

NOCIONES DE DERECHO CONCURSAL

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS

**NOCIONES DE DERECHO
CONCURSAL**

CEDEU

Editorial Síndéresis

1ª edición, 2021

© Miguel Ángel Tenas Alós

© 2021, editorial Síndéresis

Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España

Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-04-1

Depósito legal: M-37159-2021

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Ilustración portada:

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	9
1. Concepto de Derecho concursal	9
2. Evolución histórica y normativa actual	10
2. INSOLVENCIA PATRIMONIAL Y CONCURSO: PRECONCURSALIDAD	23
1. Nociones generales sobre el procedimiento concursal	23
2. Refinanciación pre-concursal	25
3. Acuerdo extrajudicial de pago: la segunda oportunidad	28
4. Exoneración del pasivo insatisfecho	33
5. Modalidades y requisitos de los acuerdos de refinanciación: acuerdos colectivos.....	35
3. LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO	37
1. Los presupuestos del concurso	37
4. LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO	53
1. Introducción.....	53
2. El juez de lo mercantil.....	56
3. El órgano de administración concursal	59
4. La junta de acreedores	61
5. El Ministerio Fiscal	64
5. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.....	67
1. Introducción.....	67
2. Solicitud del procedimiento concursal	69
3. Declaración de concurso	71
4. Tramitación común del concurso	73
5. Terminación del procedimiento concursal	76
6. El procedimiento abreviado.....	77

7. El incidente concursal	78
7.1. Objeto y partes	78
7.2. El procedimiento.....	79
7.3. Los recursos	81
6. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO	83
1. Introducción.....	83
2. La administración concursal.....	84
2.1. Estructura del órgano de la administración concursal	84
7. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA.....	97
1. Introducción.....	97
2. La masa activa	100
2.1. Deudor casado	101
2.2. Otros bienes	104
2.3. El inventario.....	106
3. Las acciones de reintegración.....	108
8. DETERMINACIÓN DE LA MASA PASIVA.....	111
1. Introducción.....	111
2. Clasificación de los créditos	112
2.1. Créditos concursales	113
2.2. Créditos con privilegio especial.....	113
2.3. Créditos con privilegio general.....	115
2.4. Créditos ordinarios y subordinados	116
3. Comunicación y reconocimiento de créditos	123
9. PROPUESTA DE CONVENIO. CONTENIDO Y ADHESIONES.	
LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.....	125
1. Introducción.....	125
2. El convenio.....	126
2.1. La posibilidad de propuesta anticipada.....	127

2.2. La proposición ordinaria de convenio	128
2.3. La posibilidad de tramitación escrita	130
3. Contenido del convenio	131
3.1. Contenido potestativo del convenio	132
10. TRAMITACIÓN DEL CONVENIO.....	141
1. Introducción.....	141
2. Junta de acreedores y desarrollo.....	142
2.1. Votos en la junta de acreedores	145
2.2. Constitución de la junta de acreedores	149
2.3. Asistencia a la junta de acreedores	150
2.4. Desarrollo de la junta de acreedores	151
3. Tramitación escrita de la propuesta de convenio	153
3.1. Proclamación del convenio.....	154
3.2. Eficacia del convenio.....	155
11. FASE DE LIQUIDACIÓN	157
1. Introducción.....	157
2. Apertura de la liquidación	162
3. Efectos de la liquidación	168
12. CALIFICACIÓN DE CONCURSO: CONCLUSIÓN Y REAPERTURA	171
1. Introducción.....	171
2. Personas afectadas por la calificación concursal.....	174
3. Conclusión del concurso	175
3.1. Causas relacionadas con la inexistencia de presupuesto para la declaración de concurso.....	177
3.2. Causas relacionadas con la realización de las soluciones típicas del concurso	178
3.3. Causas anómalas de conclusión del concurso	179

3.4. Reapertura del concurso	181
13. ASPECTOS PROCESALES GENERALES	185
1. Introducción.....	185
2. Unidad legal	186
3. Unidad de disciplina o de procedimiento	187
4. Unidad de sistema	191
5. Normas procesales generales.....	194
14. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. REGÍMENES ESPECIALES	199
1. Introducción.....	199
2. Competencia internacional de los tribunales españoles: distinción entre el concurso principal y el territorial	200
3. Normas específicas de carácter procesal aplicables a los concursos con elemento internacional	201
4. Reconocimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros de insolvencia	205
5. Coordinación entre procedimientos de insolvencia abiertos en España y procedimientos que se encuentren abiertos en el extranjero	207
6. Normas de Derecho internacional privado de carácter sustantivo, para la determinación de los efectos del concurso principal, respecto a determinados bienes y negocios jurídicos	209
15. RESUMEN GENERAL.....	213
1. Introducción.....	213
2. Cuestiones principales	214
BIBLIOGRAFÍA.....	227

1. INTRODUCCIÓN

SUMARIO: 1. Concepto de Derecho concursal / 2. Evolución histórica y normativa actual

1. Concepto de Derecho concursal

El Derecho concursal se configura como una mezcla de normativas que aluden al derecho civil y mercantil, pero también al derecho procesal, al administrativo y al penal. Supone, por tanto, un nexo de unión entre el derecho público y el privado, pero sin alcanzar la calificación de rama jurídica autónoma, sino que se encuentra inserta dentro del Derecho mercantil.

El concurso de acreedores es un procedimiento jurídico que tiene como finalidad la resolución de los problemas de insolvencia o falta de liquidez de una sociedad. Resulta aplicable tanto a una persona física como jurídica –si bien es cierto que en la práctica, y en el acervo popular, tiene mucho más desarrollo respecto a las personas jurídicas que en referencia a las físicas–, englobando desde las pequeñas y medianas empresas hasta a las grandes compañías. La gran mayoría de los concursos de acreedores solicitados en nuestro país corresponde a empresas.

Por tanto, el concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva por el cual, los distintos acreedores de un deudor único, que se encuentre en estado de insolvencia, intentan la satisfacción de sus deudas. El concurso de acreedores podrá ser voluntario –solicitado por el propio deudor– o necesario –a instancia de uno cualquiera de los acreedores, de varios, o de todos ellos–.

Tanto en décadas pasadas, como en la actualidad, todos somos conocedores de compañías importantes que, por diversos motivos, han incurrido en la imposibilidad de continuar con su actividad.

Esto podía deberse simplemente al propio mercado, pues resulta imposible conocer con exactitud los gustos de los consumidores dentro de unos años –aunque las empresas lo intentan con estudios profusos–, a la mayor mejoría de la competencia –o aparición de nuevos competidores– o, simplemente, a una mala gestión empresarial –que podía ser inconsciente, o consciente, lo que implicaría mayores responsabilidades por parte de los administradores–.

Cuando nos referimos al concurso, por tanto, estamos aludiendo a un procedimiento judicial único por el cual se van a tramitar –a partir de septiembre del año 2004–, los procesos derivados de un estado de insolvencia, que podrá ser provisional o definitiva.

Existe, además, el procedimiento abreviado, mucho más simple en su desarrollo que el estandarizado. En este aspecto, para que quepa la utilización de esta figura, deben concurrir dos circunstancias, de carácter cumulativo.

La primera de ellas implica que el deudor sea una persona física o jurídica, que actúe conforme a la legislación mercantil, estando autorizada a la presentación de un balance abreviado.

La segunda circunstancia necesaria requiere que el pasivo total de deudor inserto en concurso no supere el millón de euros.

2. Evolución histórica y normativa actual

Antaño, antes de la aprobación de la primera normativa de carácter concursal, la regulación de esta insolvencia se encontraba dispersa por diferentes textos legales, en las cuales se recogían las instituciones clásicas de nuestro ordenamiento jurídico; la quiebra, el concurso de acreedores, la suspensión de pagos y el denominado procedimiento de quita y espera.

De este modo, en 1829, con la aprobación del primer Código de Comercio en nuestro país, se incluyó un Libro IV en el mismo –cuya extensión partía en el artículo 1001 y finalizaba en el 1177–, que se refería a las quiebras.

Posteriormente, la promulgación del segundo Código de Comercio – que se mantiene en vigor en la actualidad– en 1885 implicó que, en su Libro IV, Título I, se regulase la quiebra –artículos 870 a 941–. En esencia, este texto suprimió varias reglas de naturaleza procesal que se encontraban recogidas en el Código anterior, porque primó la convicción del legislador de entender que las cuestiones relativas a estos puntos debían ser recogidas en una norma que tuviera carácter sustantivo, como la Ley de Enjuiciamiento Civil que, casualmente en aquella época, iba a ser objeto de reforma, así que se adoptó dicha solución.

