massa abans del concurs. Per això s'estableix, com a regla general, que els administradors podran rescindir tots els actes perjudicials per a la massa realitzats durant els dos anys anteriors a la declaració de concurs. Es parla d'actes perjudicials, amb independència que hi hagi hagut ànim fraudulent en la seva realització. Si van comportar una pèrdua patrimonial, es poden rescindir.

Si es rescindeixen, es recupera el que s'ha lliurat, però també cal tornar el que es va rebre. Això últim, llevat que el tercer hagi actuat de mala fe, en connivència fraudulenta amb el concursat i per a perjudicar els creditors (en aquest cas, aquest tercer és un creditor subordinat, com veurem més endavant).

Quant a la prova del perjudici, aquest es pressuposa en certs casos, i no es pot demostrar el contrari (p. ex., qualsevol donació, llevat de les liberalitats d'ús). En altres supòsits, la llei presumeix que hi ha perjudici, però el deutor podria provar que no n'hi va haver (p. ex., constituir una garantia real a favor d'una obligació ja existent). En tots els altres casos, l'Administració concursal haurà de demostrar el perjudici en impugnar l'acte.

En aquesta matèria, el Decret llei 3/2009 ha introduït el matís que certs refinançaments pactats amb el deutor no es poden rescindir si després el deutor cau en concurs (encara que es pugui demostrar que han estat perjudicials). Per a això, aquests refinançaments han de complir una sèrie de requisits (disp. addic. 4a. LCon). D'aquesta manera, les entitats de crèdit poden refinançar deute, amb certs requisits, sense el perill que després aquests negocis es vegin rescindits si el deutor cau en concurs.

Els requisits són, bàsicament, quatre. **a)** l'elaboració d'un pla de viabilitat per part del deutor que va demanar el refinançament; **b)** l'emissió d'un informe per part d'un expert independent (nomenat pel registrador mercantil) sobre el raonable o desraonat del pla de viabilitat (no s'exigeix que l'informe sigui favorable, només que existeixi aquest informe, és a dir, que els creditors votin coneixent un criteri sobre la viabilitat de la recuperació del deutor); **c)** L'acceptació del refinançament per creditors que representin tres cinquenes parts del passiu del deutor, **d)** la formalització de l'acord en un instrument públic.

4. Fase comuna

4.1. La fase comuna

Una vegada declarat el concurs, intervinguda l'activitat del deutor i paralitzades possibles execucions contra el seu patrimoni, cal determinar quina és la situació de l'empresa, i després poder decidir quina solució prendre. Per això, després de la fase de declaració en el procés, es tramita una "fase comuna" per a tots els concursos, en la qual es determina quants béns (massa activa) i quants deutes (massa passiva) hi ha. Després d'aquesta fase comuna, coneixent ja la situació del patrimoni, deutor i creditors podran decidir si intenten un conveni o si van a la liquidació. Després de la fase comuna s'obre la fase de conveni o la de liquidació.

4.2. Massa activa del concurs

Per a determinar la massa activa, l'Administració concursal ha de passar de la "massa de fet" a la "massa de dret". La massa de fet la constitueixen els béns que, de fet, són en poder del concursat en ser declarat en concurs. D'aquesta cal: **a)** "Treure" els béns que no són seus (aquesta operació s'anomena "separació"; els propietaris de béns que estiguin en poder del deutor han de sol·licitar que els siguin lliurats; p. ex., béns que el deutor té en lísing, i, per tant, són de l'empresa de lísing, o béns que té en mandat de venda); **b)** "Reintegrar" béns que han sortit i que haurien de seguir en el seu poder; es tracta dels actes perjudicials per a la massa que vam veure en l'apartat 3.7; d'aquesta manera s'obté la massa de dret: hi ha tots els béns del deutor i només els béns del deutor. En tot cas, els béns inembargables del deutor no s'inclouen en la massa activa (art. 76.2 LCon i 605-607 LEC).

Determinada la massa de dret mitjançant un inventari dels béns, és necessari valorar-la. Per a això es fa una valoració dels béns. Si cal, l'Administració concursal pot demanar a tercers tècnics en la matèria que valorin béns concrets, que per la seva complexitat o naturalesa no puguin ser valorats en seu preu just per una persona no especialista en la matèria. El cost d'aquests experts independents és a càrrec de l'Administració concursal.

4.3. Crèdits contra la massa

Amb caràcter general, els crèdits contra la massa són crèdits generats pel mateix concurs (despeses judicials, de publicació, retribució dels administradors, etcètera) o per la continuació de l'activitat del concursat (és a dir, crèdits o decisions postconcursals).

La seva principal característica és que es paguen completament i amb caràcter previ al pagament de la majoria dels creditors concursals (és a dir, dels creditors per crèdits generats abans del concurs). L'única excepció és la dels crèdits amb privilegi especial: els béns donats en garantia es venen; amb el producte de la venda es paga primer els creditors garantits, i, només si sobra alguna cosa, es destinarà a pagar deutes de la massa.

L'elenc de deutes de la massa és en l'article 84 LCon:

1) Els crèdits per salaris dels trenta últims dies de treball anteriors a la declaració de concurs, amb un límit (el doble del SMI). Aquesta inclusió es va fer per raons de simple política legislativa: No són crèdits generats pel concurs ni postconcurals, però es tracta de protegir amb un mínim els treballadors, ja que el salari és per a ells un crèdit de subsistència.

2) Les costes i despeses judicials creades pel concurs, i les costes i despeses judicials originades pels judicis que es continuïn o iniciïn en interès de la massa.

3) Els aliments del deutor i de les persones respecte a qui tingués el deure legal de prestar-los (cònjuge separat o divorciat, fills, etcètera).

4) Els deutes generats per l'exercici de l'activitat professional o empresarial (que, com hem vist, es continua, com a regla general) i les obligacions vàlidament contraïdes durant el procediment concursal pel concursat i/o l'Administració, segons el règim d'intervenció o substitució acordat.

5) Les prestacions a càrrec del concursat en els contractes pendents d'execució que no decideixi l'Administració concursal (vegeu l'apartat 3.6); les prestacions per rehabilitació de contractes de venda a terminis, crèdit o arrendament (vegeu l'apartat 3.6), i les prestacions generades per la rescissió concursal dels actes perjudicials per a la massa (vegeu l'apartat 3.7.).

