

# Derecho concursal

Eduardo Valpuesta Gastaminza

PID\_00156236



Universitat Oberta  
de Catalunya

[www.uoc.edu](http://www.uoc.edu)



# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	6
<b>1. Concepto, finalidad y régimen legal del derecho concursal...</b>	7
1.1. Concepto y finalidad del derecho concursal .....	7
1.2. Régimen legal aplicable .....	7
<b>2. La declaración de concurso: requisitos y procedimiento</b> .....	10
2.1. Requisitos sustantivos .....	10
2.2. Procedimiento .....	10
2.3. El juez del concurso .....	11
<b>3. La declaración de concurso: efectos</b> .....	12
3.1. La Administración concursal .....	12
3.2. Efectos sobre la capacidad de administración patrimonial del deudor .....	13
3.3. Efectos sobre la persona del deudor .....	13
3.4. Efectos sobre los créditos y acreedores .....	14
3.5. Efectos sobre las garantías reales .....	14
3.6. Efectos sobre los contratos pendientes de ejecución .....	15
3.7. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa del concurso .....	15
<b>4. Fase común</b> .....	17
4.1. La fase común .....	17
4.2. Masa activa del concurso .....	17
4.3. Créditos contra la masa .....	18
4.4. Masa pasiva del concurso .....	19
4.4.1. Determinación de la lista de créditos .....	19
4.4.2. Graduación de los créditos .....	19
4.5. Informe de la Administración concursal .....	22
<b>5. Fase de convenio</b> .....	24
5.1. Procedencia y contenido del convenio .....	24
5.2. Convenio anticipado .....	25
5.3. Convenio ordinario .....	25
5.4. Efectos del convenio .....	26
<b>6. Fase de liquidación</b> .....	28

---

<b>7. Calificación.....</b>	<b>30</b>
<b>8. Algunas cuestiones procesales y de derecho internacional privado.....</b>	<b>31</b>
<b>Resumen.....</b>	<b>32</b>
<b>Actividades.....</b>	<b>33</b>
<b>Ejercicios de autoevaluación.....</b>	<b>33</b>
<b>Solucionario.....</b>	<b>35</b>
<b>Glosario.....</b>	<b>37</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>39</b>

## Introducción

El derecho concursal regula la situación en la que un deudor con varios acreedores no puede pagarles al vencimiento de sus créditos. En esta situación, si el derecho no hiciera nada, muy posiblemente se produciría una injusticia: los acreedores que primero cobren lo harán de forma íntegra y los siguientes no tendrán nada que cobrar. Además, de producirse esta desigualdad entre acreedores, el patrimonio del deudor, que es insuficiente, se agotaría ya, sin poder producir nuevos réditos o rentabilidades que incrementen las posibilidades de pago. Por esta razón, el derecho concursal permite que tanto deudor como acreedores, demostrando la insolvencia, logren la declaración de concurso y con ello eviten desde ese momento que los acreedores puedan cobrar sus créditos. Esta "paralización de los cobros" tiene una doble finalidad. Por un lado, permite tener un tiempo para determinar cuál es la situación real del patrimonio del deudor y, a partir de aquí, también decidir si merece la pena llegar a un acuerdo para cobrar de otra forma o si es mejor liquidar. Por otra parte, hace que los acreedores "concurran" a la vez, en pie de igualdad, en un proceso único para todos.

## Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

1. Comprender cuáles son los fines del procedimiento concursal.
2. Conocer, básicamente, quién puede solicitar el concurso y con qué requisitos.
3. Distinguir qué consecuencias tiene que se declare el concurso de un deudor respecto a su capacidad de actuación, de sus créditos y de sus acreedores.
4. Saber cómo se determina, básicamente, el conjunto de bienes del deudor y, con más detalle, el conjunto de deudas, graduando éstas en función de los criterios fijados por el legislador.
5. Conocer cuándo, por quién y cómo se puede presentar una propuesta de convenio y cómo se intenta su aprobación, bien por la vía anticipada o por la ordinaria.
6. Discernir cuándo procede la liquidación del patrimonio del concursado comprender los criterios básicos que establece la ley para proceder a tal liquidación.
7. Comprender cuándo procede abrir la fase de calificación, los fines de la misma, las diferentes formas de calificación y sus consecuencias básicas.
8. En conclusión, entender qué sentido tiene el derecho concursal: impedir el cobro actual de los créditos, someter a todos los acreedores a un mismo procedimiento y determinar cuál es el patrimonio del deudor y si es mejor llegar a un convenio o proceder a una liquidación.

# 1. Concepto, finalidad y régimen legal del derecho concursal

## 1.1. Concepto y finalidad del derecho concursal

El derecho concursal viene a resolver un problema básico: la situación de un deudor con varios acreedores, que no puede satisfacer el conjunto de sus deudas. En tal caso existe el peligro cierto de que los acreedores más precavidos o mejor informados (en cierta forma, los menos considerados con el deudor) cobren pronto sus créditos, con lo que disminuyen el patrimonio del deudor y los demás acreedores (más considerados o, simplemente, peor informados) pueden quedar perjudicados, porque con el patrimonio restante no hay suficiente para satisfacer sus créditos. Se produciría una desigualdad no justificada.

La imposibilidad de pago puede venir: a) de que el deudor es solvente, contablemente hablando, pero *no tiene liquidez* suficiente para pagar (en la mayoría de casos, porque a él no le pagan sus propios deudores, por lo que no puede hacer efectivos los créditos que tiene en su activo); b) de que el deudor es *insolvente*, tiene un activo inferior al pasivo.

En esta situación, lo que pueden hacer tanto el deudor como los acreedores es solicitar la apertura de un procedimiento judicial que tiene como efecto fundamental el que todos los créditos del deudor se satisfacen a la vez y de forma conjunta. De esta forma, la mayoría de los acreedores se sujetan a las mismas condiciones y se evita que la actuación más pronta de unos perjudique a los demás. Esa igualdad que supone la sujeción de todos los acreedores a un único procedimiento de exigibilidad de sus créditos se denomina *par condicio creditorum* (igualdad de condición de los acreedores).

Así, además, se logra una maximización del patrimonio del deudor. Si se cobra de una forma organizada y se estudian las posibilidades de pago, se podrá lograr, por ejemplo, una serie de pagos escalonados que permitan al deudor seguir gestionando su empresa y seguir generando recursos con los que ir pagando las deudas.

Por lo tanto, se trata no sólo de una lógica jurídica (igualdad de los acreedores), sino económica (maximización del patrimonio).

## 1.2. Régimen legal aplicable

Antes del 2004, existían hasta cuatro procedimientos concursales distintos que se producían combinando dos series de variables:

- **Comerciante y no comerciante.** Se consideraba que la insolvencia de un comerciante debía ser tratada con mayor rigor, pues existe una mayor negligencia de éste.
- **Insolvencia e iliquidez.** En casos de insolvencia (insuficiencia patrimonial, activo inferior al pasivo), se parte de que la situación es irreversible y no cabe una solución negociada ni mantener la empresa; habrá que acudir a una liquidación para salvar lo que se pueda. En casos de iliquidez (el activo es superior al pasivo, pero el deudor no tiene "liquidez" –metálico– para satisfacer sus deudas), se trata de una dificultad provisional y se podrá llegar a una solución negociada (perdonando parte de la deuda o esperando para el cobro).

Combinando estas dos consideraciones dobles, surgían cuatro procedimientos: a) para el comerciante insolvente, la quiebra, regulada básicamente en el CdeC 1885; b) para el comerciante en iliquidez, la suspensión de pagos, regulada en una ley de 1922; para el no comerciante insolvente, el concurso, regulado básicamente en el Cc de 1889, y d) para el no comerciante en iliquidez, la quita y espera, regulada básicamente en Cc de 1889.

Como la situación anterior era pésima (varios procedimientos bajo leyes antiguas y obsoletas), se han sucedido los intentos de reforma que culminaron en el 2003. Se promulgan dos leyes:

- **Ley Concursal**, de 9 de julio del 2003 (entró en vigor el 1 septiembre del 2004). Regula un único procedimiento concursal, sin distinguir entre comerciantes o no comerciantes, ni insolvencia o iliquidez.
- **Ley Orgánica Complementaria de la Concursal**, de 9 julio del 2003 (entró en vigor el 1 septiembre del 2004). Regula dos cuestiones que son materia de ley orgánica: limitación de los derechos fundamentales del concursado y creación de los jueces de lo mercantil, modificando la LOPJ.

En el 2009 se produjo una reforma relevante en la Ley Concursal, mejorando algunos aspectos que se habían mostrado problemáticos, e introduciendo algunas instituciones que los tiempos de crisis mostraban como necesarias (tramitación del convenio por escrito, liquidación anticipada, no rescisión de ciertas refinanciaciones, etc.). La reforma se realizó mediante el Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo. Posteriormente, la Ley de Implantación de la Nueva Oficina Judicial, de 3 de noviembre del 2009 también ha modificado, pero con un alcance mucho menor, varios preceptos.