Por lo tanto, la Ley de Enjuiciamiento Civil también recogía, en la redacción de la época, cuestiones relativas al procedimiento concursal. No fue la única, pues el Código Civil, aprobado en 1889 –y todavía en vigor en la mayor parte de su redacción original–, se encargaba en sus artículos 1911 a 1929 de la concurrencia y prelación de los créditos, así como de los distintos procedimientos colectivos, de carácter civil, de quita y espera, y el concurso de acreedores.

No son las únicas normas que recogieron, en un momento u otro, cuestiones relacionadas con la temática que nos ocupa, pero bastan para que el lector se haga una idea de la diáspora y continuos cambios que ha sufrido esta cuestión en nuestro país a lo largo del tiempo.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal se refiere a estas cuestiones, destacando lo arcaico de algunas normativas y su dispersión, explicando la situación –de manera benevolente por el legislador– por defectos derivados de la codificación decimonónica española, que se estructuraba en base a la dualidad surgida a partir del Código Mercantil y el Código Civil. El propio legislador reconoce, posteriormente, en el mismo texto, que no se había puesto remedio a estos males hasta la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, las modificaciones normativas también se han sucedido después de su aprobación, así que la pretendida corrección de errores del pasado, si bien se encontraba bienintencionada en la norma, tampoco ha surtido el efecto deseado de estabilidad y pervivencia.

De hecho, el primer problema importante, y consecuente crítica a la norma, llegó apenas unos meses después de su aprobación, con la llegada de la crisis económica. Algunos autores consideraban que la norma se había creado en una época de bonanza, pensando en tiempos de bonanza, y que por tanto no se encontraba preparada –ni preparaba al sistema– para momentos económicos de crisis, que supusieron la entrada en concurso de muchas empresas al mismo tiempo (González Navarro, B., 2015, p. 2).

Además de esto, valga un simple dato para la comprobación del problema latente en la normativa concursal respecto a su estabilidad en el tiempo. En el período comprendido entre marzo de 2014 y julio de 2015 –es decir, dieciséis meses–, se modificó hasta en siete ocasiones.

Es cierto que tres de estas modificaciones resultaron menores, pero cinco introdujeron cambios considerados relevantes (Lopera Rodríguez, M., 2015, p.1) pues, por ejemplo, aludían a la refinanciación de las deudas, al convenio, a la liquidación y a la ejecución de garantías reales.

Puede todavía sumarse una modificación más a este período temporal de ocho meses, como es la reforma del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, realizada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Igualmente, el problema de los cambios y la adaptación a la nueva situación también persiste en el colectivo popular. Lo que actualmente conocemos como procedimiento concursal continúa siendo denominado, por un sector de la población, con el término bancarrota.

Si bien uno y otro no resultan sinónimos en términos jurídicos –la bancarrota implicaba la imposibilidad de pagar las deudas contraídas, pero con el procedimiento concursal el objetivo es continuar con la actividad empresarial y poder pagarlas en el futuro–, se mantienen como figuras similares por muchos ciudadanos.

Resulta pues, importante, tener claro que no estamos refiriéndonos al mismo concepto ni a las mismas consecuencias. Y que el término bancarrota, como tal, carece de aplicación en la actualidad.

Este procedimiento concursal, por lo tanto, es un instrumento del que dispone toda empresa para solventar una situación económica de carácter extraordinario y de crisis. Así, una sociedad puede solicitar la declaración de concurso de acreedores cuando no cuenta con la suficiente liquidez –de carácter inminente o actual– para cumplir con sus obligaciones. Este procedimiento se encuentra, por lo tanto, íntimamente ligado a la falta de solvencia de las empresas.

En ningún caso, no obstante, debe entenderse como sinónimo el acogerse a un procedimiento concursal con la finalización de la actividad empresarial. Si bien el procedimiento concursal puede terminar en ocasiones con este resultado, no se produce el mismo de manera automática, pues la finalidad de este procedimiento concursal no radica en el fin de la actividad empresarial, sino en todo lo contrario.

De hecho, la intención principal de la normativa consiste en que los acreedores puedan cobrar aquellas cantidades económicas que se les debe –o las concretas prestaciones de carácter no económico, que se les adeuda–, pero no es el único objetivo que persigue la norma. Además de esto, también se persigue la continuidad en la actividad empresarial, cuando resulte posible.

Para congeniar ambos aspectos, que inicialmente pueden parecer dispares, el legislador se basa en una cuestión de sentido común. Así, se parte de la premisa de la imposibilidad –en la mayoría de las ocasiones– de recuperar todo lo que se adeuda a los acreedores. Por tanto, si estos acreedores calculan que podrán recuperar una mayor cantidad económica permitiendo la continuidad de la actividad empresarial que no permitiéndola, lo lógico es que se muestren a favor de la supervivencia de la compañía y su actividad.

Cierto que se recuperará lo adeudado en un período temporal mayor, pero el interés económico de los acreedores consiste en el cobro de las deudas, y se tiende a seleccionar el mal menor. Así, se entiende que resultará más favorable a los intereses del propio empresario, y del deudor, posponer el pago de la deuda –e incluso reducir su importe, en algunos casos–.

El empresario podrá continuar con su actividad, con un nuevo plan de pagos que deberá, en esta ocasión sí, cumplir puntualmente, so riesgo de finalización de la actividad empresarial.

Por su parte, el acreedor o acreedores, si bien cobrarán el importe que se les adeuda con posterioridad a lo inicialmente pactado cuando las partes perfeccionaron el contrato original, preferirá cobrar la mayor cantidad posible de la deuda generada, lo que resultará más sencillo si la compañía deudora continúa con su actividad, que si no lo hace —excepto que esta empresa disponga de un gran patrimonio y, con la venta del mismo, los acreedores puedan cobrar todo lo que se les adeuda, pero no es el caso habitual que se produce en la práctica—.

La normativa encargada de la regulación de las distintas situaciones en las que el deudor se encuentra en un estado de insolvencia —que puede ser temporal o tener carácter definitivo— es, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Sustituye a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, esta normativa ha sufrido varias modificaciones a lo largo del tiempo. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 164, de 10 de julio de 2003, en sus páginas 26905 a 26965. Entró en vigor el 1 de septiembre de 2004. Su última modificación, como se ha señalado, ha tenido lugar en 2020, con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal¹.

Este mismo texto refundido reconoce la gran cantidad de reformas que ha sufrido la normativa concursal en España en los años recientes, indicando que:

“la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones. Las esperanzas que había suscitado ese derecho de nueva planta, con la lógica aspiración a la estabilidad

¹ La nueva redacción fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 127, de 7 de mayo de 2020, pp. 31518–31706.

normativa, pronto se desvanecieron: desde la fecha de promulgación de esta ley, sucesivas leyes y decretos–leyes, con un ritmo adecuado en la décima legislatura, han sustituido principios y enmendado normas legales, a la vez que han constituido el cauce para la inclusión de nuevas instituciones y de nuevas soluciones”.

Igualmente, debe destacarse también la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal –que modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial–. Esta Ley de Reforma Concursal estableció una nueva organización de los juzgados que debían encargarse de las situaciones de insolvencia. Esta insolvencia, no obstante, puede dar lugar a todo un juego de estrategias (Cerdá Albero, 2005, p. 958).

La Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 164, de 10 de junio de 2003, en sus páginas 26901 a 26905. Entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

Anteriormente a las normas referidas, las empresas que no podían hacer frente a sus deudas cesaban en su actividad, y los acreedores se repartían los bienes que quedaban en las mismas. Hoy día, el procedimiento ya no es así, y tienen especial consideración dos medidas por los beneficios aportados.

Estas medidas son la unificación de los cuerpos jurídicos que resultan aplicables a las distintas situaciones de insolvencia, y la creación de unos juzgados especializados para las materias relacionadas con el Derecho Mercantil, entre las que se encuentra el proceso concursal.

No obstante, si bien la situación ha mejorado, cabe plantearse cuál es la lógica de disposición de tribunales especializados en procedimientos concursales en las instancias iniciales si, después, en el Tribunal Supremo no es que en la actualidad todavía no exista una sala específica para el procedimiento concursal, sino que ni siquiera existe una que dirima de manera exclusiva cuestiones mercantiles, pues estos procesos continúan dentro de la sala de lo civil.

Otro cambio que ha venido producido por la normativa actual en materia concursal ha sido la sustitución de los anteriormente denominados procedimientos de quiebra –cuando se trataba de insolvencias de carácter definitivo, es decir, se entendía que la sociedad no podría pagar las deudas que tenía– y suspensión de pagos –cuando se trataba de insolvencias de carácter transitorio y, por lo tanto, se entendía que modificando algunos de los parámetros de las deudas de la sociedad, esta se encontraría en un tiempo en disposición de pagar las mismas– por el común de concurso.