6) Les obligacions nascudes de responsabilitat extracontractual després de la declaració de concurs.

7) Qualsevol altres crèdits als quals la LCon atribueix aquesta consideració (p. ex., la retribució de l'Administració concursal).

Com s'hi aprecia, encara que és lògic considerar tots aquests crèdits com contra la massa, pagables al 100%, suposen un gravamen molt important per a un patrimoni que ja de per si és insuficient per a pagar els deutes. Per això, quan la insolvència és molt alta, de vegades es prefereix no instar el concurs, ja que els deutes de la massa exhaurixen el poc patrimoni existent i els creditors es queden sense cobrar res.

Durant el procediment, l'Administració va informant sobre l'import dels deutes de la massa ja generats, per a saber fins a quin punt es continua endeutant el concursat (i per a no continuar el procediment si els costos d'aquest ja han exhaurit l'actiu del deutor).

4.4. Massa passiva del concurs

4.4.1. Determinació de la llista de crèdits

Per a fixar la llista de crèdits es fan els passos següents. En primer lloc, s'obre un període de comunicació de crèdits: el mes següent a la publicació en el BOE de la interlocutòria de declaració de concurs. En aquest termini, els creditors poden comunicar els seus crèdits i adjuntar-hi els documents demostratius de la seva existència, quantia i graduació (aquesta comunicació se sol anomenar insinuació).

L'Administració concursal elabora una llista de crèdits tenint en compte les comunicacions i els documents que han presentat els creditors, però també la documentació del deutor (és a dir, poden reconèixer com a creditor algú que no s'hagi insinuat. És més, ho han de fer si aquesta condició de creditor es desprèn clarament de la documentació del deutor).

Els creditors o els tercers poden impugnar la llista provisional elaborada per l'Administració, i sol·licitar la inclusió o exclusió d'un crèdit, o la modificació de la seva quantia o la seva graduació. Cada impugnació la tramita (amb fase d'al·legacions, prova, etcètera) i la resol el jutge del concurs.

Finalment, amb el resultat de les impugnacions, es modifica la llista provisional i es determina la llista definitiva. Encara que la sentència del jutge del concurs es pot recórrer en apel·lació, el concurs segueix endavant sense esperar el resultat d'aquesta. Als efectes del concurs, per tant, la llista és definitiva.

4.4.2. Graduació dels crèdits

La *par condicio creditorum* no és del tot certa. Tots els creditors se sotmeten a un procediment igual, però no tots estan en la mateixa posició. La llei gradua els crèdits en funció d'una sèrie de criteris. És important apreciar que el que es gradua o ordena són els crèdits, i no els creditors. És molt comú que un mateix creditor sigui titular de diversos crèdits amb una graduació diferent (per exemple, crèdits amb privilegi general, els interessos del qual meritats abans del concurs són, al seu torn, crèdits subordinats). En aquests casos, respecte a cada grup de crèdits, ha d'actuar d'acord amb la seva graduació i quantia. Els crèdits s'agrupen en quatre graus:

1) Crèdits amb privilegi especial. Són els que tenen constituïda una garantia real per al pagament del seu import. Així, els crèdits hipotecaris (hipoteca immobiliària, hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament, hipoteca naval, etcètera), els garantits amb anticresi, els refaccionaris, els garantits amb valors representats mitjançant anotacions en compte i els garantits amb penyora constituïda en document públic, o amb penyora de crèdits que consti en un document amb data fefaent; també els crèdits per quotes de lísing o terminis de compravenda a terminis, sobre els béns arrendats o venuts amb reserva de domini.

Així, sembla que l'empresa de lísing, o el venedor a terminis amb reserva de domini poden actuar de dues maneres: com a propietari, "traient" el bé de la massa, o com a creditor amb privilegi especial, instant la venda del bé i cobrant amb el producte d'aquesta venda.

L'anticresi és una figura força inusual, en què els fruits d'una finca (la collita, la fruita, etcètera) s'afecten al pagament d'un deute.

Els crèdits refaccionaris són aquells en què la llei considera que el constructor d'un bé té preferència per a cobrar per la construcció sobre el preu que s'obtingui per aquest bé. En l'àmbit concursal és rellevant que els treballadors tenen preferència per a cobrar sobre els béns elaborats per aquests.

Aquests crèdits es cobren amb preferència a tots els altres, i respecte del producte de la venda dels béns afectes al pagament del deute. Si sobren diners de la venda d'aquests béns, s'incorporen a la massa; si falten diners, per la part no cobrada, el creditor anirà com un creditor més, amb el rang que correspongui al seu deute. A més, aquests crèdits no queden vinculats per un possible conveni, llevat que els seus titulars votin al seu favor.

2) Crèdits amb privilegi general. Aquests crèdits es cobren amb preferència als ordinaris i subordinats; i a més, cada "subrang" és preferent al següent: els creditors privilegiats del número 1 cobren completament, i, només quan se'ls ha pagat, es pot començar a satisfer els creditors privilegiats del segon esglaó, i així successivament. A més, no queden vinculats per un possible conveni, llevat que els creditors titulars del crèdit votin a favor d'aquest conveni.

En aquesta graduació es troben en primer lloc els **crèdits per salaris**, per indemnitzacions d'extinció del contracte o per indemnitzacions d'accident laboral, amb una sèrie de límits. Es tracta, òbviament, de salaris o indemnitzacions meritats abans del concurs (els que es generen després són deutes de la massa; cal recordar, a més, que els dels trenta dies anteriors al concurs ja s'hauran pagat com a deutes de la massa).

En segon lloc, es paguen els **crèdits per retencions tributàries i de Seguretat Social** que deu el concursat (és a dir, el concursat va retenir als seus treballadors aquests diners de les seves nòmines, com estipula la llei, però després no els va ingressar a Hisenda o a la Seguretat Social).

En tercer lloc hi ha els **crèdits per treball personal no dependent o per cessió de drets econòmics de propietat intel·lectual**, meritats durant els sis mesos anteriors a la declaració de concurs.

Exemple

En el primer cas es tractaria dels agents mercantils de l'empresari concursat, per exemple, que no són treballadors dependents però fan un treball personal. El creador intel·lectual contractat per l'empresari no és un treballador dependent, però la seva tasca personal és semblant a la de l'assalariat. Per això, encara que no se'ls equipara als assalariats, sí que se'ls privilegia.