En el sector económico del sistema financiero (banca, bolsa y seguros) existe un interés por impedir que una entidad caiga en situación de insolvencia, pues, en tal caso, los clientes perderían credibilidad en el sistema y podrían dejar de



ahorrar o invertir, con las gravísimas consecuencias que ello conlleva. Por eso, en dicho ámbito existen unas normas especiales, "paralelas" a las concursales, que constituyen el denominado "derecho paraconcursal".

Por esta razón, respecto a estas entidades existe un control especial centrado en dos aspectos:

**a)** control de solvencia: se les exige unos recursos mínimos iniciales, unos coeficientes de solvencia durante toda su actividad; la obligación de llevar contabilidad, de auditarla y de hacerla pública es más exigente, etc., y

**b)** intervención en los casos de crisis: si, pese al control señalado, la entidad está en crisis, el Estado tiene potestad para intervenir la empresa antes de que la situación sea más crítica, para sustituir a los gestores y para tomar medidas de saneamiento.

Estas medidas se encuentran recogidas, básicamente, en tres normas: la Ley de Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito (2005), en cuanto a entidades de crédito; la Ley de Mercado de Valores (1988), para empresas de servicios de inversión, y la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (texto refundido del 2004) para las entidades de seguros.

## **2. La declaración de concurso: requisitos y procedimiento**

### **2.1. Requisitos sustantivos**

Para la declaración de concurso no existe una cualificación especial según el sujeto. Cualquier persona, física o jurídica, e incluso "entidades" que no tienen personalidad jurídica, como la herencia puede ser declarada en concurso. Ahora bien, aun existiendo un régimen general igual para todos los deudores, existen algunas especialidades para ciertos tipos de sujetos (específicamente, para las sociedades).

En cuanto a los requisitos objetivos para declarar el concurso, el deudor debe estar en situación de "insolvencia". Se encuentra en ella la persona que "no puede cumplir regularmente las obligaciones exigibles".

Como esto resulta un tanto abstracto, en realidad la ley fija los casos concretos en que se entiende que se manifiesta este estado de insolvencia, a partir del cual podrá solicitar el concurso el deudor o un acreedor. Son cinco: el embargo infructuoso de bienes, el sobreseimiento general en los pagos, el embargo generalizado de bienes del deudor, el alzamiento de bienes (o la liquidación apresurada de los mismos) y el incumplimiento general de alguna de estas obligaciones durante tres meses: obligaciones tributarias, obligaciones salariales, y pagos a la Seguridad Social.

### **2.2. Procedimiento**

La solicitud de concurso puede provenir del deudor. Se habla, en tal caso, de "concurso voluntario". Puede hacerlo para "obligar" a los acreedores a llegar a un acuerdo, para evitar más ejecuciones, para hacer "un alto en el camino" y ver cómo superar una situación de crisis, etc.

La ley parte de que es bueno que el deudor solicite el concurso cuando prevea una insolvencia cercana, o cuando ya sea insolvente, y por eso "incentiva" su solicitud (más adelante veremos algunas consecuencias negativas de no hacerlo).

Además, si el deudor está iniciando negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ved más adelante 5.2), puede comunicarlo al juez y debe solicitar el concurso antes de que pasen cuatro meses; con ello, aunque un acreedor pida el concurso en el entretanto, esta solicitud no se tramitará (arts. 5.3 y 15.3 LCon). Pero si el deudor no pide el concurso pasados cuatro meses y algún acreedor lo solicitó, se iniciará el trámite de declaración del concurso a instancias del acreedor.

La solicitud de concurso también puede provenir de cualquier acreedor. Se habla, en tal caso, de "concurso necesario". No hace falta que la cuantía de su crédito sea importante; cualquier acreedor puede pedir la declaración.

Con la solicitud, el deudor o acreedor instantes del concurso deben alegar en qué datos se basan para considerar que existe la insolvencia que justifica su petición. El juez, tras admitir a trámite la solicitud si cumple los requisitos legales, dará audiencia a las partes (esto es especialmente importante si el concurso lo pide un acreedor, pues así el deudor puede –si lo desea– oponerse a la declaración y acreditar su solvencia). Practicadas las pruebas solicitadas por las partes y oídas éstas, el juez declarará o no el concurso.

Si se declara el concurso, el auto de declaración se publica en el BOE de forma extractada y se inserta en el Registro Público Concursal. Además, se hace constar esta situación en los registros pertinentes (civil, si es persona física; mercantil, si es empresario; y de la propiedad o de bienes muebles –en su caso–, si existen bienes inscritos a nombre del deudor).

### **2.3. El juez del concurso**

Precisamente, tomando como base la reforma concursal, se modificó la LOPJ para crear los jueces de lo mercantil (para ello se promulgó la Ley Orgánica Complementaria de la Ley Concursal). Se partió de que era mejor que jueces especializados, con una formación no sólo jurídica, sino también económica y contable, se encargaran del concurso. Los jueces de lo mercantil no sólo tienen competencias en materias mercantiles (por ejemplo, tienen competencia en materia de arbitraje, civil o mercantil, o en materia de propiedad intelectual); y no tienen competencia para conocer todas las materias mercantiles (por ejemplo, los litigios en materia contractual –civil o mercantil– son de competencia del juez civil, excepto algunos contratos, como los de transporte o propiedad intelectual).

### 3. La declaración de concurso: efectos

#### 3.1. La Administración concursal

En el mismo auto de declaración del concurso, el juez nombrará a los integrantes de la Administración concursal. Normalmente son tres, con la siguiente cualificación:

- a) un abogado en ejercicio, con experiencia de al menos cinco años;
- b) un economista, auditor de cuentas o titulado mercantil, con experiencia de al menos cinco años, y
- c) un acreedor, que será ordinario o con privilegio general. Puede nombrarse un único administrador –que no podrá ser acreedor; esto es, debe ser de los nombrados como a) o b)– en los concursos abreviados (ved 8).

En diciembre de cada año, los colegios profesionales correspondientes (colegio de abogados, de economistas, etc.) entregan en los juzgados de lo mercantil la lista de los colegiados que, cumpliendo los requisitos exigidos, deseen ser nombrados administradores para el año siguiente. Con esta lista, el juez nombrará a los administradores al declarar el concurso, bien por sorteo en cada lista (y siguiendo luego el orden de lista), bien eligiendo a las personas que crea más competentes y adecuadas para cada concurso. La ley no impone si debe seguir el sistema de sorteo o de elección. Hay varios límites para el nombramiento, entre los que destaca que no se puede nombrar a una misma persona en más de tres concursos durante dos años seguidos (esto es para lograr una rotación, para que no siempre se elija a los mismos).

La ley regula bastantes cuestiones concretas acerca del régimen jurídico de los administradores, como las relativas al sistema de incompatibilidades y prohibiciones, la renuncia del administrador designado (sólo puede renunciar por causa justificada), la responsabilidad o la retribución.

En este último aspecto existe un desarrollo reglamentario mediante el RD 1860/2004. La retribución debe ser suficiente para que el administrador acepte su encargo, pero no excesiva con el fin de no suponer un coste desproporcionado para un patrimonio que ya pasa por dificultades de pago. La idea básica es que existe un mínimo que cobrar en todo concurso, más un importe variable en función de la cifra de activo y pasivo (a mayor activo y/o pasivo mayor trabajo y/o complejidad). En la reforma del DLey 3/2009 se creó un sistema de fondo de garantía para poder pagar a los administradores cuando el concurso no tiene siquiera masa suficiente para esto.

La Administración concursal tiene, muy básicamente, tres grupos de funciones:

1) deben autorizar las decisiones del deudor, en el caso de concurso voluntario, o sustituirle, en el concurso necesario (como se verá más adelante); por lo tanto, supervisan la gestión o gestionan la empresa, según los casos;

2) deben elaborar un informe concursal donde determinan la situación patrimonial y las causas del concurso (ved más adelante 4.4.), así como emitir informes en las decisiones importantes;

3) deben supervisar y gestionar el concurso: avisar a los acreedores, recibir comunicaciones, supervisar la liquidación si ésta se produce, etc. Lo iremos viendo a lo largo de los siguientes epígrafes.

### **3.2. Efectos sobre la capacidad de administración patrimonial del deudor**

La actividad empresarial del deudor se continúa como principio, bajo el régimen de sustitución o intervención que ahora veremos. Pero el juez puede acordar el cese de dicha actividad (por ejemplo, si ve que es totalmente perjudicial, que genera unas pérdidas importantes).