Los procedimientos de quiebra, por lo tanto, implicaban que no existía posibilidad alguna de recuperación de los acreedores de aquello que se les adeudaba. Por lo tanto, como no existía en la práctica esta opción, se entendía que lo recomendable resultaba que se produjera la finalización de la actividad mercantil, lo que implicaba el cierre de la misma y su liquidación.

Una vez liquidados todos los activos de la compañía, se procedía al reparto a los acreedores. La medida no contentaba a ninguna de las partes en la mayoría de las ocasiones; el deudor no podía continuar con su actividad empresarial, mientras que los acreedores no veían satisfecho el total de la deuda.

Situación distinta se producía con la suspensión de pagos. En esas situaciones, como se entendía que la empresa atravesaba por un problema de tesorería de carácter temporal, y que podría recuperarse en el futuro, la solución establecida era la postergación en el tiempo del pago de las deudas. Lo idóneo era la renegociación entre las partes, pero esto no siempre resultaba posible o, de hacerse, no implicaba la obtención de algún acuerdo.

En la actualidad, como hemos reseñado anteriormente, se ha optado por la unificación de todas las cuestiones en un único procedimiento.

Respecto a esta cuestión, la doctrina se ha pronunciado, existiendo todavía controversia respecto a si ha supuesto una mejora o un inconveniente, pues la opción actual incluye en un mismo sistema situaciones claramente distintas y cuyo resultado podría ser muy diferente.

Este nuevo sistema, además, produce un favorecimiento de la iniciación del procedimiento concursal, incentivándola con una serie de ventajas para quienes la lleven a cabo en primer lugar –buscando, así, la facilitación en la unificación en un solo procedimiento las cuestiones relativas al concurso de una sociedad–.

Por un lado, en el caso del concurso voluntario, permite al deudor que solicita la apertura de este procedimiento continuar con la administración de su patrimonio. La ventaja, desde luego, no es baladí, entendiéndose además que se actúa de buena fe y que existe intención de solventar la situación.

Además, como veremos más adelante, la denominación de concurso voluntario no termina de ser exacta, pues la normativa obliga a los administradores de la sociedad a iniciar estos trámites pues, de lo contrario, las contraprestaciones por no iniciarlo –y estando permitido su solicitud a los acreedores– resultarán tremendamente gravosas, lo que limita mucho la acepción de “voluntario”.

Por el otro lado, si nos encontramos ante un concurso forzoso, se otorga al acreedor un privilegio de hasta la cuarta parte del crédito reclamado. En esencia, son supuestos en los que los administradores de la empresa no han realizado los trámites oportunos para iniciar el procedimiento concursal, resultando por lo tanto necesario que sea algún acreedor –o acreedores– quien inicie este procedimiento.

La Ley Concursal persigue dos objetivos principales, como se ha indicado, siendo estos la satisfacción de los acreedores y el mantenimiento de la actividad empresarial y profesional.

No obstante, debe matizarse esta afirmación. Si bien es cierto en todos sus puntos, no es exacta la afirmación de que persigue con igual ahínco ambos objetivos. Lo idóneo, cuando una empresa se encuentra en situación de imposibilidad de impago, es que pueda finalmente atribuirse temporalidad a dicha situación, de modo que se alcance un acuerdo para el pago de sus deudas – con distintos mecanismos posibles, como la quita, la espera o ambos al unísono–.

De esta manera, tanto los acreedores como el deudor lograrán su objetivo –satisfacción de lo adeudado por los primeros, continuidad de la actividad empresarial por el segundo–.

Pero esto no siempre es posible. En ese caso, cuando se entiende imposible hacer frente a las obligaciones de la sociedad, y si los acreedores no se ponen de acuerdo en un convenio o plan de pagos, lo que primará será la satisfacción de los acreedores sobre el devenir de la sociedad.

Es decir, que, aunque la normativa está persiguiendo dos grandes objetivos, no los pone en el mismo plano, sino que antepone uno de ellos al otro. Y, en este aspecto, se entiende que debe primar, en la práctica, la satisfacción de los acreedores.

Por otra parte, consecuencia lógica y acorde con nuestro ordenamiento jurídico, pues no olvidemos que, tal y como establece el artículo 1911 del Código Civil, los deudores responderán con sus bienes presentes y futuros de las deudas. En este caso, la sociedad responderá con sus bienes presentes, y no existiría la posibilidad de respuesta con los futuros, que no existirán.

Se entiende que el principio de responsabilidad patrimonial es básico en nuestro ordenamiento jurídico, si bien esto no impide a la normativa el establecimiento de límites a la aplicación del mismo, aunque estas excepciones deberán interpretarse de un modo estricto, no convirtiéndose en regla.

Además, el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto de los bienes que integran el patrimonio del deudor –a los efectos del ejercicio de la responsabilidad patrimonial universal recogida en el artículo 1911 del Código Civil–, y ha precisado qué bienes del deudor, y de qué manera, responden del pago de sus deudas, sin que el principio de que los bienes responden según como figuren en el patrimonio del deudor impere realmente en todos los casos (Caballero Lozano, 2009, pp. 3982–3983).

La Dirección General de los Registros y el Notariado se ha pronunciado respecto a la aplicabilidad del artículo 1911 a diversos casos de constitución, modificación o extinción de sociedades mercantiles. Se ha referido a ellas en sus Resoluciones de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969

–respecto a la constitución de sociedades formadas con participación de cónyuges–.

En las Resoluciones de 6 de marzo de 1954, 25 de mayo de 1970 y 21 de junio de 1990, en lo relativo a la constitución de sociedades, fuera de los supuestos recogidos en las anteriores.

Además, ha aludido a otras cuestiones, como la aportación de bienes inmuebles a una sociedad anónima, la ampliación de capital de sociedad anónima formada por un único socio, en reducción de capital social mediante la amortización de un determinado número de participaciones para devolver las aportaciones a un socio, o respecto a la disolución de una sociedad anónima, entre otros. (Caballero Lozano, 2009, pp. 3982–3986).

Igualmente, los bienes futuros del empresario tampoco quedarán afectos cuando hablemos de sociedades de capital, pues el patrimonio que responde de las deudas sociales es únicamente el de la compañía –salvo casos en los que se produzca una mala praxis, que veremos más adelante–.

Conviene no olvidar, como se ha visto en Derecho mercantil, que se crean dos patrimonios distintos cuando se constituye una empresa jurídica.

Así, nos encontraremos con el patrimonio personal del empresario –siempre y cuando no estemos refiriéndonos a un autónomo–, que no responderá de las deudas generadas por la actividad empresarial.

Paralelamente al patrimonio personal del empresario, la persona jurídica dispondrá del suyo propio. En las sociedades capitalistas, únicamente responderán de las deudas los bienes de la persona jurídica, independientemente de cuál sea el patrimonio del socio o socios de la compañía.

Por supuesto, existen excepciones a este supuesto, como el recogido por la doctrina del levantamiento del velo. Además, en materia específicamente concursal, cuando los administradores no realizan las tareas correspondientes para avisar a los socios de la compañía, en un tiempo determinado –esto es, la convocatoria de junta general para el conocimiento de los socios respecto a la situación de la empresa–, incurrirán en responsabilidad personal, debiendo responder con sus bienes privados.

En función del conjunto de bienes patrimoniales respecto a los cuales puede recaer la ejecución, la doctrina distingue entre ejecución singular y universal. En la primera de ellas, la producción de esta ejecución tiene lugar sobre unos bienes determinados y concretos del deudor, o sobre unos bienes que suponen económicamente una cantidad inferior al activo total de su patrimonio –por lo tanto, no afecta a todos sus bienes–. En la segunda, la ejecución recae sobre la totalidad de su patrimonio, pues el valor total del mismo no resulta suficiente para la satisfacción de las deudas existentes.

No obstante, aunque este patrimonio del deudor –entendido, generalmente, como empresa mercantil, pero también existe la posibilidad de solicitud del procedimiento concursal por personas físicas– no alcance para la satisfacción de todas las deudas, la ejecución universal puede resultar contraproducente también para los acreedores, que pueden estar interesados en su conservación, y también en la de la actividad económica. En estas situaciones, resultará preferible alcanzar un convenio con el deudor para el pago de las deudas.

En general, y ahondando en que realmente la búsqueda del procedimiento concursal, si hay que elegir, es la satisfacción de los acreedores y no tanto la continuidad de la actividad empresarial puede observarse que serán los acreedores los que tengan cierta capacidad de elección.

Al final, en la práctica, se produce un juicio de valor. Los acreedores calculan qué porcentaje de lo que se les adeuda –si es que resulta imposible la obtención del total– pueden conseguir recuperar mediante la ejecución universal, y qué porcentaje lograrían mediante la continuidad de la actividad de la sociedad alcanzando algún acuerdo. En función de cuál de los dos resulte más beneficioso, optarán por una u otra posibilidad.