En quart lloc, tenim els **crèdits tributaris**, de la Seguretat Social i altres de dret públic; però per als tributaris i de la Seguretat Social, només fins a la meitat del seu import.

En cinquè lloc se situen els **crèdits per responsabilitat civil extracontractual**. Si aquesta responsabilitat no estava assegurada, cobraran en quart lloc, juntament amb els crèdits de dret públic.

És a dir, si la responsabilitat estava assegurada, el perjudicat cobrarà de l'assegurança; i la companyia asseguradora, en exercir el seu dret de repetició, cobrarà en aquest cinquè lloc. Però si la responsabilitat no estava assegurada, el perjudicat cobrarà en quart lloc, juntament amb els crèdits de dret públic.

Finalment, hi ha els **crèdits del creditor** que va instar el concurs que no tinguin el caràcter de subordinats, amb un límit: la quarta part d'aquests crèdits (les altres tres quartes parts són crèdit ordinari). Es tracta d'un "premi" al creditor que va instar el concurs i que va impedir un agreujament de la insolvència del deutor (insolvència que s'ha demostrat).

3) Crèdits ordinaris. Els que no són privilegiats ni són subordinats. Es cobren després que aquells i abans que aquests, i tenen dret de vot en la junta per al conveni.

4) Crèdits subordinats. Aquests es cobren amb postergació respecte a tots els crèdits privilegiats i ordinaris (en definitiva, que no els arriba per a cobrar res). A més, cada rang de creditors subordinats cobra amb preferència respecte al següent i amb postergació respecte a l'anterior. Els creditors titulars d'aquests crèdits no poden votar el conveni (malgrat que la proposta de conveni pot tenir aspectes referits específicament només a creditors subordinats).

Els supòsits són set:

1) Crèdits comunicats tardanament, l'existència dels quals no es deduí de manera inequívoca de la documentació del deutor. Si es comuniquen tardanament, encara que s'incloguin en la llista, seran com subordinats.

2) Crèdits que s'han pactat com a subordinats.

Exemple

És força comú que les empreses emetin "deute subordinat" mitjançant obligacions, pagarés d'empresa, etc. Es tracta de títols que atorguen al seu titular el dret a uns interessos i a la devolució del principal, però en què es pacta que només es pagaran després de satisfer els deutes "ordinaris" de la societat. D'aquesta manera, als altres creditors de l'empresa (sobretot, bancs) no els perjudica aquesta emissió, ja que no dificultarà el pagament dels seus crèdits, i els subscriptors estan segurs que els títols es pagaran, atesa la solvència de l'empresa.

3) Crèdits per interessos (s'entén que són els interessos meritats abans del concurs; un cop declarat el concurs, no es meriten més interessos), llevat dels interessos de deutes garantits amb garantia real, que es cobraran en el concurs fins on assoleixi el bé afecte al pagament.

4) Crèdits per multes i sancions (òbviament, no inclou les indemnitzacions, que són un concepte diferent).

5) Crèdits de persones especialment relacionades amb el concursat. Són persones pròximes al concursat persona física (familiars propers, cònjuge, etcètera), o socis amb una participació rellevant, o administradors del concursat persona jurídica (vegeu l'article 93 LCon). La llei els subordina per la seva proximitat "personal", en certa manera "afectiva", al concursat, i també per una certa sospita de frau (ja que, normalment, els subjectes en crisi econòmica posen béns a nom dels seus pròxims, desvien fons, etcètera).

Probablement, això dificulti el finançament de les empreses familiars i pimes, ja que els familiars de l'empresari individual i els socis majoritaris consideren desincentivador fer un préstec a l'empresa que passa per dificultats.

6) Crèdits per la rescissió d'actes perjudicials per a la massa (vegeu el l'apartat 3.7), quan el tercer sigui de mala fe (se li torna el que ell va lliurar a la massa, però només en últim lloc si s'ha pogut pagar abans a tots els altres creditors).

7) Crèdits derivats dels contractes amb obligacions recíproques dels articles 61, 62, 68 i 69 LCon si el jutge constata que el creditor obstaculitza de manera reiterada el compliment del contracte.

4.5. Informe de l'Administració concursal

L'informe de l'Administració concursal és una de les claus del concurs, ja que s'hi determina clarament quina és la situació del patrimoni del concursat (actiu, passiu, causes del concurs, etcètera). El termini per a la seva realització és de dos mesos, comptats des que hagin acceptat dos dels tres administradors. Excepcionalment, es podria prorrogar, com a màxim, un mes més si es presenten circumstàncies extraordinàries (art. 74 LCon).

L'informe ha de contenir:

a) anàlisi de les dades presentades pel deutor,

b) estat de la comptabilitat del deutor i judici sobre els seus comptes,

c) memòria de les principals decisions i actuacions de l'Administració concursal.

A l'informe s'uneixen, a més, l'inventari de la massa activa i la llista de creditors.

Aquest informe "inicial" és objecte de publicitat en el Registre Públic Concursal i en el tauler d'anuncis del jutjat. En un termini de deu dies des d'aquesta publicació es pot impugnar l'inventari (per a incloure-hi o excloure'n béns o per a demanar una valoració diferent de la que hi figura), i també la llista de creditors (incloure-hi o excloure'n creditors, o modificar la quantia o graduació dels inclosos). La impugnació la resol el jutge del concurs, i contra la seva decisió es pot interposar un recurs d'apel·lació, però no s'espera al resultat d'aquest. El concurs continua amb l'inventari i la llista segons el que resulti de la decisió del jutge en resoldre les impugnacions.

5. Fase de conveni

5.1. Procedència i contingut del conveni

La fase de conveni constitueix una de les dues vies de continuació del procés concursal. Fins aquell moment, el procediment és comú, és indiferent que es pacti un conveni o es faci una liquidació. Però coneguda la situació patrimonial del deutor, cal resoldre quina via se segueix: el conveni (si es considera que la situació és reversible) o la liquidació (si s'accepta que no hi ha solució a la crisi patrimonial). En cas que cap de les parts no demani expressament seguir una o altra via, la llei opta per a intentar primer el conveni, ja que és la via "reversible" (si no s'accepta un conveni sempre es pot acudir a la liquidació; però si s'opta per liquidar, ja no es podria convenir).