La regla general es que las facultades de administración de sus bienes se suspenden, siendo sustituido por los administradores, si el concurso es necesario (solicitado por los acreedores), y que las mantiene, pero debiendo contar con la autorización de los administradores, en el caso de concurso voluntario (pedido por el propio deudor). Sin embargo, el juez puede acordar también la sustitución en concursos voluntarios o la intervención en los supuestos de concursos necesarios. Así, la flexibilidad es la nota dominante en este régimen, en contraste con el automatismo legal del derecho anterior.

Si el deudor realiza algún acto por sí sólo, infringiendo las reglas de sustitución o intervención, el acto es anulable por los administradores (y no directamente nulo).

### **3.3. Efectos sobre la persona del deudor**

Cuando el deudor es persona física, los efectos personales en cuanto a limitaciones a la libertad de deambulación y al secreto de la correspondencia se establecen en la Ley Orgánica de Reforma Concursal, siendo el juez quien decida lo más conveniente a este respecto.

Cuando el deudor es persona jurídica, el artículo 48 LCon establece algunas especialidades. La más relevante, seguramente, es la posibilidad de embargarse bienes de los administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, si de lo actuado existen indicios de que el concurso será calificado como culpable y que la masa será insuficiente para lograr el pago de los créditos (en tales casos también pueden ser responsables de las deudas esos administradores y liqui-

dadores, como veremos). Aparte del concurso, sigue abierta la vía de ejercicio de las acciones que pueda haber contra administradores, auditores o liquidadores, en virtud de las normas societarias (art. 48.2 LCon).

### 3.4. Efectos sobre los créditos y acreedores

Uno de los efectos más importantes de la declaración es que ya no cabe iniciar acciones judiciales para cobrar los créditos y las acciones pendientes se suspenden. De esta manera, los acreedores no pueden cobrar de forma separada (excepto, como veremos, los titulares de derechos reales).

En cuanto a los créditos, como regla general, se suspende el devengo de intereses a los efectos del concurso, se interrumpen los plazos de prescripción y si, una vez declarado el concurso, se produce una situación conforme a la que el deudor es, recíprocamente, acreedor de un acreedor concursal, no se produce la compensación de créditos.

Si el deudor es, a la vez, acreedor de un acreedor suyo y esta reciprocidad de condición deudor-acreedor es anterior al concurso, no existe problema, pues se habrá producido ya la compensación antes del concurso.

El problema surge cuando, por ejemplo, el concursado es deudor de deuda ya vencida frente a *primus*, y, a su vez, *primus* es deudor de deuda aún no vencida frente al concursado, pero que vence tras la declaración de concurso. Cuando llegue este vencimiento, se producirá la situación de reciprocidad deudor-acreedor con posterioridad a la declaración de concurso. Si, en esta situación, la ley permitiera la compensación, en realidad estaría pagando su crédito (total o parcialmente) al acreedor. Por eso, la ley prohíbe o establece que no se produce compensación. El acreedor-deudor del concursado deberá pagar su deuda por entero, y para cobrar su crédito concurrirá con los demás acreedores.

### 3.5. Efectos sobre las garantías reales

Normalmente, los bienes más importantes están afectos en garantía real para el pago de las deudas de los acreedores profesionales (bancos, Estado, etc.). Por lo tanto, si estas garantías pudieran ser ejecutadas de forma normal, la masa de bienes quedaría muy disminuida y la satisfacción de los acreedores no profesionales, muy limitada.

La ley soluciona este problema estableciendo el siguiente sistema. Como regla general, las garantías reales persisten en la declaración de concurso. Si los bienes dados en garantía están afectos a la actividad empresarial del concursado, la posible ejecución de tales bienes se paraliza, como regla general, durante un año. La Administración concursal puede decidir pagar la deuda garantizada, con lo que "libera" así el bien de su garantía real y permite que siga afecto a la actividad empresarial, o, en caso de liquidación, que puedan liquidarlo los administradores y obtener una mayor rentabilidad. De esta forma, se permite a los administradores poder decidir lo más conveniente para los intereses de la masa, y se impone al acreedor tan sólo una suspensión por un plazo relativamente corto.

### 3.6. Efectos sobre los contratos pendientes de ejecución

Como regla general, los contratos pendientes de ejecución a la hora de declararse el concurso seguirán vigentes. Si cumplió el concursado, la contraparte (llamada parte *in bonis*) deberá cumplir su contraprestación. Si cumplió la parte *in bonis*, para recibir su contraprestación deberá acudir al concurso como un acreedor más. Si aún no ha cumplido ninguno, la Administración concursal decidirá si ejecuta el contrato por entero, para recibir la contraprestación, o si pide la resolución del contrato. En este segundo caso, el juez decidirá, tras oír a las partes, si resuelve o mantiene el contrato.

Los contratos laborales podrán rescindirse (despido colectivo) o modificarse sustancialmente las condiciones de trabajo (reducción de jornada, de salario, etc.); todo ello en función de lo que se decida en cuanto al cese de la empresa o a su continuación. En tales casos, los trámites varían respecto del "expediente de regulación de empleo", normalmente regulado en el ET.

El empresario concursado expone su postura y sus intenciones a los representantes de los trabajadores, y se entabla entre ellos un período de consultas. Después de ello, la autoridad laboral administrativa da su opinión acerca del acuerdo al que se haya llegado o, si no hubo acuerdo, acerca de qué postura –del empresario o de los representantes de los trabajadores– le parece más defendible. Finalmente, decide el juez del concurso (no la autoridad laboral, como establece el ET para los casos en los que no hay concurso). Si se está en desacuerdo con la decisión del juez del concurso, se recurre en suplicación ante la jurisdicción laboral.

En ciertos casos, cabe rehabilitar ciertos contratos que se hayan resuelto por impago poco antes de la declaración de concurso. Así, cabe rehabilitar una compraventa a plazos que haya sido resuelta por impago de los plazos si la resolución se llevó a cabo dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso. La Administración concursal podrá rehabilitar el contrato (y recuperar, así, el bien que, a causa de la resolución, tuvo que devolver al vendedor) siempre que pague los plazos debidos hasta ese momento y se comprometa a pagar por entero el resto de plazos a su vencimiento. Un régimen casi idéntico se establece para préstamos o créditos y para arrendamientos urbanos resueltos en los tres meses anteriores a la declaración de concurso.

### 3.7. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa del concurso

En cierta forma, la ley parte de una cierta "sospecha" de que el concursado haya podido realizar actos perjudiciales para la masa antes del concurso. Por eso se establece, como regla general, que los administradores podrán rescindir todos los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se habla de actos perjudiciales, con independencia de que haya habido ánimo fraudulento en su realización. Si supusieron una pérdida patrimonial, podrán rescindirse.

Si se rescinden, se recupera lo entregado, pero también hay que devolver lo que se recibió. Esto último, salvo que el tercero hubiera actuado de mala fe, en connivencia fraudulenta con el concursado y para perjudicar a los acreedores (en tal caso, ese tercero es un acreedor subordinado, como luego veremos).

En cuanto a la prueba del perjuicio, éste se presupone en ciertos casos, y no cabe demostrar lo contrario (por ejemplo, cualquier donación, salvo las liberalidades de uso). En otros supuestos, la ley presume que existe perjuicio, pero el deudor podría probar que no lo hubo (por ejemplo, constituir una garantía real a favor de una obligación ya existente). En todos los demás casos, la Administración concursal deberá demostrar el perjuicio al impugnar el acto.

En esta materia, el DLey 3/2009 ha introducido el matiz de que ciertas refinanciaciones pactadas con el deudor no se podrán rescindir si luego el deudor cae en concurso (aunque se pudiera demostrar que han sido perjudiciales). Para ello, tales refinanciaciones deben cumplir una serie de requisitos (disp. adic. 4.ª LCon). De esta forma, las entidades de crédito pueden refinanciar deuda, con ciertos requisitos, sin el peligro de que luego esos negocios se vean rescindidos si el deudor cae en concurso.

Los requisitos son, básicamente cuatro: a) la elaboración de un plan de viabilidad por parte del deudor que pidió la refinanciación; b) la emisión de informe por un experto independiente (nombrado por el registrador mercantil) acerca de lo razonable o irrazonable del plan de viabilidad (no se exige que el informe sea favorable, sólo que exista tal informe, esto es, que los acreedores voten conociendo un criterio acerca de la viabilidad de la recuperación del deudor); c) la aceptación de la refinanciación por acreedores que representen tres quintas partes del pasivo del deudor; d) la formalización del acuerdo en instrumento público.



## 4. Fase común

### 4.1. La fase común

Una vez declarado el concurso, intervenida la actividad del deudor y paralizadas posibles ejecuciones contra su patrimonio, hay que determinar cuál es la situación de la empresa, para luego poder decidir qué solución tomar. Por eso, tras la fase de declaración en el proceso, se tramita una "fase común" para todos los concursos, en la que se determina cuántos bienes (masa activa) y cuántas deudas (masa pasiva) hay. Tras esta fase común, conociendo ya la situación del patrimonio, deudor y acreedores podrán decidir si intentan un convenio o si van a la liquidación. Tras la fase común se abre la fase de convenio o la de liquidación.