Puede observarse en el momento actual, pues muchas compañías están entrando en procedimientos concursales y alcanzando acuerdos con sus deudores. Yendo más lejos todavía, empresas que ya tenían firmados sus convenios hace tiempo, y cuyo cumplimiento resulta por normativa completamente obligatorio, están renegociando estos acuerdos y modificando los plazos inicialmente previstos.

Requieren, nuevamente, la adhesión al convenio de un porcentaje superior a la mitad de los acreedores que figuran en el anterior –y a los que todavía se les adeude alguna cantidad, pues si algún acreedor se adhirió al convenio original, y posteriormente vio por completo satisfecha la deuda que tenían sobre él, no resultará precisa que se pronuncie respecto a la nueva negociación, pues en nada le afecta–.

Si bien es cierto que esto es debido a una excepción aprobada por norma por la especial situación económica generada por el Covid-19 –pues muchas empresas han visto drásticamente reducidos sus ingresos o actividad y, por tanto, su capacidad de pago–, en la práctica ha servido para demostrar que los acreedores también se encuentran interesados en la continuidad de la actividad empresarial, pues así obtendrán la satisfacción completa de las cantidades económicas que se les adeudan –o la cantidad más cercana posible porque, que no se olvide la cuestión, nada asegura que la compañía deudora tendrá éxito en el mercado y continuará con su actividad durante toda la duración del convenio–.

Por todo ello, la doctrina prefiere en la actualidad la utilización de la expresión *procedimiento concursal*, en lugar de la anterior de *proceso de ejecución universal o colectiva*, para aludir a los supuestos de concurrencia de varios acreedores frente al deudor común.

En conclusión, el proceso concursal tiene por objeto la satisfacción, en la medida en que esto resulte posible y en igualdad de condiciones, los derechos de crédito de uno o varios acreedores de un deudor común que se encuentre en estado de insolvencia. Estos acreedores concurrirán al procedimiento, bien mediante la ejecución del patrimonio del deudor, bien mediante la obtención de un convenio que evite este punto y permita el pago de las distintas deudas, en su totalidad, o en parte.

2. INSOLVENCIA PATRIMONIAL Y CONCURSO: PRE- CONCURSALIDAD

SUMARIO: 1. Nociones generales sobre el procedimiento concursal / 2. Refinanciación pre-concursal / 3. Acuerdo extrajudicial de pago: la segunda oportunidad / 4. Exoneración del pasivo insatisfecho / 5. Modalidades y requisitos de los acuerdos de refinanciación: acuerdos colectivos

1. Nociones generales sobre el procedimiento concursal

En atención a la importancia de la magnitud patrimonial sobre la que puede producirse el concurso, la doctrina distingue dos tipos distintos; la ejecución singular y la ejecución universal.

La primera de ellas se refiere a unos bienes concretos y determinados del deudor, cuyo valor resulta inferior al patrimonio del que dispone este deudor. Así, con todo el patrimonio del deudor puede hacerse frente a las deudas, quedando todavía algo de patrimonio después de su satisfacción. Lógicamente, el patrimonio sobrante, una vez pagadas las deudas, continuará perteneciendo al deudor –antiguo deudor, si ya ha satisfecho dichas deudas.

En segundo lugar, encontramos la ejecución universal. En este supuesto, no bastan unos cuantos bienes para la satisfacción de las deudas, sino que se precisa de todo el patrimonio del deudor.

Puede ocurrir que, con todo el patrimonio, puedan satisfacerse las deudas, pero no es lo más habitual. Con mayor frecuencia, el supuesto producido implica que todo el patrimonio del deudor no es suficiente para que los acreedores vean satisfechos los créditos que tienen contra el mismo. En este último caso, cuando existen múltiples obligaciones, derivadas de varios créditos, e imposibilidad de satisfacción de las mismas con el patrimonio, la existencia

de una pluralidad de ejecuciones de carácter singular –pues todos los acreedores buscarán el cobro de lo que se les adeuda– supondría una serie de inconvenientes:

– Respecto al deudor, implicaría un notable incremento de gastos –lo que a su vez implicaría la reducción del patrimonio disponible para la satisfacción de las deudas existentes– que supondrían los distintos procesos abiertos de manera independiente por los acreedores.

– Respecto a los acreedores, supondría la posibilidad de que sus expectativas resultasen afectadas, por el agotamiento del patrimonio del deudor. Este agotamiento podría producirse no sólo por los gastos adicionales generados en el mismo por varios procedimientos instados por acreedores para el cobro, sino también porque otros acreedores podrían haber actuado más rápidamente, más diligentemente o más audazmente que otros, lo que supondría que estos más avezados habrían logrado la satisfacción de su crédito, mientras que otros no –y, esto, independientemente de quién ostentase, por la naturaleza del crédito, prioridad en el cobro–.

Por todas estas consideraciones, se entiende necesaria la ordenación de un único procedimiento de ejecución colectiva, que permitirá la concurrencia de todos los acreedores del deudor. Esto, para buscar la obtención de la satisfacción del crédito de todos ellos, con el resultado del patrimonio del deudor, bajo los principios de lo que se conoce como comunidad eventual de pérdidas e igualdad de trato de todos los acreedores (*par conditio creditorum*).

La liquidación del patrimonio del deudor puede resultar perjudicial para los intereses de los acreedores, por lo que en ocasiones pueden preferir la conservación de la actividad o de la actividad económica –en esencia, porque de lo contrario, podrían ver en menor medida satisfechos sus intereses–.

En estos supuestos, en los que los acreedores verán más beneficioso para sus intereses la continuidad de la actividad, no se procederá a la liquidación del patrimonio. Muy al contrario, lo que ocurrirá será la búsqueda de un convenio con el deudor para la realización del pago de las deudas. Este convenio puede realizarse desde el principio –entendiéndose, desde el momento en que queda clara la imposibilidad de satisfacción de las deudas, que podría

dar inicio al procedimiento concursal–, o bien con el objetivo de poner fin a un proceso de ejecución general que ya se encuentre iniciado.

Por todo esto, en la actualidad, la expresión utilizada por la doctrina acostumbra a ser la de “procedimiento concursal”, en lugar de la expresión de “proceso de ejecución universal o colectiva”.

Puede concluirse, por tanto, que el proceso concursal es el que tiene como objeto la satisfacción, en la medida de lo posible –pues no siempre resultará posible el cobro de lo que se adeuda– y en igualdad de condiciones, de los derechos de crédito de una pluralidad de acreedores de un deudor común que se encuentre en estado de insolvencia. Estos acreedores concurrirán al procedimiento –mediante la realización del patrimonio del deudor, o mediante la obtención de un convenio que evite esto y haga posible el pago de las deudas existentes–.

2. Refinanciación pre–concursal

La normativa concursal exige, tanto a las personas naturales como a los representantes legales de las personas jurídicas, llevar a cabo la solicitud de la declaración de concurso en un plazo máximo de dos meses, desde que conocen su situación de insolvencia. Esta apreciación a conocer la situación de insolvencia no debe entenderse como permisiva, en aras a una amplitud temporal, si se incurre en desconocimiento de la situación financiera pues, en tal caso, se estará produciendo una dejación en las obligaciones y, si se entendiera que resultaría factible el conocimiento de la situación económica, también se aplicaría esta obligación de conocer la situación de insolvencia.

No obstante, la propia Ley Concursal también permite una actuación previa a la solicitud de declaración de concurso. Así, el deudor ostenta la posibilidad de comunicar al Juzgado Mercantil que se encuentra en dicha situación de insolvencia, pero especificar que se encuentra negociando un acuerdo de refinanciación o una propuesta anticipada de convenio.

En lo concerniente al acuerdo de refinanciación, que antes de la reciente reforma de la normativa se encontraba regulado en el artículo 71 bis 1,

nos encontramos en la actualidad con una mayor profusión normativa al respecto, pues se encuentra recogido en los artículos 598, 599, 603 y 698 del texto refundido de la Ley Concursal. También se pronunciaba al respecto la Disposición Adicional Cuarta en la anterior redacción de la norma, que se ha dividido en varios artículos en la actualidad.

Caso de solicitarse un acuerdo extrajudicial de pagos, será el Registrador o el Notario quien deba comunicar al juzgado correspondiente la apertura de negociaciones al respecto.

Además, el Letrado de la Administración de Justicia –anteriormente conocidos como secretarios judiciales– publicará cuál es la situación en que se encuentra el deudor. Dicha publicación tendrá lugar en el Registro Público Concursal, excepto que el deudor solicite el carácter reservado de la comunicación. Esta comunicación del deudor no requiere ningún tipo de justificación documental, siendo potestad del propio deudor llevar a cabo la revocación de este carácter de reservado en cualquier momento.