S'obre la fase de conveni si el deutor o els creditors, com veurem més endavant, presenten una proposta de conveni i si el deutor no demana la liquidació ni tampoc s'han presentat propostes de conveni. És a dir, si ningú no diu res, el jutge obre d'ofici la fase de conveni (perquè es presentin propostes en el termini que després es dirà). Finalment, no és procedent obrir aquesta fase si el deutor demana la liquidació (ho pot fer ja des d'un principi, fins i tot amb la sol·licitud de concurs).

Un dels aspectes més rellevants de la nova regulació és la limitació dels possibles continguts del conveni. Davant la llibertat de continguts del dret derogat, l'article 100 imposa certs límits:

- Respecte als crèdits ordinaris, les proposicions de quitament no poden excedir la meitat de l'import de cada un dels crèdits ni les d'espera poden superar els cinc anys (sembla que, respecte dels subordinats, sí que es poden superar aquests límits).
- No es pot proposar cessió de béns i drets als creditors en pagament o per a pagament ni qualsevol forma de liquidació global del patrimoni del concursat.
- No es pot alterar la graduació dels crèdits.

A part d'aquestes prohibicions, el legislador "apunta" possibles continguts; així, es poden fer propostes alternatives (és a dir, una solució A i, si no sembla adequada, una solució B), i hi pot haver proposicions de conversió del crèdit en accions, participacions o quotes socials.

Llevat d'aquestes prohibicions, i a més d'aquestes solucions possibles, es pot acordar qualsevol contingut del conveni que no sigui contrari a normes imperatives, per exemple, continuar l'activitat empresarial sota la supervisió o control de representants dels creditors, etc.

5.2. Conveni anticipat

La proposta anticipada de conveni és una via d'acabament ràpid del concurs quan les converses per al manteniment de l'empresa amb els creditors ja estan en una via avançada. Però no tots la poden presentar, ja que aquesta via queda prohibida per a certs deutors.

No poden presentar aquesta proposta els deutors que hagin estat condemnats per sentència ferma per certs delictes (contra el patrimoni, contra l'ordre socioeconòmic, de falsedat documental, contra la Hisenda Pública, la Seguretat Social o contra els drets dels treballadors; i en el cas de persones jurídiques, si els condemnats han estat els seus administradors o liquidadors) i els que hagin incomplert en algun dels tres últims exercicis l'obligació del dipòsit dels comptes anuals.

A aquests deutors no se'ls impedeix proposar conveni, o arribar a un conveni. Se'ls impedeix un conveni anticipat, perquè, com que no són deutors gaire "escrupolosos", és millor discutir un conveni a la junta i amb ple coneixement de l'informe de l'Administració concursal.

El deutor pot presentar una proposta anticipada de conveni, sempre que estigui avalada per l'adhesió de creditors ordinaris o privilegiats que representin una cinquena part del passiu. Els administradors concursals han de fer un informe sobre la viabilitat de la proposta. Després d'aquests tràmits, els altres creditors poden manifestar la seva adhesió a la proposta abans que finalitzi el termini d'impugnació de l'informe dels administradors. D'aquesta manera, quan finalitzi la fase comuna del concurs, el jutge ha de comprovar si les adhesions formulades, juntament amb les inicials que avalaven la proposta, compleixen les majories necessàries per a l'aprovació del conveni, i en aquest cas l'ha d'aprovar.

5.3. Conveni ordinari

En la fase de conveni poden presentar propostes de conveni el deutor o els creditors que representin en total un cinquè del passiu. També es pot mantenir la proposta de conveni anticipat si no se'n va aconseguir l'aprovació en la fase comuna.

El termini per a fer propostes és de fins a quaranta dies abans de la data assenyalada per a la celebració de la junta. Els administradors concursals han d'emetre un informe sobre cada una de les propostes presentades. Si no se'n formula cap, el jutge obre la via de la liquidació.

La junta d'aprovació del conveni la convoca el jutge en obrir la fase de conveni, dins els dos o tres mesos des que s'obre la fase de conveni. Si el nombre de creditors excedeix els 300, el jutge pot acordar la tramitació escrita del conveni, en comptes de fer-ho a la junta (per a la tramitació escrita, vegeu l'article 115 bis LCon).

Als efectes de l'aprovació del conveni, els creditors privilegiats no hi queden vinculats, llevat que votin al seu favor (és a dir, es poden abstenir d'acudir a la junta, o fins i tot acudir-hi i votar en contra, o no votar; només els vincula si voten a favor). Els titulars de crèdits ordinaris tenen dret de vot i els titulars de subordinats, no.

Exemple

No és estrany que un creditor privilegiat estigui interessat a votar a favor; per exemple, Hisenda o la Seguretat Social (és a dir, el poder públic), que prefereixen que l'empresa no tanqui i mantingui les seves ocupacions; o un creditor privilegiat que també té crèdits ordinaris i vol que s'aprovi un conveni per a cobrar-los.

Com a regla general (vegeu l'article 124 LCon), la majoria necessària per a l'aprovació és la meitat del passiu ordinari del concurs (inclosos en aquest passiu ordinari els creditors privilegiats que votin a favor).

Un cop aprovat el conveni en la junta o en la tramitació escrita, pot ser impugnat pels administradors concursals o pels creditors que no van votar a favor en la junta, fonamentant-se en la infracció de normes legals, però no en raons de possible conveniència o justificació del contingut del conveni. Un cop resolta la impugnació pel jutge del concurs desestimant-la, o a falta d'impugnació, el que és procedent és l'aprovació del conveni per part del jutge.

5.4. Efectes del conveni

El conveni aprovat implica una "novació" dels deutes: el que es deu fins llavors es deu ara amb els quitaments i/o les esperes pactades, o amb les condicions que estableixi el conveni. El concurs encara no ha acabat, sinó que entra en una fase de "compliment del conveni".

Si el conveni es compleix (el deutor acaba pagant el que s'ha pactat en els terminis establerts, per exemple), el jutge ha de dictar finalment una interlocutòria de conclusió del concurs. Si el conveni s'incompleix, qualsevol creditor pot demanar la declaració judicial d'incompliment, que donarà lloc a l'obertura de la fase de liquidació.