### 4.2. Masa activa del concurso

Para determinar la masa activa, la Administración Concursal debe pasar de la "masa de hecho" a la "masa de derecho". La masa de hecho la constituyen los bienes que, de hecho, están en poder del concursado al ser declarado en concurso. De ella hay que: a) "sacar" los bienes que no son suyos (a esta operación se le denomina "separación" los propietarios de bienes que estén en poder del deudor solicitarán que les sean entregados; por ejemplo, bienes que el deudor tiene en *leasing*, y, por lo tanto, son de la empresa de *leasing*, o bienes que tiene en mandato de venta); b) "reintegrar" bienes que han salido y que deberían seguir en su poder; se trata de los actos perjudiciales para la masa que vimos en el apartado 3.7; de esta forma se obtiene la masa de derecho: están todos los bienes del deudor y sólo los bienes del deudor. En todo caso, los bienes inembargables del deudor no se incluyen en la masa activa (arts. 76.2 LCon y 605-607 LEC).

Determinada la masa de derecho mediante un inventario de los bienes, es preciso valorarla. Para ello se realiza un avalúo de los bienes. Si es preciso, la Administración concursal puede pedir a terceros técnicos en la materia que valoren bienes concretos, que por su complejidad o naturaleza no puedan ser valorados en su justo precio por una persona no especialista en la materia. El coste de esos expertos independientes corre a cargo de la Administración concursal.

### 4.3. Créditos contra la masa

Con carácter general, los créditos contra la masa son créditos generados por el propio concurso (gastos judiciales, de publicación, retribución de los administradores, etc.) o por la continuación de la actividad del concursado (esto es, créditos o decisiones postconcursoales).

Su principal característica es que se pagan por entero y con carácter previo al pago de la mayoría de los acreedores concursales (esto es, de los acreedores por créditos generados antes del concurso). La única excepción es la de los créditos con privilegio especial: los bienes dados en garantía se venden; con el producto de la venta se paga primero a los acreedores garantizados, y, sólo si sobra algo, se destinará a pagar deudas de la masa.

El elenco de deudas de la masa está en el artículo 84 LCon:

- 1) Los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, con un límite (el doble del SMI). Esta inclusión se realizó por razones de simple política legislativa: no son créditos generados por el concurso ni postconcursoales, pero se trata de proteger con un mínimo a los trabajadores, dado que el salario es para ellos un crédito de subsistencia.
- 2) Las costas y gastos judiciales creados por el concurso, y las costas y gastos judiciales originados por los juicios que se continúen o inicien en interés de la masa.
- 3) Los alimentos del deudor y de las personas respecto a quienes tuviera el deber legal de prestarlos (cónyuge separado o divorciado, hijos, etc.).
- 4) Las deudas generadas por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (que, como vimos, se continúa, como regla general) y las obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento concursal por el concursado y/o la Administración, según el régimen de intervención o sustitución acordado.
- 5) Las prestaciones a cargo del concursado en los contratos pendientes de ejecución que no se resuelvan por la Administración concursal (ved apartado 3.6); las prestaciones por rehabilitación de contratos de venta a plazos, crédito o arrendamiento (ved apartado 3.6), y las prestaciones generadas por la rescisión concursal de los actos perjudiciales para la masa (ved apartado 3.7.).
- 6) Las obligaciones nacidas de responsabilidad extracontractual después de la declaración de concurso.
- 7) Cualesquiera otros créditos a los que la LCon atribuye tal consideración (por ejemplo, la retribución de la Administración concursal).

Como se aprecia, aunque es lógico considerar a todos estos créditos como contra la masa, pagaderos al 100%, suponen un gravamen muy importante para un patrimonio que ya de por sí es insuficiente para pagar las deudas. Por eso, cuando la insolvencia es muy alta, a veces se prefiere no instar el concurso, pues las deudas de la masa agotan el poco patrimonio existente y los acreedores se quedan sin cobrar nada.

Durante el procedimiento, la Administración va informando acerca del importe de las deudas de la masa ya generadas, para saber hasta qué punto se sigue endeudando el concursado (y para no continuar el procedimiento si los costes del mismo ya han agotado el activo del deudor).

#### **4.4. Masa pasiva del concurso**

##### **4.4.1. Determinación de la lista de créditos**

Para fijar la lista de créditos se realizan los siguientes pasos. En primer lugar, se abre un periodo de comunicación de créditos: el mes siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso. En este plazo, los acreedores pueden comunicar sus créditos y adjuntar los documentos demostrativos de su existencia, cuantía y graduación (a esta comunicación se le suele llamar "insinuación").

La Administración concursal elabora una lista de créditos teniendo en cuenta las comunicaciones y documentos presentados por los acreedores, pero también la documentación del deudor (esto es, pueden reconocer como acreedor a alguien que no se haya insinuado. Es más, deben hacerlo si esa condición de acreedor se desprende claramente de la documentación del deudor).

Los acreedores o los terceros pueden impugnar la lista provisional elaborada por la Administración, solicitando la inclusión o exclusión de un crédito, o la modificación de su cuantía o su graduación. Cada impugnación se tramita (con fase de alegaciones, prueba, etc.) y se resuelve por el juez del concurso.

Por último, con el resultado de las impugnaciones, se modifica la lista provisional y se determina la lista definitiva. Aunque la sentencia del juez del concurso se puede recurrir en apelación, el concurso sigue adelante sin esperar el resultado de ésta. A los efectos del concurso, por lo tanto, la lista es definitiva.

##### **4.4.2. Graduación de los créditos**

La *par condicio creditorum* no es del todo cierta. Todos los acreedores se someten a un procedimiento igual, pero no todos están en igual posición. La ley gradúa los créditos en función de una serie de criterios. Es importante apreciar que lo que se gradúa u ordena son los créditos, y no los acreedores. Es muy común que un mismo acreedor sea titular de varios créditos con distinta graduación (por

ejemplo, créditos con privilegio general, cuyos intereses devengados antes del concurso son, a su vez, créditos subordinados). En estos casos, respecto a cada grupo de créditos, actuará conforme a su graduación y cuantía. Los créditos se agrupan en cuatro grados.

**1) Créditos con privilegio especial.** Son los que tienen constituida una garantía real para el pago de su importe. Así, los créditos hipotecarios (hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, hipoteca naval, etc.), los garantizados con anticresis, los refaccionarios, los garantizados con valores representados mediante anotaciones en cuenta y los garantizados con prenda constituida en documento público, o con prenda de créditos que conste en documento con fecha fehaciente; también los créditos por cuotas de *leasing* o plazos de compraventa a plazos, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio.

Así, parece que la empresa de *leasing*, o el vendedor a plazos con reserva de dominio pueden actuar de dos maneras: como propietario, "sacando" el bien de la masa, o como acreedor con privilegio especial, instando la venta del bien y cobrándose con el producto de la misma.

La anticresis es una figura bastante inusual, en la que los frutos de una finca (la cosecha, la fruta, etc.) se afectan al pago de una deuda.

Los créditos refaccionarios son aquellos donde la ley considera que el constructor de un bien tiene preferencia para cobrar por la construcción sobre el precio que se obtenga por ese bien. En el ámbito concursal es relevante que los trabajadores tienen preferencia para cobrar sobre los bienes por ellos elaborados.

Estos créditos se cobran con preferencia a todos los demás, y respecto del producto de la venta de los bienes afectos al pago de la deuda. Si sobra dinero de la venta de tales bienes, se incorpora a la masa; si falta dinero, por la parte no cobrada, el acreedor irá como un acreedor más, con el rango que corresponda a su deuda. Además, estos créditos no quedan vinculados por un posible convenio, salvo que sus titulares voten a su favor.

**2) Créditos con privilegio general.** Estos créditos se cobran con preferencia a los ordinarios y subordinados; y, además, cada "subrango" es preferente al siguiente: los acreedores privilegiados del número 1 cobran por entero, y, sólo cuando se les ha pagado, puede empezar a satisfacerse a los acreedores privilegiados del segundo escalón, y así sucesivamente. Además, no quedan vinculados por un posible convenio, salvo que los acreedores titulares del crédito voten a favor de tal convenio.

En esta graduación se encuentran en primer lugar los **créditos por salarios**, por indemnizaciones de extinción del contrato o por indemnizaciones de accidente laboral, con una serie de límites. Se trata, obviamente, de salarios o indemnizaciones devengadas antes del concurso (los que se generan después son deudas de la masa. Hay que recordar, además, que los de los treinta días anteriores al concurso ya se habrán pagado como deudas de la masa).