Desde el momento de producción de la comunicación al juzgado, se dispondrá, por parte del deudor, de un plazo de tres meses para la negociación con los acreedores. Además, se le otorgará un mes adicional para la solicitud del correspondiente concurso si no se ha logrado suscribir el acuerdo de refinanciación que le permitiera solventar su situación de insolvencia.

Se está dotando, por tanto, de un período temporal de cuatro meses al deudor para que alcance algún tipo de acuerdo o, por el contrario, termine declarando la situación concursal. Evidentemente, si transcurridas las negociaciones, y el plazo adicional, el deudor –que no tiene tampoco obligación de agotar el plazo legal estipulado– no ha solicitado la declaración de concurso, cualquiera de los acreedores se encontrará legitimado para realizarlo.

Sin embargo, durante las pertinentes negociaciones, no se permite el comienzo de ejecuciones judiciales ni extrajudiciales –de casi ningún tipo– contra aquellos bienes que resulten necesarios para que la empresa continúe con su actividad –o para la continuidad de la actividad profesional–. Igualmente, si se encuentra en tramitación alguna ejecución, deberá suspenderse.

Se señalaba con anterioridad que no se permitía las de casi ningún tipo, pues se contempla la excepción de los créditos de derecho público.

Por tanto, cuando el deudor se encuentre negociando un acuerdo refinanciación con los respectivos acreedores financieros, debe entenderse que se produce la paralización de todas las ejecuciones que deban producirse sobre los bienes necesarios, y no únicamente las que se produzcan por parte de los acreedores financieros.

Así, tal y como indica el artículo 590 del texto refundido de la Ley Concursal –antiguo artículo 5 bis 4.IV de la Ley Concursal–, tampoco podrán iniciarse y, en caso de estarlo, quedarán suspendidas, las ejecuciones singulares, ya sean judiciales o extrajudiciales, que hubieran sido promovidas por los acreedores de pasivos financieros.

La condición para que se produzca esta suspensión es la acreditación documental de que, al menos, el cincuenta y uno por ciento de los pasivos financieros hayan apoyado de manera expresa –por tanto, pronunciándose a favor, no resultará válido para el cómputo no expresarse en contra– el inicio de las negociaciones dirigidas a la suscripción del acuerdo de refinanciación y, por tanto, comprometiéndose a no iniciar o continuar ningún tipo de ejecución individual frente al deudor durante el tiempo que estén produciéndose dichas negociaciones.

Además, el Auto del Juzgado Mercantil número 8 de Madrid, con fecha de 28 de abril de 2015, paralizó las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, al interpretar que las cláusulas de compensación de los contratos financieros implicaban derechos de retención –cuestión prohibida en su momento por el artículo 59 bis de la Ley Concursal, actual 154 del texto refundido– y que suponen una realización de depósitos que surten efectos de garantías, no resultando encuadrables, por lo tanto, en la redacción del Real Decreto Legislativo 5/2005.

3. Acuerdo extrajudicial de pago: la segunda oportunidad

El Gobierno aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. El objetivo era la incorporación de la denominada segunda oportunidad en el ámbito de las personas físicas, ejerzan o no actividad comercial –por tanto, sean o no comerciantes –.

Continuando con la tradición, en nuestro ordenamiento jurídico, de habituales modificaciones en la normativa concursal, el 29 de julio se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 25/2015, de 28 de julio, que implicó su convalidación y algunas correcciones y modificaciones de la norma originaria.

Esta segunda oportunidad lleva tiempo existiendo en países de nuestro entorno, resultando favorecedora de la actividad económica, pues permite a personas físicas que, por diversos motivos, se encuentren ampliamente endeudados –y probablemente, ejerciendo alguna actividad que implique ingresos económicos, pero percibiéndolos fuera del sistema, para evitar el pago de las deudas generadas–, retornar al sistema (Gómez Pomar, 2015).

En el caso español, la norma concursal contemplaba, antes del año 2015, la liquidación concursal y la extinción de las personas jurídicas, pero no la de las personas físicas, hasta que se solventó en ese año. Así, la situación anterior, que implicaba para las personas físicas la obligación de responder de sus deudas con todos sus bienes, tanto presentes como futuros –tal y como establece el artículo 1911 del Código Civil–, lo que suponía en muchas ocasiones perder todo su patrimonio y continuar debiendo una importante cantidad económica, se modificó por completo.

Antes de la aprobación de la normativa actual, el Gobierno realizó un tímido intento para paliar estos problemas, con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Mediante dicho texto, el legislador incorporó los acuerdos extrajudiciales de pago, pero en la práctica, resultó tan exigente con los requisitos requeridos, que su utilización se produjo únicamente de manera testimonial.

Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2015 se flexibilizó –aunque no en demasía– el contenido y los efectos producidos por los acuerdos extrajudiciales de pago. Además, se incorporó un sistema novedoso de segunda oportunidad, que consistía en la exoneración de las deudas, en el marco del procedimiento concursal.

Así, la persona física que se encuentre ante la imposibilidad de pago de sus deudas –en la actualidad, o de manera inminente– y sea o no empresario, tiene la posibilidad de iniciar un procedimiento para la obtención de un acuerdo extrajudicial de pago, siempre y cuando respete el límite máximo establecido para el pasivo, que se encuentra fijado en una cantidad de cinco millones de euros.

La posibilidad de tramitación de un acuerdo extrajudicial de pago no se circunscribe únicamente a las personas físicas, sino que las jurídicas también pueden llevarlo a cabo, siempre y cuando cumplan dos condicionantes.

El primer requisito implica que, si una persona física es declarada en concurso, este concurso no tenga una especial complejidad, en virtud de los parámetros recogidos en los artículos 522 a 524 de la Ley Concursal.

El segundo requisito exige que disponga de bienes suficientes para hacer frente a los gastos del acuerdo. Es decir, que no resulta necesario que el patrimonio del deudor, persona jurídica, alcance para el pago de las deudas generadas hasta ese momento –de ahí la necesidad de producción de un concurso–, pero sí se entiende imprescindible, para la segunda oportunidad, que el patrimonio disponible en ese momento alcance, cuando menos, para pagar los trámites necesarios.

Además, se establece prohibición para el inicio de un acuerdo extrajudicial de pago a los condenados por sentencia firme por ciertos delitos determinados. Estos delitos son todos producidos contra el patrimonio, el orden socio-económico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los trabajadores.

La regla general, a este respecto, indica que no resultará posible el inicio de este acuerdo extrajudicial a los condenados por los delitos referidos

en los últimos diez años. No obstante, también existe la misma imposibilidad para aquellas personas que, en los últimos cinco años, hubieran alcanzado algún acuerdo extrajudicial de pago –siendo ellos los deudores–, obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación –nuevamente, siendo los deudores–, o sido declaradas en concurso.

De la misma manera, quienes se encuentren negociando un acuerdo de refinanciación, o tengan admitida a trámite una solicitud de concurso, tampoco podrán iniciar este acuerdo extrajudicial de pago.

Para los trámites, el deudor deberá presentar una solicitud ante el Notario o el Registrador Mercantil –existen, de todos modos, otras posibilidades para la presentación–, en función de si se trata de persona natural, jurídica o empresario, para el nombramiento de un mediador concursal.

En un plazo de, máximo, diez días desde la aceptación del cargo –que será expresa, no resultando posible entender la falta de respuesta como aceptación, ni tampoco válida la aceptación tácita–, el mediador tendrá la obligación de remisión de un plan de pagos a los acreedores. Este mediador convocará a los acreedores para una reunión, con un plazo mínimo de veinte días, y un máximo de dos meses, desde que se produjera la aceptación en el cargo.

Aquellos acreedores que no ostenten garantía real, y que no se hubieran manifestado tras la convocatoria de la reunión y la propia reunión, tendrán finalmente sus créditos calificados como subordinados, si termina produciéndose la declaración de concurso consecutivo del deudor –por no haberse aprobado el acuerdo extrajudicial de pago–.

Se recoge esta medida como acicate e incentivo para fomentar la participación de todos los acreedores ordinarios en los acuerdos extrajudiciales de pago. Se aplica, además, junto a otra medida, consistente en la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso consecutivo, siempre y cuando el deudor hubiera intentado, sin éxito, un acuerdo extrajudicial de pago.