Si algun dels deutes concursals estava fiançat, en cas de conveni, el creditor pot anar contra el fiador pel total del deute si no va votar a favor del conveni (el qual el vincula, però només quant a l'obligació del deutor, no del fiador);

però si va votar a favor, la llei entén que el que s'ha pactat (un quitament, una espera, etcètera) també afecta el fiador i no li pot reclamar ja el total del deute, o en el termini inicialment pactat.

6. Fase de liquidació

És procedent obrir la fase de liquidació: **a)** si ho sol·licita el deutor; **b)** si en la fase de conveni no s'han presentat propostes de conveni; **c)** si en la fase de conveni no s'ha pogut aprovar cap de les propostes presentades; **d)** si, aprovada una proposta de conveni, el conveni s'ha incomplert. Com s'aprecia, i en resum: si ho demana el deutor o si no s'arriba a aprovar un conveni.

Com a característiques més rellevants d'aquesta fase, cal destacar:

1) Els administradors han de presentar un pla de realització de béns; que és posat de manifest al deutor, als creditors i als treballadors perquè facin les al·legacions que creguin convenients. Després d'aquest termini, el jutge ha d'aprovar el pla proposat o les seves modificacions. El Decret llei 3/2009 ha afegit a l'articulat la possibilitat que el deutor presenti una proposta de liquidació anticipada, sobre la qual informen els administradors concursals, i poden formular observacions les parts interessades, i després d'això el jutge aprovarà íntegrament la proposta o amb modificacions.

2) Com a regla general s'ha d'intentar la realització unitària del conjunt d'establiments o unitats productives, amb la qual cosa s'evita que la venda de béns de manera unitària comporti una depreciació del valor conjunt i la pèrdua del valor del fons de comerç.

3) S'ha de donar preferència a les ofertes que proposin la continuació de l'activitat empresarial (p. ex., un empresari del mateix sector que adquireixi l'empresa sencera i continuï l'activitat amb productes de les seves pròpies marques).

Transcorregut un any des de l'obertura de la fase de liquidació sense que hagi finalitzat, el jutge, a petició d'una part, podrà separar els administradors, per la qual cosa aquests perdran el seu dret a la retribució (la separació és procedent si considera que la dilació no està justificada).

El pagament dels crèdits s'ha de fer d'acord amb la seva graduació, de conformitat amb les regles que ja hem exposat. De primer, els béns afectes en garantia real es venen i, amb el producte de la venda es paga els creditors amb privilegi especial. Si en sobra, va a la massa. Després, així que es van venent béns i aconseguint diners, es paguen els deutes de la massa. A continuació, a mesura que es van venent béns i aconseguint diners, es paga els creditors privilegiats; després, els ordinaris, i finalment, els subordinats. En cada grup,

es va pagant "esglao" per "esglao". No es passa a l'esglao següent fins a pagar completament l'anterior. Si no hi ha prou per a pagar un esglao sencer, es paga tots els creditors per igual a prorrata.

7. Qualificació

La qualificació del concurs és procedent en els casos d'aprovació d'un conveni amb quitament superior a un terç de l'import dels crèdits (o espera de més de tres anys) i en els d'obertura de fase de liquidació. Com que s'aprecia que la situació econòmica és realment dolenta, es considera que s'ha d'indagar si hi va haver culpa del deutor en aquesta situació d'insolvència.

La qualificació pot ser de fortuït o culpable. És qualifica de culpable quan en la generació o agreujament de l'estat d'insolvència ha existit frau o culpa greu del deutor o dels seus representants (vegeu l'article 164 LCon, en què es recullen supòsits que es consideren com a acreditatius d'aquest frau o culpa).

Si es qualifica el concurs com a culpable, s'han de determinar les persones a les quals afecti (deutor persona física i familiars, per exemple, o administradors societaris del deutor), amb les conseqüències següents:

- a) se'ls inhabilita durant un termini d'entre dos a quinze anys per a l'administració de béns aliens;
- b) perden els drets que puguin tenir com a creditors concursals i han de tornar els béns o drets que hagin obtingut indegudament;
- c) té especial importància la norma segons la qual, en casos de concurs culpable i de liquidació amb què no n'hi hagi prou per a pagar els creditors, el jutge pot condemnar els administradors o liquidadors, de fet o de dret, actuals o que ho hagin estat els dos anys anteriors a la declaració del concurs, a pagar tot o part del que falta per cobrir.

El jutge "pot" condemnar; no és obligatori. Ho ha de fer si observa que algun/s dels administradors ha estat especialment negligent en la gestió o s'ha enriquit a costa de l'empresa que ha deixat en la ruïna, etc. Per això, la llei atorga al jutge una àmplia llibertat, perquè pugui apreciar qui ha estat realment el culpable (pot ser un administrador de fet –el soci majoritari, per exemple, que formalment no està nomenat administrador però maneja de fet l'empresa; i encara que hagi cessat abans del concurs, intentant "escapar", no se'n deslliurà si va ser administrador els dos anys anteriors al concurs).

8. Algunes qüestions processals i de dret internacional privat

El títol VIII de la Llei concursal recull una regulació de certes qüestions processals generals. Entre aquestes, s'hi poden destacar les següents. S'estableix un "procediment abreujat", que és procedent si el concursat és una persona física o persona jurídica que pugui presentar un balanç abreujat, i si el passiu no és superior a deu milions d'euros. Com serà un concurs senzill, els terminis s'escurcen a la meitat, i l'Administració concursal la integra un sol membre (que ha de ser un advocat, auditor, titulat mercantil o economista; no pot ser un creditor). Aquesta és la regla, si bé el jutge pot nomenar, si hi aprecia motius especials, tres administradors.

La llei estableix un procediment especial per a tramitar totes les decisions, impugnacions, etcètera que es plantegin durant el concurs. És l'anomenat "incident concursal". Aquest procediment té les seves fases de demanda, audiència de les parts, prova, etc. Bàsicament, és com el judici verbal de la Llei d'enjudiciament civil.

Finalment, es crea un registre públic concursal, que és accessible de manera gratuïta a Internet i ha de publicar totes les resolucions concursals que exigeix la llei. D'aquesta manera, se'n dona publicitat i hi ha la possibilitat de generar el coneixement de l'existència i de l'esdevenir dels processos concursals.