En segundo lugar, se pagan los **créditos por retenciones tributarias y de Seguridad Social** debidos por el concursado (esto es, el concursado retuvo a sus trabajadores ese dinero de sus nóminas, como estipula la ley, pero luego no lo ingresó en Hacienda o en la Seguridad Social).

En tercer lugar se encuentran los **créditos por trabajo personal no dependiente o por cesión de derechos económicos de propiedad intelectual**, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

### **Ejemplo**

En el primer caso se trataría de los agentes mercantiles del empresario concursado, por ejemplo, que no son trabajadores dependientes pero desarrollan un trabajo personal. El creador intelectual contratado por el empresario no es un trabajador dependiente, pero su labor personal es parecida a la del asalariado. Por eso, aunque no se les equipara a los asalariados, sí se les privilegia.

En cuarto lugar, tenemos los **créditos tributarios**, de Seguridad Social y demás de derecho público; pero para los tributarios y de Seguridad Social, sólo hasta la mitad de su importe.

En quinto lugar se sitúan los **créditos por responsabilidad civil extracontractual**. Si esa responsabilidad no estaba asegurada, cobrarán en cuarto lugar, junto con los créditos de derecho público.

Esto es, si la responsabilidad estaba asegurada, el perjudicado cobrará del seguro; y la compañía aseguradora, al ejercitar su derecho de repetición, cobrará en este quinto lugar. Pero si la responsabilidad no estaba asegurada, el perjudicado cobrará en cuarto lugar, junto con los créditos de derecho público.

Por último, se encuentran los **créditos del acreedor** que instó el concurso que no tengan el carácter de subordinados, con un límite: la cuarta parte de tales créditos (los otros tres cuartos serán crédito ordinario). Se trata de un "premio" al acreedor que instó el concurso y que impidió un agravamiento de la insolvencia del deudor (insolvencia que se ha demostrado).

**3) Créditos ordinarios.** Los que no son privilegiados ni subordinados. Se cobran después que aquéllos y antes que éstos, y tienen derecho de voto en la junta para el convenio.

**4) Créditos subordinados.** Estos se cobran con postergación respecto a todos los créditos privilegiados y ordinarios (en definitiva, que no les llega para cobrar nada). Además, cada rango de acreedores subordinados cobra con preferencia respecto al siguiente y con postergación respecto al anterior. Los acreedores titulares de estos créditos no pueden votar el convenio (pese a que la propuesta de convenio puede tener aspectos referidos específicamente sólo a acreedores subordinados).

Los supuestos son siete:

1) Créditos comunicados tardíamente, cuya existencia no se dedujera de manera inequívoca de la documentación del deudor. Si se comunican tardíamente, aunque se incluyan en la lista, será como subordinados.

2) Créditos que se han pactado como subordinados.

### **Ejemplo**

Es bastante común que las empresas emitan "deuda subordinada" mediante obligaciones, pagarés de empresa, etc. Se trata de títulos que otorgan a su titular el derecho a unos intereses y a la devolución del principal, pero donde se pacta que sólo se pagarán después de satisfacer las deudas "ordinarias" de la sociedad. De esta forma, a los demás acreedores de la empresa (sobre todo, bancos) no les perjudica esta emisión, pues no va a dificultar el pago de sus créditos, y los suscriptores están seguros de que los títulos se van a pagar, dada la solvencia de la empresa.

3) Créditos por intereses (se entiende, intereses devengados antes del concurso; declarado el concurso, no se devengan más intereses), salvo los intereses de deudas garantizadas con garantía real, que se cobrarán en el concurso hasta donde alcance el bien afecto al pago.

4) Créditos por multas y sanciones (obviamente, no incluye las indemnizaciones, que son un concepto distinto).

5) Créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado. Son personas allegadas al concursado persona física (familiares cercanos, cónyuge, etc.), o socios con participación relevante, o administradores del concursado persona jurídica (ved art. 93 LCon). La ley les subordina por su proximidad "personal" y, en cierta forma, "afectiva" al concursado, y también por una cierta sospecha de fraude (ya que, normalmente, los sujetos en crisis económica ponen bienes a nombre de sus allegados, desvían fondos, etc.).

Posiblemente, esto dificulte la financiación de las empresas familiares y pymes, pues los familiares del empresario individual y los socios mayoritarios ven desincentivado el realizar un préstamo a la empresa que pasa por dificultades.

6) Créditos por la rescisión de actos perjudiciales para la masa (ved lo dicho en el apartado 3.7), cuando el tercero sea de mala fe (se le devuelve lo que él entregó a la masa, pero sólo en último lugar si se ha podido pagar antes a todos los demás acreedores).

7) Créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas de los artículos 61, 62, 68 y 69 LCon si el juez constata que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato.

## **4.5. Informe de la Administración concursal**

El informe de la Administración concursal es una de las claves del concurso, pues en él se determina claramente cuál es la situación del patrimonio del concursado (activo, pasivo, causas del concurso, etc.). El plazo para su reali-

zación es de dos meses, contados desde que hayan aceptado dos de los tres administradores. Excepcionalmente, cabría prorrogar, como máximo, por un mes más si concurren circunstancias extraordinarias (art. 74 LCon).

El informe contendrá:

- a) análisis de los datos presentados por el deudor,
- b) estado de la contabilidad del deudor y juicio sobre sus cuentas,
- c) memoria de las principales decisiones y actuaciones de la Administración concursal. Al informe se unen, además, el inventario de la masa activa y la lista de acreedores.

Ese informe "inicial" es objeto de publicidad en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. En un plazo de diez días desde tal publicación se puede impugnar el inventario (para incluir o excluir bienes o para pedir una valoración distinta a la que figura ahí), así como la lista de acreedores (incluir o excluir acreedores, o modificar la cuantía o graduación de los incluidos). La impugnación la resuelve el juez del concurso, y frente a su decisión cabe recurso de apelación, pero no se espera al resultado de éste. El concurso continúa con el inventario y la lista según resulten de la decisión del juez al resolver las impugnaciones.

## 5. Fase de convenio

### 5.1. Procedencia y contenido del convenio

La fase de convenio constituye una de las dos vías de continuación del proceso concursal. Hasta ese momento, el procedimiento es común, indiferente a que se proceda a pactar un convenio o a realizar una liquidación. Pero, conocida la situación patrimonial del deudor, hay que resolver qué vía se sigue: el convenio (si se considera que la situación es reversible) o la liquidación (si se acepta que no hay solución a la crisis patrimonial). En el caso de que ninguna de las partes pida expresamente seguir una u otra vía, la ley opta por intentar primero el convenio, dado que es la vía "reversible" (si no se acepta un convenio siempre cabrá acudir a la liquidación; pero si se optara por liquidar, desde luego, ya no cabría convenir).

Se abrirá la fase de convenio si el deudor o los acreedores, como luego veremos, presenten una propuesta de convenio y si el deudor no pide la liquidación ni tampoco se han presentado propuestas de convenio. Esto es, si nadie dice nada, el juez abre de oficio la fase de convenio (para que se presenten propuestas en el plazo que luego se dirá). Por último, no procede abrir esta fase si el deudor pide la liquidación (lo puede hacer ya desde un principio, incluso con la solicitud de concurso).

Uno de los aspectos más relevantes de la nueva regulación es la limitación de los posibles contenidos del convenio. Frente a la libertad de contenidos del derecho derogado, el artículo 100 impone ciertos límites:

- Respecto a los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder la mitad del importe de cada uno de ellos ni las de espera pueden exceder los cinco años (parece que, respecto a los subordinados, sí puede superar esos límites).
- No cabe proponer cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago ni cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado.
- No cabe alterar la graduación de los créditos.

Aparte de estas prohibiciones, el legislador "apunta" posibles contenidos; así, cabe realizar propuestas alternativas (esto es, una solución A y, si no parece adecuada, una solución B), y puede haber proposiciones de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales.



Fuera de estas prohibiciones, y además de esas soluciones posibles, cabe acordar cualquier contenido del convenio que no sea contrario a normas imperativas, por ejemplo, continuar la actividad empresarial bajo la supervisión o control de representantes de los acreedores, etc.

## 5.2. Convenio anticipado

La propuesta anticipada de convenio es una vía de finalización rápida del concurso cuando ya las conversaciones para el mantenimiento de la empresa con los acreedores estén en una vía avanzada. Pero no todos pueden presentarla, pues esta vía queda prohibida para ciertos deudores.

No podrán presentar esta propuesta los deudores que hayan sido condenados por sentencia firme por ciertos delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores; y en el caso de personas jurídicas, si los condenados han sido sus administradores o liquidadores) y los que hayan incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

A estos deudores no se les impide proponer convenio, o llegar a un convenio. Se les impide convenio anticipado, porque, dado que no son deudores muy "escrupulosos", es mejor discutir un convenio en junta y con pleno conocimiento del informe de la Administración concursal.