Durante las negociaciones del acuerdo extrajudicial de pago, y por un plazo máximo de tres meses –que se limitan a dos, cuando se trata de una

persona física que no sea empresaria–, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo:

- No pueden iniciar, ni tampoco continuar, ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra el deudor.
- Los acreedores con garantía real no podrán continuar con la ejecución contra bienes, o derechos, necesarios del deudor, ni tampoco contra su vivienda habitual. En cambio, sí podrán iniciar la ejecución contra dichos bienes, o derechos necesarios, incluso contra la vivienda habitual, a los efectos del derecho de ejecución separada previsto en la normativa, pero acto seguido dicha ejecución quedará paralizada, hasta que transcurran dos o tres meses.
- Verán, además, suspendido el devengo de intereses, tal y como se encuentra recogido en la normativa.
- Podrán ejercitar las garantías personas de terceros, siempre y cuando el crédito contra el deudor estuviera ya vencido.

En función de cuál sea la onerosidad que prevea el acuerdo extrajudicial de pago en las medidas adoptadas, se requerirá, para su aprobación, una mayoría del sesenta, por cierto, o del setenta y cinco por ciento, tal y como señala el artículo 678 del texto refundido de la Ley Concursal.

En este aspecto, la diferenciación para la aplicación de un porcentaje u otro queda establecida respecto a esperas –del principal, o de intereses o cualquier otra cantidad económica adeudada– realizadas por un período temporal no superior a cinco años, o también la conversión de los créditos en créditos de carácter participativo –durante el mismo período temporal–, o quitas no superiores al veinticinco por ciento del importen de los créditos.

En cambio, cuando la propuesta de convenio recogiese cualquier otro contenido, distinto al expresado con anterioridad, se requerirá ese setenta y cinco por ciento a favor.

Por otra parte, si los acreedores tienen garantía real, los porcentajes ascienden, en los mismos supuestos, hasta el sesenta y cinco por ciento en el

primero de ellos, y hasta un total del ochenta por ciento en el segundo. Este aspecto queda reflejado en el artículo 684.2 del texto refundido de la Ley Concursal.

Si bien, como puede imaginarse, la situación idónea es la aprobación del acuerdo, esto no siempre tiene por qué suceder así, existiendo la posibilidad de que no resulte finalmente aceptado y aprobado. En dicho caso, se abre el concurso consecutivo, que se regirá por las disposiciones del procedimiento abreviado, con dos especialidades concretas.

La primera de ellas implica que, si la solicitud ha sido realizada por el mediador concursal o por el deudor, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio, o un plan de liquidación.

Como segunda especialidad, debe indicarse que el plazo de dos años de la rescisoria concursal se contará, en estos casos, desde la solicitud del deudor para el nombramiento de mediador.

El 29 de diciembre de 2015 se publicó, en el Boletín Oficial del Estado, la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre. Mediante ella, se aprobó el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago. Se desarrolló en virtud de lo dispuesto en el artículo 232.2 de la Ley Concursal, vigente en aquel momento. En la actualidad, dicho artículo se corresponde con los artículos 635 a 637 del texto refundido de la Ley Concursal.

Este formulario normalizado tiene varios apartados:

- Identificación del deudor.
- Concurrencia de las condiciones de acceso al procedimiento.
- Inventario de bienes y derechos.
- Listado de acreedores.

Igualmente, el solicitante deberá aportar alguna información adicional, como el certificado de antecedentes penales, el certificado de rentas, la asistencia social, prestaciones o pensiones actuales, nóminas, cuentas anuales,

certificados bancarios de sus cuentas y capital mobiliario disponible, certificado de dominio y cargas de bienes muebles, así como escrituras de compra-venta e hipoteca, si las hay.

4. Exoneración del pasivo insatisfecho

Con la aprobación del procedimiento se pretendía configurar un nuevo incentivo a la actividad empresarial y profesional de las personas físicas, sin resultar necesaria la condición de empresario, en base a la modulación de la responsabilidad patrimonial ilimitada, recogida en el artículo 1911 del Código Civil. Se pretendía que los deudores de buena fe, cuando cumplieran ciertos requisitos, pudieran iniciar una nueva actividad, sin verse prácticamente avocados a la práctica de la economía sumergida.

La exoneración de este pasivo insatisfecho implica que se hubiera liquidado el patrimonio de la persona física –o que hubiera concluido el concurso por insuficiencia de masa activa, para atender los créditos contra la masa–, que el deudor hubiera actuado de buena fe, que atienda los créditos existentes contra la masa y, además, que se alcanzase un acuerdo extrajudicial de pago. En caso de no reunirse los requisitos precisos para la solicitud del acuerdo, deberán también abonarse el veinticinco por ciento de los ordinarios.

El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de enero de 2016, no admitió a trámite la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho de una persona física, en base a que entendía que no se había intentado de manera previa un acuerdo extrajudicial de pago.

Por su parte, el deudor deberá presentar la solicitud de exoneración en un plazo de quince días. Esta solicitud se trasladará a los acreedores y a la administración concursal, y posteriormente decidirá al respecto el juez del concurso.

Lógicamente, se establecen una serie de condiciones y requisitos para que finalmente se alcance esta exoneración. Esto supone que se produce una especie de permanente provisionalidad durante un período temporal de, al menos, cinco años, algo que, cuanto menos, no deja de resultar curioso, pues

difícilmente implicará la pretendida tranquilidad y estabilidad económica que se pretende.

Y es que, según ciertas actuaciones o comportamientos del deudor, e incluso en función de una mejoría de su situación económica –que, se entiende, deberá ser notable, pues de lo contrario, poca seguridad jurídica se le estaría otorgando a este deudor–, podrá volver a responder de las deudas que ya habían sido exoneradas. El supuesto, por ejemplo, podría ser la obtención de un importante premio en juegos de azar o envite, cuando el premio tuviese una dotación que permitiera entender la producción de este supuesto.

A salvo quedarían los derechos de los acreedores respecto a los obligados solidariamente con el concursado, así como también frente a sus fiadores o avalistas, pues todos ellos no podrán invocar el beneficio de exoneración respecto del pasivo que se encuentre insatisfecho. Igualmente, tampoco podrán subrogarse, por el pago posterior al a liquidación, en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, excepto que se revocase la exoneración que ya había sido concedida.

El Real Decreto Legislativo 1/2015 estableció la posibilidad de que cualquier acreedor concursal pudiera solicitar la revocación del beneficio de exoneración del pasivo, algo que sólo podía llegar a producirse en determinadas circunstancias.

Por su parte, la Ley 25/2015 añadió que esto procede en el caso de que se hubieran ocultado bienes del deudor que resultasen embargables, aunque especificó que, si mejoraba la situación económica de manera sustancial, únicamente resultaría posible la revocación si esta mejoría proviniese de herencia, legado o donación, aunque también por juego de suerte o azar. De tal manera, pues, que no resultaría posible si esta mejoría económica se hubiera producido debido a su nueva actividad profesional o empresarial.

5. Modalidades y requisitos de los acuerdos de refinanciación: acuerdos colectivos

Las refinanciaciones que lleve a cabo el deudor, siempre que cumplan los siguientes requisitos, no podrán ser rescindibles en un hipotético y futuro concurso del deudor:

- Ampliación significativa del crédito disponible, o modificación o extinción de obligaciones. Respecto al aumento significativo, no es específica cantidad económica concreta, pero se indica que para las personas jurídicas oscilaría entre el diez y el veinte por ciento, alcanzando el treinta por ciento en los créditos de las personas físicas.
- Quórum de tres quintas partes del pasivo.
- Existencia de un plan de viabilidad, para la continuación de la actividad profesional o empresarial, en corto y medio plazo –entendido como un período temporal de, al menos, tres años–.
- No resulta necesaria la intervención de un experto independiente –aunque tanto el deudor como los acreedores ostentan la capacidad para la solicitud de su nombramiento–. En su lugar, se exige la expedición de un certificado, por parte del auditor de cuentas, indicando que el acuerdo ha sido suscrito por las mayorías exigidas del pasivo.
- Formalización en instrumento público.

Únicamente respecto a los efectos del quórum de tres quintas partes del pasivo, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, modificó esta cuestión respecto a los acreedores sindicados. En este aspecto, indicó que, cuando vote a favor el setenta y cinco por ciento –o una mayoría inferior establecida en la financiación sindicada previamente–, se entenderá que todos los partícipes han optado por la suscripción del acuerdo de refinanciación.

En lo concerniente a la homologación de los acuerdos de refinanciación, debe indicarse que el juez de lo mercantil se limita en la actualidad a la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales necesarios

para su admisión a trámite. Y, si esto es así, en un período temporal breve suele emitir el Auto de homologación con extensión de efectos, sin que quepa posibilidad de valoración respecto al posible sacrificio desproporcionado que el acuerdo podrá ocasionar a quienes no participen en él o sean disidentes.

Así, los acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos exigidos podrán homologarse judicialmente para extender sus efectos también a los acreedores ausentes o disidentes, siempre y cuando hubieran sido suscritos por, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero.