El títol IX de la Llei concursal, finalment, regula les qüestions de dret internacional privat. Un concurs espanyol respecte a un deutor amb béns a Espanya pot afectar béns que són a l'estranger; o un concurs declarat a l'estranger pot afectar béns d'aquest deutor situats a Espanya. Aquest tipus de qüestions són les regulades, i també el reconeixement a Espanya de procediments concursals tramitats a l'estranger.

Resum

El dret concursal regula la situació en què un deutor amb diversos creditors no els pot pagar el venciment dels seus crèdits. En aquest cas, cal evitar que uns creditors cobrin, en primer lloc, tot el seu crèdit i els posteriors no tinguin res per a cobrar-se. Si ja se sap des d'ara que no poden cobrar tots, seria injust que es vegin satisfets de manera desigual. La declaració del concurs evita que els creditors puguin cobrar el seu crèdit de manera separada: tots queden sotmesos a un procediment mateix i únic. El deutor, per la seva part, ja no pot actuar lliurement, sinó que veurà intervinguda la seva activitat, o fins i tot seran els administradors concursals els que prenguin les decisions patrimonials.

En la fase comuna del concurs es determina quina és la situació real de la insolvència o il·liquiditat del deutor: l'inventari i el valor dels béns que componen l'actiu; l'abast i el valor dels deutes, que componen el passiu, i l'ordre de cobrament dels creditors (que, a més, determina si queden vinculats, si escau, pel conveni) i les causes de la insolvència. Això ho determina l'Administració concursal en el seu informe. A partir d'aquest informe, els creditors i el deutor coneixeran amb objectivitat quin és el patrimoni d'aquest.

A partir d'aquell moment, cal decidir si s'intenta un conveni o si s'acudeix a la liquidació. Si el deutor no demana la liquidació, s'intenta arribar a un conveni, amb la qual cosa hi poden haver diverses propostes que, normalment, es voten en una junta general de creditors. Si no es proposa o no s'aprova cap conveni, o si ho demana directament el deutor, s'ha d'acudir a la via de liquidació dels béns, a fi de pagar el que es pugui. En aquesta liquidació s'intenta una venda del patrimoni del deutor com un conjunt i es paga als creditors per ordre de la seva graduació.

Activitats

1. Consulteu el web del Registre Públic Concursal, www.publicidadconcursal.es, vegeu-ne els diferents camps i baixeu l'"Estadística concursal" corresponent. Llegiu el document, i observeu, com són, en la realitat, els concursos: mida de les empreses, percentatge de concursos que acaben en conveni o en liquidació, durada d'aquests, etc.
2. Recopileu notícies de diaris o d'Internet sobre declaracions de concurs d'empreses. Recopileu també notícies sobre declaracions de concurs de persones físiques de consumidors i de matrimonis (en realitat, concursos acumulats de tots dos cònjuges), i intenteu comprendre si interessa o no a una persona física insolvent i als seus creditors ser declarada en concurs.
3. Llegiu l'article 34 LCon i el Reial decret 1860/2004, de 6 de setembre, que estableix l'aranzel de drets dels administradors concursals. Calculeu quina és la retribució de cada administrador en un concurs i establiu l'import d'actiu i passiu que creieu convenient.
4. Imagineu que un deutor demana el concurs, i amb els comptes que presenta es determina que el valor dels seus actius és 0 (no té saldos positius en els seus comptes bancaris ni cap bé al seu nom; només deutes). Raoneu si, en aquesta situació, seria procedent declarar el concurs, i, si es declara, com es pagaria als administradors concursals. Pel que fa al cas, amb solucions contraposades, podeu consultar AAP La Rioja (secció 1a.), de 22 de març del 2007, o AAP Múrcia, de 30 de gener del 2006, *versus* AAP Barcelona (secció 15a.), de 15 de maig i 3 d'abril del 2008, a més de la monografia de Gadea/Navarro/Sacristán, *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura* (2010), La Ley.
5. Preneu com a base una empresa familiar estàndard i elaboreu una llista dels possibles deutes que pugui tenir: crèdits hipotecaris per a adquirir la nau, salaris que es deuen als treballadors, crèdits bancaris, deutes a proveïdors, deutes als socis, a familiars dels socis, deutes per interessos, etc. Després, "gradeu" l'ordre d'aquests crèdits en funció dels criteris dels articles 84 i 90 a 92 LCon.
6. Un cop feta la graduació que es planteja en el punt anterior, determineu quins crèdits tindran vot per a aprovar o denegar el conveni. Raoneu si, en cas que s'aprovi un conveni, aquest els vincularia.
7. Un cop feta la graduació que es planteja en el punt 5, suposeu que se segueix la via de la liquidació i que hi ha un passiu inferior a l'actiu (fixeu-lo en la quantia que vulgueu). Determineu en quin ordre es pagarà cada crèdit i qui es quedarà sense cobrar (o cobrarà menys que l'import total).
8. Llegiu els articles 164 i 165 LCon. D'acord amb aquests articles, considereu en quins casos una insolvència es podria qualificar de "fortuïta"

Exercicis d'autoavaluació

1. Suposeu un deutor persona física concursat, respecte a la qual el jutge del concurs ha decretat la "intervenció" de les seves facultats (i no la "suspensió"). Aquesta persona, per si sola i sense l'autorització de l'administrador concursal, adquireix una màquina de fotografia digital que li costa 300 €. Es tracta d'un negoci vàlid?
2. Un creditor hipotecari al qual no s'ha pagat el seu deute ha exercit ja l'execució del bé hipotecat presentant la demanda al jutjat. En aquell moment, es declara el concurs del deutor. Quins efectes tindrà sobre l'execució ja iniciada?
3. S'ha celebrat una compravenda i abans d'enviar els béns i pagar els diners, el comprador és declarat en concurs. S'ha d'executar el contracte?
4. Una empresa lliura cada any als seus empleats, per Nadal, una cistella amb productes típics nadalencs. L'any passat, aquest regal va representar un cost de 3.000 €. S'ha declarat el concurs de l'empresa el juliol de l'any següent. Es pot rescindir l'acte?
5. Als treballadors de l'empresa concursada se'ls deuen els salaris dels tres últims mesos anteriors a la declaració de concurs. Com seran qualificats els seus crèdits?
6. Considereu el cas del soci d'una petita societat de responsabilitat limitada que, per a ajudar-la, li presta diners a un interès molt baix, i garanteix la devolució amb una hipoteca sobre un immoble de l'empresa. Un cop declarat el concurs de l'empresa, com es graduarà el crèdit hipotecari del soci?