El deudor puede presentar una propuesta anticipada de convenio, siempre que esté avalada por la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados que supongan una quinta parte del pasivo. Los administradores concursales realizarán un informe sobre la viabilidad de la propuesta. Tras estos trámites, los restantes acreedores pueden manifestar su adhesión a la propuesta antes de que finalice el plazo de impugnación del informe de los administradores. De esta forma, cuando quede finalizada la fase común del concurso, el juez comprobará si las adhesiones formuladas, junto con las iniciales que avalaban la propuesta, cumplen las mayorías necesarias para la aprobación del convenio, y lo aprobará en tal caso.

## 5.3. Convenio ordinario

En la fase de convenio pueden presentar propuestas de convenio el deudor o los acreedores que representen en total un quinto del pasivo. También puede mantenerse la propuesta de convenio anticipado si no se logró su aprobación en la fase común.

El plazo para hacer propuestas es hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta. Los administradores concursales emitirán un informe sobre cada una de las propuestas presentadas. Si no se formula ninguna, el juez abre la vía de la liquidación.

La junta de aprobación del convenio se convoca por el juez al abrir la fase de convenio, dentro de los dos o tres meses desde que se abre la fase de convenio. Si el número de acreedores excede de 300, se podrá acordar por el juez la tramitación escrita del convenio, en vez de hacerlo en junta (para la tramitación escrita, ved el artículo 115 bis de la LCon).

A estos efectos de la aprobación del convenio, los acreedores privilegiados no quedan vinculados por él, salvo que voten a su favor (esto es, pueden abstenerse de acudir a la junta, o incluso acudir y votar en contra, o no votar; sólo les vincula si votan a favor). Los titulares de créditos ordinarios tienen derecho de voto y los titulares de subordinados no.

### **Ejemplo**

No es raro que un acreedor privilegiado esté interesado en votar a favor; por ejemplo, Hacienda o la Seguridad Social (esto es, el poder público), que prefieren que la empresa no cierre y mantenga sus empleos; o un acreedor privilegiado que también tiene créditos ordinarios y quiere que se apruebe un convenio para cobrar éstos.

Como regla general (ved art. 124 LCon), la mayoría precisa para la aprobación es la mitad del pasivo ordinario del concurso (incluidos en tal pasivo ordinario los acreedores privilegiados que voten a favor).

Aprobado el convenio en la junta o en la tramitación escrita, puede ser impugnado por los administradores concursales o por los acreedores que no votaron a favor en la junta, fundándose en la infracción de normas legales, pero no en razones de posible conveniencia o justificación del contenido del convenio. Resuelta por el juez del concurso la impugnación, desestimándola, o a falta de impugnación, lo que procede es la aprobación del convenio por el juez.

## **5.4. Efectos del convenio**

El convenio aprobado supone una "novación" de las deudas: lo debido hasta entonces se debe ahora con las quitas y/o esperas pactadas, o con las condiciones establecidas en el convenio. El concurso aún no ha acabado, sino que entra en una fase de "cumplimiento del convenio".

Si el convenio se cumple (el deudor acaba pagando lo pactado en los plazos establecidos, por ejemplo), el juez dictará finalmente auto de conclusión del concurso. Si el convenio se incumple, cualquier acreedor puede pedir la declaración judicial de incumplimiento, que dará lugar a la apertura de la fase de liquidación.

Si alguna de las deudas concursales estaba afianzada, en caso de convenio, el acreedor podrá ir contra el fiador por el total de la deuda si no votó a favor del convenio (el cual le vincula, pero sólo en cuanto a la obligación del deudor,

no del fiador); pero si votó a favor, la ley entiende que lo pactado (una quita, espera, etc.) afecta también al fiador y no podrá ya reclamarle el total de la deuda, o en el plazo inicialmente pactado.

## 6. Fase de liquidación

Procede abrir la fase de liquidación: a) si lo solicita el deudor; b) si en la fase de convenio no se han presentado propuestas de convenio; c) si en la fase de convenio no se ha podido aprobar ninguna de las propuestas presentadas; d) si, aprobada una propuesta de convenio, el convenio se ha incumplido. Como se aprecia, y en resumen: si lo pide el deudor o si no se llega a aprobar un convenio.

Como características más relevantes de esta fase, hay que destacar:

1) Los administradores deben presentar un plan de realización de bienes; el cual es puesto de manifiesto al deudor, a los acreedores y a los trabajadores para que realicen las alegaciones que crean convenientes. Tras este plazo, el juez aprobará el plan propuesto o sus modificaciones. El DLey 3/2009 ha añadido al articulado la posibilidad de que el deudor presente una propuesta de liquidación anticipada, sobre que informan los administradores concursales y pueden formular observaciones las partes interesadas, tras lo que el juez aprobará dicha propuesta íntegramente o con modificaciones.

2) Como regla general se intentará la realización unitaria del conjunto de establecimientos o unidades productivas, con lo que se evitará así que la venta de bienes de forma unitaria suponga una depreciación del valor conjunto y la pérdida del valor del fondo de comercio.

3) Se dará preferencia a las ofertas que propongan la continuación de la actividad empresarial (por ejemplo, un empresario del mismo sector que adquiera la empresa entera y vaya a continuar la actividad con productos de sus propias marcas).

Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que haya finalizado, el juez, a petición de una parte, podrá separar a los administradores, por lo que éstos perderán su derecho a la retribución (la separación procederá si considera que la dilación no está justificada).

El pago de los créditos se realizará de acuerdo con su graduación, conforme a las reglas que ya hemos expuesto. Primero, los bienes afectos en garantía real se venden y, con el producto de la venta, se paga a los acreedores con privilegio especial. Si sobra, va a la masa. Después, conforme se van vendiendo bienes y logrando dinero, se pagan las deudas de la masa. A continuación, a medida que se van vendiendo bienes y logrando dinero, se paga a los acreedores privilegiados; después, a los ordinarios; y por último, los subordinados. En cada

grupo, se va pagando "escalón" por "escalón". No se pasa al escalón siguiente hasta pagar por entero el anterior. Si no hay suficiente para pagar un escalón entero, se paga a todos los acreedores por igual a prorrata.

## 7. Calificación

La calificación del concurso procede en los casos de aprobación de un convenio con quita superior a un tercio del importe de los créditos (o espera de más de tres años) y en los de apertura de fase de liquidación. Como se aprecia que la situación económica es realmente mala, se considera que debe indagarse si existió culpa del deudor en esa situación de insolvencia.

La calificación puede ser de fortuito o culpable. Será calificado de culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes (ved art. 164 LCon, donde se recogen supuestos que se consideran como acreditativos de ese dolo o culpa).

Si se califica el concurso como culpable, se determinará las personas a quienes afecte (deudor persona física y familiares, por ejemplo; administradores societarios del deudor, por ejemplo), con las siguientes consecuencias: a) se les inhabilitará durante un plazo de entre dos a quince años para la administración de bienes ajenos; b) pierden los derechos que pudieran tener como acreedores concursales y deben devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente; c) tiene especial importancia la norma según la que, en casos de concurso culpable y de liquidación que no baste para pagar a los acreedores, el juez podrá condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, actuales o que lo hayan sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso, al pago de todo o parte de lo que falte por cubrir.

El juez "podrá" condenar; no es obligatorio. Lo hará si observa que alguno/s de los administradores ha sido especialmente negligente en la gestión o se ha enriquecido a costa de la empresa que ha dejado en la ruina, etc. Por eso, la ley otorga al juez una amplia libertad, para que pueda apreciar quién ha sido realmente el culpable (puede ser un administrador de hecho –el socio mayoritario, por ejemplo, que formalmente no está nombrado administrador pero maneja de hecho la empresa–; y aunque haya cesado antes del concurso, intentando "escapar", no se librárá si fue administrador en los dos años anteriores al concurso).

## **8. Algunas cuestiones procesales y de derecho internacional privado**

El título VIII de la Ley Concursal recoge una regulación de ciertas cuestiones procesales generales. De entre ellas, cabe destacar las siguientes. Se establece un "procedimiento abreviado", que procede si el concursado es persona física o persona jurídica que pueda presentar balance abreviado, y si el pasivo no es superior a 10 millones de euros. Como resultará un concurso sencillo, los plazos se acortan a la mitad, y la Administración concursal la integrará un solo miembro (que debe ser abogado, auditor, titulado mercantil o economista; no puede ser un acreedor). Esa es la regla, si bien el juez puede, apreciando motivos especiales, nombrar a tres administradores.