Los requisitos necesarios para que el acuerdo puede ser homologado son los siguientes:

- Quórum del cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, sin que resulte necesaria la obtención de las tres quintas partes del pasivo.
- Ampliación significativa del crédito disponible, o bien su modificación o la extinción de las obligaciones.
- Existencia de un plan de viabilidad para la continuidad de la actividad profesional o empresarial a corto y medio plazo, exigiendo un mínimo de tres años.
- Supresión de la necesaria intervención de experto independiente.
- Formalización en instrumento público.

No computarán, a efectos de quórum, los pasivos de personas que se encuentren especialmente relacionadas con el deudor, acreedores que lo sean por operaciones comerciales, acreedores por créditos laborales ni acreedores de derecho público.

3. LOS PRESUPUESTOS DEL CONCURSO

SUMARIO: 1. Los presupuestos del concurso

1. Los presupuestos del concurso

Como indica el legislador, en la Exposición de Motivos de la norma, el régimen establecido en la actual Ley Concursal no supone en modo alguno una ruptura con la extensa tradición concursal en nuestro país.

De la misma manera, también se destaca en la misma parte del texto legal que el concepto de concurso ya se ha empleado con anterioridad en la normativa española, al tratarse de una expresión clásica.

Así, en su momento, utilizaron el término varios tratadistas del siglo dieciocho. Además, también lo empleó, en su *Tractatus de concursu*, del año 1616, Amador Rodríguez. Otro autor que se refirió al término fue Francisco Salgado de Somoza, quien lo empleó, en 1646, en *Labyrinthus creditorum concurrentium*.

Como indica la norma actual, con la utilización de este término no se pretende únicamente rescatar el vocablo sino emplearlo para el fenómeno unificador de los distintos procedimientos existentes en materia de insolvencia.

No obstante, sí implica una importante modificación, en las que se ha tenido en cuenta tanto las aportaciones de la doctrina, como las normativas recientes de otros países y la legislación europea.

Especialmente, el Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo del 2000, sobre procedimiento de insolvencia. Este Reglamento fue

publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* número 160, de 30 de junio de 2000, en sus páginas 1 a 18. Entró en vigor el 1 de mayo de 2002.

Como ya se ha señalado anteriormente, la Ley Concursal señaló los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado –recogidos en su artículo primero–, y se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, creándose los juzgados de lo mercantil. Además, se recogieron unos principios informadores del procedimiento concursal, concretamente los de unidad legal, de disciplina y de sistema.

Los efectos sobre los derechos fundamentales del concursado se encuentran recogidos en el artículo 1 de la Ley para la Reforma Concursal. Así, su enunciado indica que desde el momento en que se produzca la admisión a trámite de la pertinente solicitud de declaración de concurso, el juez tendrá la posibilidad de acordar en cualquier momento del procedimiento, medidas como la intervención de las comunicaciones del deudor –respetando la garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al propio concurso–, el deber de residencia del deudor, persona natural, en la población respecto a la que consta su domicilio, y la entrada y correspondiente registro en el domicilio del deudor.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Concursal, entre otras modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecía la creación de los juzgados de lo mercantil, modificando la redacción el artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del apartado 2º del artículo 75 del mismo cuerpo legal y del apartado 4º de su artículo 82, entre otros. Además, modificaba el nombre del capítulo V del título IV de la misma norma –que pasaba a denominarse “*De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de lo Contencioso–administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores*”, y añadía a la redacción de la norma los artículos 86 bis y ter, así como, entre otros, un apartado 4º al artículo 329 y el apartado 5º al artículo 330.

En lo correspondiente a la competencia, el artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que será la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, la encargada de conocer, en una instancia

única, de los distintos procesos establecidos por la normativa respecto a las controversias que afectan a los intereses de los empresarios y de los trabajadores, cuando nos refiramos a un ámbito que sea superior al del juzgado de lo social, pero no sea superior al correspondiente al de una Comunidad Autónoma.

El artículo 82 de este mismo cuerpo legal alude a cuestiones de orden penal que conocerán las Audiencias Provinciales y, por su parte, el artículo 86 ter de este texto indica que, de manera general, en cada una de las provincias que dispongan de jurisdicción y sede judicial en su capital, existirá al menos un juzgado de lo mercantil. No se delimita el número máximo, entendiéndose que existirán los suficientes —o los necesarios, si bien estos términos no son necesariamente sinónimos— para que no se produzca atasco judicial alguno.

En lo concerniente a los principios generales de la Ley Concursal, encontramos en primer lugar la unidad de regulación. En función de este principio se ha procedido a la regulación, en un mismo texto legal, de todos los aspectos del concurso, tanto procesales como materiales. En este aspecto, la única excepción es la de aquellas materias que, debido a su naturaleza, exigían una norma con rango de Ley Orgánica.

El segundo principio es el de unidad de disciplina, respondiendo a ello la superación de la existencia de distintas instituciones concursales que había en la legislación anterior, en función de si el concursado era o no comerciante. En la actualidad, este régimen concursal se aplica a todo el mundo, independientemente de que se trate de un comerciante o no.

Como tercer principio encontramos la unidad de sistema. En virtud del mismo, se impone un único procedimiento, que goza de la necesaria flexibilidad para su adecuación a las distintas situaciones que pueden producirse y para la adopción de diferentes soluciones para la obtención de la satisfacción de los acreedores.

Además de estos principios generales, también existen las denominadas líneas generales de la Ley Concursal, que pueden dividirse en varias.

Como primera línea general de la normativa, encontramos la determinación del presupuesto objetivo para la posibilidad de declaración del concurso, identificado en esencia con la insolvencia del deudor, entendido este como el estado patrimonial del deudor que se muestra incapaz de cumplir regularmente con las obligaciones que le son exigibles.

Como ya sabemos, la declaración de concurso procederá independientemente de que el deudor sea una persona física o jurídica.

En lo concerniente, además, a las personas físicas, el artículo 567 del texto refundido indica que puede declararse el concurso respecto a la herencia, siempre y cuando todavía no se encuentre aceptada. Como legitimados para esta solicitud, encontramos al administrador de la herencia yacente, a los herederos y también, por supuesto, a los acreedores del deudor fallecido. El punto tercero del artículo 568 señala, también, que cuando sea un heredero quien realice la solicitud del concurso, esto implicará la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Continuando con el caso especial de la herencia, se entiende que se produce un concurso de carácter voluntario cuando el primero en solicitar el concurso es uno de los herederos, o el administrador de la herencia yacente.

Sin embargo, las entidades integrantes de la organización territorial del Estado español, así como los distintos organismos públicos y el resto de los entes de derecho público no pueden ser, en ningún caso, declarados en concurso.

Puede tener el lector, en mente, una situación de declaración concursal acaecida en Argentina, hace algunos años. En ese caso, se produjo la imposibilidad del pago de las deudas por parte del Estado. Siguiendo la redacción del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, tal situación no podría producirse, en ningún caso, en nuestro país.

Como segunda línea de la normativa, encontramos la regulación de los efectos de la declaración del concurso respecto del deudor, los acreedores, las ejecuciones y los contratos pendientes de cumplimiento.

Tales problemáticas se encuentran recogidas, especialmente, en los artículos 123 a 130, y 143 a 180 del texto refundido de la Ley Concursal. En este aspecto, puede destacarse el derecho de asistencia y voz, en las sesiones de los órganos colegiados correspondientes a la persona jurídica que se encuentre en situación de concurso, que ostenta la administración concursal.

Relacionada con esta cuestión, encontramos que los administradores o, en su caso, los liquidadores del deudor persona jurídica, serán los encargados de la continuidad en la representación de la entidad cuando se trate del concurso. La representación se extenderá incluso durante el tiempo que ocupe la liquidación de la totalidad de la masa activa de la persona jurídica.

Respecto a los administradores, como ya sabemos, pueden tener retribución económica de algún tipo –bien una cantidad económica fijada previamente, o bien una participación en los beneficios de la sociedad–, o realizar las tareas de manera gratuita.

Para el primero de los casos, el artículo 130 del texto refundido de la Ley Concursal establece que, en el caso de tener retribución, el juez encargado del concurso podrá decidir que el administrador cese en sus funciones, o establecer una reducción en sus emolumentos, en función del contenido y la complejidad derivados de las funciones de sus tareas de administración, y del volumen de la masa activa.

En lo concerniente a los bienes o derechos existentes sobre la masa activa, cuando pendan sobre ellos actuaciones o procedimientos de ejecución, quedarán en suspenso desde el momento en que se declara el concurso, sin que exista perjuicio alguno en el tratamiento concursal que les corresponda.