7. Els creditors d'una societat anònima concursada adverteixen que el seu l'actiu és clarament insuficient per a pagar els seus crèdits. A part de tirar endavant el concurs, quines altres vies podrien utilitzar per a obtenir la satisfacció dels seus crèdits?

8. En el concurs d'una empresa, els crèdits privilegiats representen un milió d'euros; els ordinaris, un milió d'euros, i els subordinats, milió i mig d'euros. En la junta d'aprovació del conveni voten a favor de la proposta de conveni del deutor (que representa un perdó del 40% dels crèdits) crèdits privilegiats que s'eleva a un import de 300.000 € i crèdits ordinaris que pugen a un import de 360.000 €; en contra: privilegiats que són de 200.000 € i ordinaris, de 480.000 €. Hi ha majoria suficient per a l'aprovació?

9. En una empresa concursada s'acaba d'obrir la fase de liquidació. Als administradors concursals els arriba una oferta important de compra de l'empresa com un conjunt, per un preu molt bo. Els administradors, poden sense cap més tràmit, acceptar aquesta oferta?

10. En una empresa concursada hi ha crèdits contra la massa encara no pagats per un import de 100; un crèdit hipotecari sobre la nau empresarial per un import de 500; crèdits privilegiats generals del número 1r. per un import de 100; crèdits privilegiats generals del número 2n. per un import de 300; crèdits ordinaris per un import de 1.000, i crèdits subordinats per un import de 400. S'han venut els béns en fase de liquidació, amb la qual cosa se n'han obtingut 600 per la nau empresarial i 1.000 per la resta. Com es repartiran els diners?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. Caldria distingir el següent. Si ha adquirit la màquina amb els diners que li corresponen per inembargable (l'equivalent al salari mínim interprofessional), es pot pensar que aquests béns no els afecta el concurs ni les limitacions a la capacitat d'obrar del deutor. Si va adquirir la màquina amb diners corresponents a la massa activa del concurs, el negoci és anul·lable. Només pot instar la nul·litat l'administrador concursal, exercint un incident concursal (vegeu l'article 40.7 LCon).
2. La declaració de concurs paralitza les execucions individuals amb caràcter general. Si el deutor és una empresa o un professional i el bé hipotecat és afecte a l'activitat empresarial o professional, l'execució quedarà paralitzada fins que s'aprovi un conveni el contingut del qual no afecti l'exercici d'aquest dret o transcorri un any des de la declaració de concurs sense que s'hagi produït l'obertura de la liquidació (art. 56.1 LCon). Si no està afecte a aquestes activitats, l'execució es paralitza igualment, però es pot reprendre quan es determini aquesta no-afecció (art. 56.2 LCon).
3. La declaració de concurs no resol els contractes pendents d'execució. Les dues parts continuen obligades a complir: el venedor, amb el lliurament, i el comprador/concursat, amb el pagament íntegre. Però l'Administració concursal o el concursat, segons els casos, poden sol·licitar al jutge del concurs la resolució si ho consideren convenient per a l'interès del concurs. El jutge ha de decidir si es resol o no (vegeu l'article 61.2.2 LCon).
4. En principi, l'acte és rescindible, ja que ha comportat un perjudici patrimonial per a l'empresa (ha gastat 3.000 € sense obtenir res a canvi). Tanmateix, la llei sembla considerar que les "liberalitats d'ús" no són "rescindibles" (vegeu l'article 71.2 LCon), o, almenys, es pot demostrar que no han representat un perjudici real per a l'empresa. D'altra banda, seria poc lògic i conflictiu sol·licitar als empleats, o bé que tornin els productes si no els han consumit, o bé que paguin el seu preu, més l'interès legal (art. 73.2 LCon).
5. El salari dels últims trenta dies és crèdit contra la massa en una quantia que no superi el doble del salari mínim interprofessional (art. 84.2.1 LCon). Si hi ha béns elaborats pels treballadors en poder del concursat, sobre aquests tenen un crèdit amb privilegi especial (art. 90.4t. LCon). La resta, en el que no excedeixi el triple del salari mínim interprofessional, és crèdit amb privilegi general (art. 91.1r. LCon), fins i tot encara que el treballador sigui una persona especialment relacionada amb el concursat (art.92.5è. LCon). La resta (és a dir, si el salari era superior a aquest triple) és crèdit ordinari o subordinat si el treballador és una persona especialment relacionada amb el concursat.
6. Depèn del percentatge de capital que tingui el soci (art. 93.2.2n. LCon). Si és inferior al 10%, serà un crèdit hipotecari i es reconeixerà com a "privilegiat especial". Es cobrarà en primer lloc amb el preu que s'obtingui per l'immoble hipotecat. Si és igual o superior al 10%, serà un crèdit subordinat del número 5è. de l'article 92 LCon, i es cancel·larà la hipoteca (art. 97.2 LCon).
7. En primer lloc, podrien actuar contra els administradors de la societat anònima si han actuat de manera negligent o dolosa causant dany patrimonial a la societat i/o als creditors. Els articles 236 a 241 de la llei de societats de capital regulen aquestes accions, social i individual de responsabilitat, l'exercici de les quals és possible amb independència que hi hagi concurs (vegeu l'article 48.2 LCon). En segon lloc, si hi ha hagut negligència o frau dels administradors o liquidadors, de fet o de dret, actuals o que ho hagin estat els dos anys anteriors a la declaració de concurs, caldria anar per la via de la liquidació i obtenir una qualificació del concurs com a culpable per a poder demanar la condemna d'aquests subjectes, segons l'article 172.3 LCon.
8. Hi ha majoria suficient. Per a calcular el 100% sobre el qual, després, determinar si hi ha majoria, cal tenir en compte l'import dels crèdits ordinaris, més l'import dels crèdits privilegiats que votin a favor (art. 124.3 LCon). En el cas proposat, 1.000.000 ordinaris + 300.000 privilegiats a favor, 1.300.000 €. La majoria necessària és, almenys, la meitat, 650.000 €, i aquesta s'ha assolit. Els subordinats i els privilegiats en contra no es tenen en compte.
9. No, no poden acceptar l'oferta. Hauran de presentar un "pla de liquidació" en què proposin aquesta acceptació, i aquest pla haurà de ser aprovat judicialment amb els tràmits que preveu l'article 148.2 LCon.
10. Els 600 obtinguts per la venda de la nau primer paguen el crèdit hipotecari (al qual era afectat aquesta nau), i en queden 100. Els 400 que s'han de pagar es distribuïran de la manera següent: 100 per a crèdits contra la massa, que cobren en la seva integritat; 100 per als privilegiats del número 1r. (que cobren en la seva integritat), i 200 per als privilegiats del número 2n. (cada un dels quals cobrarà dos terços del seu crèdit). Els altres no cobren.