La ley establece un procedimiento especial para tramitar todas las decisiones, impugnaciones, etc. que se planteen durante el concurso. Es el llamado "incidente concursal". Este procedimiento tiene sus fases de demanda, audiencia de las partes, prueba, etc. Básicamente, es como el juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, se crea un registro público concursal, que será accesible de forma gratuita en Internet y publicará todas aquellas resoluciones concursales que exige la ley. De esta forma, se da publicidad y la posibilidad de generar el conocimiento de la existencia y del devenir de los procesos concursales.

El título IX de la Ley Concursal, finalmente, regula las cuestiones de derecho internacional privado. Un concurso español respecto a un deudor con bienes en España puede afectar a bienes que están en el extranjero; o un concurso declarado en el extranjero puede afectar a bienes de ese deudor situados en España. Ese tipo de cuestiones son las reguladas, así como el reconocimiento en España de procedimientos concursales tramitados en el extranjero.

## Resumen

El derecho concursal regula la situación en la que un deudor con varios acreedores no puede pagarles al vencimiento de sus créditos. En este caso, hay que evitar que unos acreedores cobren, en primer lugar, todo su crédito y los posteriores no tengan nada para cobrarse. Si ya se conoce desde ahora que no van a poder cobrar todos, sería injusto que se vean satisfechos de forma desigual. La declaración del concurso evita que los acreedores puedan cobrar su crédito de forma separada: todos quedan sometidos a un mismo y único procedimiento. El deudor, por su parte, ya no va a poder actuar libremente, sino que verá intervenida su actividad, o incluso serán los administradores concursales quienes tomen las decisiones patrimoniales.

En la fase común del concurso se determinará cuál es la situación real de la insolvencia o iliquidez del deudor: el inventario y valor de los bienes que componen el activo; el alcance y valor de las deudas, que componen el pasivo, así como el orden de cobro de los acreedores (que, además, determina si quedan vinculados, en su caso, por el convenio) y las causas de la insolvencia. Esto lo determina la Administración concursal en su informe. A partir de él, los acreedores y el deudor conocerán con objetividad cuál es el patrimonio de éste.

A partir de ese momento, hay que decidir si se intenta un convenio o si se acude a la liquidación. Si el deudor no pide la liquidación, se intenta llegar a un convenio, con lo que puede haber varias propuestas que, normalmente, se votan en una junta general de acreedores. Si no se propone o aprueba ningún convenio, o si lo pide directamente el deudor, se acudirá a la vía de liquidación de los bienes, con el fin de pagar lo que se pueda. En esta liquidación se intentará una venta del patrimonio del deudor como un conjunto y se pagará a los acreedores por orden de su graduación.



## Actividades

1. Acudid a la web del Registro Público Concursal, [www.publicidadconcursal.es](http://www.publicidadconcursal.es), mirad los distintos campos y descargad la "Estadística concursal" correspondiente. Leed el documento, e id comprobando cómo son, en la realidad, los concursos: tamaño de las empresas, porcentaje de concursos que acaban en convenio o en liquidación, duración de los mismos, etc.
2. Recopilad noticias en periódicos o en Internet acerca de declaraciones de concurso de empresas. Recopilad, también, noticias sobre declaraciones de concurso de personas físicas, de consumidores y de matrimonios (en realidad, concursos acumulados de ambos cónyuges), e intentad comprender si interesa o no a una persona física insolvente y a sus acreedores ser declarada en concurso.
3. Leed el artículo 34 LCon y el Real decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Calculad cuál es la retribución de cada administrador en un concurso y estableced el importe de activo y pasivo que creáis conveniente.
4. Suponed que un deudor pide el concurso, y con las cuentas que él presenta se determina que el valor de sus activos es 0 (no tiene saldos positivos en sus cuentas bancarias ni bien alguno a su nombre; sólo deudas). Razonad si, en esa situación, procedería declarar el concurso, y, si se declara, cómo se pagaría a los administradores concursales. Podéis ver al respecto, con soluciones contrapuestas, AAP La Rioja (secc. 1.ª) de 22 de marzo del 2007, o AAP Murcia de 30 de enero del 2006 frente a AAP Barcelona (secc. 15.ª) de 15 de mayo y 3 de abril del 2008, además de la monografía de Gadea/Navarro/Sacristán, *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura* (2010), La Ley.
5. Tomad como base una empresa familiar estándar y elaborad una lista de las posibles deudas que pueda tener: créditos hipotecarios para adquirir la nave, salarios adeudados a los trabajadores, créditos bancarios, deudas a proveedores, deudas a los socios, a familiares de los socios, deudas por intereses, etc. Después, "graduad" el orden de esos créditos en función de los criterios de los artículos 84 y 90 a 92 de la LCon.
6. Habiendo realizado la graduación que se plantea en el punto anterior, determinad qué créditos tendrán voto para aprobar o denegar el convenio. Razonad si, de aprobarse un convenio, éste les vincularía.
7. Habiendo realizado la graduación que se plantea en el punto 5, suponed que se sigue la vía de la liquidación y que existe un pasivo inferior al activo (fíjalo en la cuantía que deseéis). Determinad en qué orden se pagará cada crédito y quién se quedará sin cobrar (o cobrará menos que el importe total).
8. Leed los artículos 164 y 165 de la LCon. De acuerdo con ellos, considerad en qué casos una insolvencia podría ser calificada de "fortuita".

## Ejercicios de autoevaluación

1. Supongamos un deudor persona física concursado, respecto a quien el juez del concurso ha decretado la "intervención" de sus facultades (y no la "suspensión"). Esta persona, por sí sola y sin autorización del administrador concursal, adquiere una máquina de fotografía digital que le cuesta 300 euros. ¿Se trata de un negocio válido?
2. Un acreedor hipotecario a quien no se le ha pagado su deuda ha ejercitado ya la ejecución del bien hipotecado presentando la demanda en el juzgado. En ese momento, se declara el concurso del deudor. ¿Qué efectos tendrá sobre la ejecución ya iniciada?
3. Habiéndose celebrado una compraventa y antes de enviar los bienes y pagarse el dinero, el comprador es declarado en concurso. ¿Debe ejecutarse el contrato?
4. Una empresa entrega todos los años a sus empleados, en Navidades, una cesta con productos típicos navideños. El año pasado, este regalo supuso un coste de 3.000 euros. Se ha declarado el concurso de la empresa en julio del año siguiente. ¿Podrá rescindirse el acto?
5. A los trabajadores de la empresa concursada se les adeudan los salarios de los últimos tres meses anteriores a la declaración de concurso. ¿Cómo serán calificados sus créditos?
6. Considerad el caso del socio de una pequeña sociedad de responsabilidad limitada que, para ayudar a ésta, le presta dinero a un interés muy bajo, garantizando la devolución con

una hipoteca sobre un inmueble de la empresa. Declarado el concurso de dicha empresa, ¿cómo se graduará el crédito hipotecario del socio?

7. Los acreedores de una sociedad anónima concursada advierten que el activo de la misma es claramente insuficiente para pagar sus créditos. Aparte de seguir adelante con el concurso, ¿qué otras vías podrían utilizar para obtener la satisfacción de sus créditos?

8. En el concurso de una empresa, los créditos privilegiados suponen un millón de euros; los ordinarios, un millón de euros, y los subordinados, millón y medio de euros. En la junta de aprobación del convenio votan a favor de la propuesta de convenio del deudor (que supone un perdón del 40% de los créditos) créditos privilegiados que suponen un importe de 300.000 euros y créditos ordinarios que suponen un importe de 360.000 euros; en contra: privilegiados que suponen 200.000 euros y ordinarios que suponen 480.000 euros. ¿Hay mayoría suficiente para la aprobación?

9. En una empresa concursada acaba de abrirse la fase de liquidación. A los administradores concursales llega una oferta importante de compra de la empresa como un conjunto, por un precio muy bueno. ¿Pueden los administradores, sin más trámite, aceptar esa oferta?

10. En una empresa concursada existen créditos contra la masa aún no pagados por importe de 100; un crédito hipotecario sobre la nave empresarial por importe de 500; créditos privilegiados generales del número 1.º por importe de 100; créditos privilegiados generales del número 2.º por importe de 300; créditos ordinarios por importe de 1.000, y créditos subordinados por importe de 400. Se han vendido los bienes en fase de liquidación, con lo que se han obtenido 600 por la nave empresarial y 300 por el resto. ¿Cómo se repartirá el dinero?