Glossari

administració concursal *f* Òrgan del concurs, integrat normalment per tres components (jurista, economista i creditor), nomenats pel jutge del concurs. Les seves missions fonamentals són controlar l'activitat del deutor, elaborar un informe sobre la situació patrimonial del concursat i supervisar el desenvolupament del procés concursal.

concurs *m* Procés judicial en què es determina la situació patrimonial d'un deutor insolvent amb diversos creditors i es decideix arribar a un conveni amb el deutor o a una liquidació del patrimoni.

conveni concursal *m* Acord entre el deutor i els seus creditors per al cobrament dels crèdits. Normalment, conté un perdó de part del deute o un ajornament de l'exigibilitat dels crèdits.

crèdit amb privilegi especial *m* Crèdit garantit amb garantia real, el titular del qual cobra primer amb càrrec al producte de la venda del bé garantit. No està vinculat pel possible conveni, llevat que voti a favor d'aquest.

crèdit amb privilegi general *m* Crèdit que, per diverses raons que ha de tenir en compte el legislador, es cobra amb caràcter preferent respecte dels crèdits ordinaris i subordinats. No està vinculat pel possible conveni, llevat que voti a favor d'aquest.

crèdit contra la massa *m* Despeses generades pel mateix concurs o per l'activitat del concursat posterior a la declaració del concurs, que es paga completament abans que els altres creditors (excepte els creditors amb privilegi especial).

crèdit ordinari *m* Crèdit que no és privilegiat ni és subordinat. Es cobra després dels crèdits contra la massa i els privilegiats, i abans que els subordinats.

crèdit subordinat *m* Crèdit que, per diverses raons que té en compte el legislador, es cobra després dels crèdits contra la massa, els privilegiats i els ordinaris. No té dret de vot per al conveni, però queda vinculat per aquest.

declaració de concurs *f* Declaració judicial que constata l'estat d'insolvència d'un deutor amb diversos creditors i impedeix, amb caràcter general, les accions individuals dels creditors.

dret concursal *m* Conjunt de normes que busca la igualtat dels creditors, la submissió de tots a un procés únic i la maximització del patrimoni quan un deutor és insolvent i té diversos creditors.

incident concursal *m* Procés especial que regula la Llei concursal per a ventilar totes les qüestions que se susciten durant el concurs i no tinguin assenyalada en la llei una altra tramitació.

informe de l'Administració concursal *m* Document elaborat per l'Administració concursal, en què s'analitza la situació patrimonial del concursat i al qual s'uneixen un inventari i la llista de creditors. Els interessats poden impugnar part del seu contingut, i és el jutge del concurs qui resol aquesta impugnació.

liquidació concursal *f* Operació que es produeix en el concurs si el deutor demana la liquidació o si, per qualsevol raó, no s'ha arribat a aprovar un conveni; s'hi venen els béns del concursat i es paguen els crèdits amb el producte d'aquesta venda.

procediment abreujat *m* Procediment judicial simplificat que estableix la llei per als concursos d'escassa quantia (passiu inferior a deu milions d'euros) i rellevància (deutor persona física o persona jurídica que pugui presentar balanç abreujat), en què els terminis s'escurcen a la meitat i es nomena, com a regla, un únic administrador.

qualificació del concurs *f* Fase processal que s'obre per a determinar si la insolvència del concursat és fortuïta o culpable. Només és procedent si s'aprova un conveni amb un quitament superior a un terç de l'import dels crèdits, o una espera de més de tres anys, o si s'obre la fase de liquidació.

reconeixement de crèdits *m* Operació per la qual es determina l'existència, quantia i graduació d'un crèdit. Per a aquesta s'obre un termini perquè els creditors comuniquin els seus crèdits; l'Administració concursal elabora una llista de crèdits tenint en compte també la documentació del deutor, i, si algun interessat hi està en desacord, impugna aquesta llista i el jutge decideix la impugnació.

rehabilitació de contractes *f* Possibilitat de reprendre la vigència de certs contractes (crèdits i préstecs, adquisició de béns amb preu ajornat i arrendaments urbans) que es van resoldre per falta de pagament en un moment immediatament anterior a la declaració de concurs (durant els tres mesos anteriors).

rescissió d'actes perjudicials *f* Possibilitat de tornar ineficaços els actes perjudicials realitzats pel deutor durant els dos anys anteriors a la declaració de concurs, amb independència que hi hagués o no ànim de defraudar. La rescissió implica recuperar els béns lliurats, però també tornar els béns rebuts.

Bibliografia

Alonso Ureba, A.; Pulgar Ezquerro, J. (dir.); **Valpuesta Gastaminza, E. i altres** (2009). *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Anuario de Derecho concursal. Madrid: Civitas.

Cordón Moreno, F. (coord.); **Valpuesta Gastaminza, E.; Torrubia Chalmeta, B. i altres** (2010). *Comentarios a la Ley Concursal* (2a. ed.). Pamplona: Aranzadi.

Diversos autores (2005). *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* (5 vols.). Madrid-Barcelona: Unicaja, Cajasur, Marcial Pons.

Diversos autores (2007). *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde* (vol. 3). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons.

Prendes Carril, P. (dir.) (2009). *Guía práctica concursal*. Pamplona: Aranzadi.

Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Rojo, A.; Beltrán, E. (dir.) (2008). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson-Civitas.