## Solucionario

### Ejercicios de autoevaluación

1. Habría que distinguir lo siguiente. Si ha adquirido la máquina con el dinero que le corresponde por inembargable (el equivalente al salario mínimo interprofesional), cabe pensar que a esos bienes no les afecta el concurso ni las limitaciones a la capacidad de obrar del deudor. Si adquirió la máquina con dinero correspondiente a la masa activa del concurso, el negocio es anulable. Sólo puede instar la nulidad el administrador concursal, ejercitando un incidente concursal (ved art. 40.7 LCon).
2. La declaración de concurso paraliza las ejecuciones individuales con carácter general. Si el deudor es una empresa o un profesional y el bien hipotecado está afecto a la actividad empresarial o profesional, la ejecución quedará paralizada hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 LCon). Si no está afecto a esas actividades, la ejecución se paralizará igualmente, pero podrá reanudarse en cuanto se determine esa no afección (art. 56.2 LCon).
3. La declaración de concurso no resuelve los contratos pendientes de ejecución. Las dos partes siguen obligadas a cumplir: el vendedor, con la entrega, y el comprador/concursado, con el pago íntegro. Pero la Administración concursal o el concursado, según los casos, podrán solicitar del juez del concurso la resolución si la estimaren conveniente para el interés del concurso. El juez decidirá si se resuelve o no (ved art. 61.2.2 LCon).
4. En principio, el acto es rescindible, pues ha supuesto un perjuicio patrimonial para la empresa (ha gastado 3.000 euros sin obtener nada a cambio). Sin embargo, la ley parece considerar que las "liberalidades de uso" no son rescindibles (ved art.71.2 LCon), o, al menos, cabe demostrar que no han supuesto un perjuicio real a la empresa. Por otra parte, resultaría poco lógico y conflictivo solicitar a los empleados bien que devuelvan los productos si no los han consumido, bien que en otro caso paguen su precio, más el interés legal (art. 73.2 LCon).
5. El salario de los últimos treinta días es crédito contra la masa en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1 LCon). Si hay bienes elaborados por los trabajadores en poder del concursado, sobre ellos tienen un crédito con privilegio especial (art. 90.4.º LCon). El resto, en lo que no exceda del triple del salario mínimo interprofesional, es crédito con privilegio general (art. 91.1.º LCon), incluso aunque el trabajador sea persona especialmente relacionada con el concursado (art.92.5.º LCon). El resto (esto es, si el salario era superior a ese triple) será crédito ordinario o subordinado si el trabajador es persona especialmente relacionada con el concursado.
6. Depende del porcentaje de capital que tenga el socio (art. 93.2.2.º LCon). Si es inferior al 10%, será un crédito hipotecario y se reconocerá como "privilegiado especial". Se cobrará en primer lugar con el precio que se obtenga por el inmueble hipotecado. Si es igual o superior al 10%, será un crédito subordinado del número 5.º del artículo 92 de la LCon, y se cancelará la hipoteca (art. 97.2 LCon).
7. En primer lugar, podrían actuar contra los administradores de la sociedad anónima si han actuado de forma negligente o dolosa causando daño patrimonial a la sociedad y/o a los acreedores. Los artículos 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital regulan estas acciones, social e individual de responsabilidad, cuyo ejercicio es posible con independencia de que exista concurso (ved art. 48.2 LCon). En segundo lugar, si ha existido negligencia o dolo de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, actuales o que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, habría que ir por la vía de la liquidación y obtener una calificación del concurso como culpable para poder pedir la condena de esos sujetos, según el artículo 172.3 de la LCon.
8. Hay mayoría suficiente. Para calcular el 100% sobre el que, después, determinar si existe mayoría, hay que tener en cuenta el importe de los créditos ordinarios, más el importe de los créditos privilegiados que voten a favor (art. 124.3 LCon). En el caso propuesto, 1.000.000 ordinarios + 300.000 privilegiados a favor, 1.300.000 euros). La mayoría necesaria es, al menos, la mitad, 650.000 euros, y ésta se ha alcanzado. Los subordinados y los privilegiados en contra no se tienen en cuenta.
9. No, no pueden aceptar la oferta. Tendrán que presentar un "plan de liquidación" donde propongan esa aceptación, y ese plan tendrá que ser aprobado judicialmente con los trámites previstos en el artículo 148.2 LCon.
10. Los 600 obtenidos por la venta de la nave primero pagan el crédito hipotecario (al que estaba afecto esa nave), restan 100. El 400 que hay para pagar se distribuirá de la siguiente manera: 100 para créditos contra la masa, que cobran en su integridad; 100 para los privile-

giados del número 1.º (que cobran en su integridad), y 200 para los privilegiados del número 2.º (que cobrará, cada uno, dos tercios de su crédito). Los demás no cobran.

## Glosario

**Administración concursal** *f* Órgano del concurso, integrado normalmente por tres componentes (jurista, economista y acreedor), nombrados por el juez del concurso. Sus misiones fundamentales son controlar la actividad del deudor, elaborar un informe sobre la situación patrimonial del concursado y supervisar el desarrollo del proceso concursal.

**calificación del concurso** *f* Fase procesal que se abre para determinar si la insolvencia del concursado es fortuita o culpable. Sólo procede si se aprueba un convenio con quita superior a un tercio del importe de los créditos, o espera de más de tres años, o si se abre la fase de liquidación.

**concurso** *m* Proceso judicial donde se determina la situación patrimonial de un deudor insolvente con varios acreedores y se decide llegar a un convenio con el deudor o a una liquidación del patrimonio.

**convenio concursal** *m* Acuerdo entre el deudor y sus acreedores para el cobro de los créditos. Normalmente, contiene un perdón de parte de la deuda o un aplazamiento de la exigibilidad de los créditos.

**crédito con privilegio especial** *m* Crédito garantizado con garantía real, cuyo titular cobra primero con cargo al producto de la venta del bien garantizado. No está vinculado por el posible convenio, salvo que vote a favor del mismo.

**crédito con privilegio general** *m* Crédito que, por diversas razones tenidas en cuenta por el legislador, se cobra con carácter preferente respecto de los créditos ordinarios y subordinados. No está vinculado por el posible convenio, salvo que vote a favor del mismo.

**crédito contra la masa** *m* Gastos generados por el propio concurso o por la actividad del concursado posterior a la declaración del concurso, que se pagan por entero antes que los demás acreedores (excepto los acreedores con privilegio especial).

**crédito ordinario** *m* Crédito que no es privilegiado ni subordinado. Se cobra después de los créditos contra la masa y los privilegiados, y antes que los subordinados.

**crédito subordinado** *m* Crédito que, por diversas razones tenidas en cuenta por el legislador, se cobra después de los créditos contra la masa, los privilegiados y los ordinarios. No tiene derecho de voto para el convenio, pero queda vinculado por éste.

**declaración de concurso** *f* Declaración judicial que constata el estado de insolvencia de un deudor con varios acreedores e impide, con carácter general, las acciones individuales de los acreedores.

**derecho concursal** *m* Conjunto de normas que busca la igualdad de los acreedores, el sometimiento de todos a un proceso único y la maximización del patrimonio cuando un deudor es insolvente y tiene varios acreedores.

**incidente concursal** *m* Proceso especial regulado en la Ley Concursal para ventilar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la ley otra tramitación.

**informe de la administración concursal** *m* Documento elaborado por la Administración concursal, donde se analiza la situación patrimonial del concursado y al que se unen un inventario y la lista de acreedores. Los interesados pueden impugnar parte de su contenido, siendo el juez del concurso quien resuelve tal impugnación.

**liquidación concursal** *f* Operación que se produce en el concurso si el deudor pide la liquidación o si, por cualquier razón, no se ha llegado a aprobar un convenio; en ella se venden los bienes del concursado y se pagan los créditos con el producto de esa venta.

**procedimiento abreviado** *m* Procedimiento judicial simplificado que establece la ley para los concursos de escasa cuantía (pasivo inferior a 10 millones de euros) y relevancia (deudor persona física o persona jurídica que pueda presentar balance abreviado), donde los plazos se acortan a la mitad y se nombra, como regla, un único administrador.

**reconocimiento de créditos** *m* Operación por la que se determina la existencia, cuantía y graduación de un crédito. Para ella se abre un plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos; la Administración concursal elabora una lista de créditos teniendo en cuenta también la documentación del deudor; y, si algún interesado está en desacuerdo, impugna esa lista y el juez decide la impugnación.

**rehabilitación de contratos** *f* Posibilidad de reanudar la vigencia de ciertos contratos (créditos y préstamos, adquisición de bienes con precio aplazado y arrendamientos urbanos) que se resolvieron por falta de pago en un momento inmediatamente anterior a la declaración de concurso (en los tres meses anteriores).

**rescisión de actos perjudiciales** *f* Posibilidad de volver ineficaces los actos perjudiciales realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso, con independencia de que existiera o no ánimo de defraudar. La rescisión implica recuperar los bienes entregados, pero también, devolver los bienes recibidos.

## Bibliografía

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

**AA. VV.** (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.

**Alonso Ureba, A.; Pulgar Ezquerro, J.** (dirs.); **Valpuesta Gastaminza, E. y otros** (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. y otros** (2010). *Comentarios a la Ley Concursal* (2.<sup>a</sup> ed.). Pamplona: Aranzadi.

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

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

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