Por su parte, en lo que respecta a los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores en el concurso, debe indicarse que, una vez se produce la declaración del concurso, no resultará posible que se inicie ningún procedimiento de ejecución sobre los bienes o derechos que resulten precisos para la realización de la actividad profesional o empresarial de la persona concursada. Cuestión que se refleja en el artículo 145 del texto refundido de la Ley Concursal.

Distinta regulación deviene respecto a aquellos bienes de la masa activa que no resulten imprescindibles para la continuidad de la actividad profesional. En este aspecto, cabrá la posibilidad de inicio de procedimientos de ejecución o realización forzosa. Para realizar esto, será preciso acompañar a la demanda –o al procedimiento judicial o administrativo correspondiente–, la resolución del juez del concurso, en la que se declare que no estos bienes no resultan imprescindibles para esta continuidad de la actividad profesional o empresarial.

El pronunciamiento, respecto a esta necesidad o no del bien concreto corresponde, como es lógico, al juez encargado del concurso, que se pronunciará cuando existe solicitud al respecto del titular del derecho real, resultando también obligatoria la audiencia previa a la administración concursal, independientemente de la fase en la que se encuentre el concurso de acreedores. Se pronuncia, a este respecto, el artículo 147 del texto refundido de la Ley Concursal.

El artículo siguiente, el 148 del mismo cuerpo legal, recoge los supuestos en los que estos titulares de derechos de garantía pueden iniciar dichos procedimientos de ejecución –o realización forzosa– sobre los bienes y/o derechos cuya tramitación se encuentre suspendida.

Una vez producida la apertura de la fase de liquidación, ocurrirá la pérdida del derecho al inicio de realización forzosa o ejecución de una garantía existente sobre bienes y derechos de la masa por parte de los distintos acreedores que no hubieran llevado a cabo el ejercicio de estas cuestiones antes de la declaración del concurso –o que no las iniciasen pasado un año desde la declaración del concurso correspondiente.

Además, debe especificarse que la declaración de concurso no supone una causa de resolución anticipada del contrato, de modo que las partes continuarán con sus respectivas obligaciones. De igual modo, y como indica el artículo 156 del texto refundido de la Ley Concursal, se considerarán como inexistentes, en caso de que estuvieran recogidas en el contrato, aquellas cláusulas que indiquen la resolución o la extinción del contrato por la declaración concursal de una de las partes.

Por lo tanto, ambas partes se encontrarán en la obligación de ejecutar las prestaciones que se encuentren comprometidas por las partes, tal y como indica el artículo 158 del texto refundido de la Ley Concursal.

Puede producirse, también, que una vez perfeccionado el contrato, una de las partes hubiera ya cumplido con todas las obligaciones contractuales, y la otra no –bien se encuentre en un cumplimiento parcial, o no hubiera realizado todavía ninguna de sus obligaciones–. En esa situación, el crédito o la deuda correspondiente al concursado se incluirá en la masa activa o en la pasiva del concurso.

No obstante, si se produjera la declaración de concurso, esto no afectará a la posibilidad de ejercitar la denuncia unilateral del contrato en los casos en que la norma lo prevea.

En los contratos de tracto sucesivo, y únicamente en estos, tal y como indica el artículo 160 del texto refundido de la Ley Concursal, resultará posible la realización de la resolución del contrato una vez declarado el concurso, si se produjo el incumplimiento antes de la declaración concursal.

Cuando se produzca la declaración del concurso, y el contrato establezca obligaciones recíprocas que se encuentren pendientes, la resolución contractual podrá realizarse si se produce un incumplimiento posterior de alguna de las partes.

Esta última cuestión reseñada, recogida en el artículo 161 del texto refundido de la Ley Concursal, la normativa parece no contar con un supuesto que, en la práctica, puede producirse. Así, permitiendo la posibilidad de resolución contractual una vez producido el concurso, si en obligaciones recíprocas se produce un incumplimiento por alguna de las partes, puede entenderse que se permite la resolución unilateral del contrato. Esto es, si hemos perfeccionado un contrato con obligaciones recíprocas, y la contraparte entra en concurso –o nosotros mismos–, podremos calcular qué resulta económicamente más interesante, si el cumplimiento del contrato o su incumplimiento.

La correspondiente acción por esta resolución del contrato –si alguna de las partes no ha cumplido, por la razón que sea, su obligación contractual–, deberá ejercitarse ante el juez del concurso.

Esta resolución del contrato implicará la extinción de las obligaciones de las partes. Así, no existirá obligación de cumplimiento de aquellas que todavía no estén realizadas. Ahora bien, cuestión distinta supondrán las obligaciones que ya hubieran sido cumplidas. En este aspecto, dichas obligaciones deberán incluirse en el concurso, situándose como activo o pasivo en función de cuál de las partes hubiera ya cumplido sus obligaciones contractuales.

Si se cumplen todas las condiciones para la resolución del contrato, el juez deberá aceptarla, pero existe una excepción a esta regla general. Tal excepción implica que, aunque en el caso en particular exista causa de resolución, el juez deberá atender al interés del concurso, lo que implicará que, si el interés del concurso no es el de la resolución, dicho contrato deberá ser cumplido.

Además, debe reseñarse que una vez se produzca la declaración del concurso, tal y como indica el artículo 169 del texto refundido de la Ley Concursal, las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales –lo que incluye el traslado, despido, reducción de jornada y suspensión de contratos– debidas a causas económicas, técnicas, de producción u organizativas, deberán tramitarse por las reglas establecidas en la propia normativa concursal.

La administración concursal tiene potestad para requerir la colaboración del concursado, así como el auxilio del juzgado. Si los representantes de los trabajadores, o la propia administración concursal, solicitasen al juez la participación de otras personas, sean naturales o jurídicas, en el período de consultas, podrán solicitar el auxilio del juzgado que entiendan necesario para la pertinente comprobación.

Esta cuestión también puede producirse si nos encontramos no ante una empresa, sino ante una unidad empresarial. En tal caso, puede solicitarse la documentación económica consolidada en la compañía en cuestión, o la del resto de las empresas de la unidad.

En el caso que la solicitud llegase acompañada de un acuerdo que se hubiera suscrito entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, no resultará necesaria la apertura de ningún período de consultas. Igualmente, el juez, podrá en cualquier momento –a instancias de los representantes de los trabajadores o de la propia administración concursal–, sustituir el período de consultas por la mediación o el arbitraje que resulte de aplicación.

No debe olvidarse, no obstante, que este sometimiento a mediación o arbitraje debe realizarse de manera voluntaria, pues esta voluntariedad deviene básica en estas instituciones.

Cuando se alcance –si se alcanza– un acuerdo, este precisará la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores. En algunos casos, se requiere la mayoría de los miembros de la comisión que represente a los trabajadores. En ambos casos, deberán representar a la mayoría de los trabajadores afectados.

En caso de existencia de algún acuerdo, el juez deberá aprobarlo, como regla general. Ahora bien, si el juez apreciase la existencia de algún tipo de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, no deberá aprobar este acuerdo.

Otra de las líneas de la Ley Concursal es la sustitución del sistema anterior por unas acciones específicas de reintegración, que se encuentran destinadas a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa.

En este aspecto, el artículo 226 del texto legal indica que, una vez se produzca la declaración del concurso, se convertirán en rescindibles aquellos actos que resulten perjudiciales para la masa activa y que se hubieran producido, por parte del deudor, en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la declaración concursal, incluso aunque no hubiera existido –o no hubiera podido demostrarse, podríamos indicar– intención fraudulenta.

La intención fraudulenta puede presumirse cuando el deudor venda algún bien de su propiedad a un tercero, por un precio claramente por debajo del mercado. En este caso, independientemente de que el tercero conozca la

delicada situación económica del vendedor o no, y de que pretenda o no aprovecharse de esta situación económica, la operación entrará dentro de la redacción de este artículo. No obstante, si se demuestra esta intención fraudulenta, la responsabilidad resultará más grave.

Por supuesto, también se entiende que ha habido intención fraudulenta cuando el bien concreto no se vende por debajo del precio de mercado, sino que se regala. En estos casos, suele hacerse dicho regalo o donación a un familiar próximo. El artículo 227 se expresa en este sentido, indicando que se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de disposiciones a títulos gratuitos, sin admitirse prueba en contrario.

Aunque, también reconoce el propio texto del artículo una serie de excepciones –liberalidades de uso, pagos u otros actos de extinción de algún tipo de obligación que tuvieran como fecha de vencimiento una posterior a la declaración concursal (establece aquí una excepción a la excepción, reseñando que si estas últimas contasen con una garantía real, la norma general no resultaría de aplicación).

Puede ocurrir, no obstante, que no pueda demostrarse la existencia de intención fraudulenta –bien porque existan indicios de que así fue, pero no sean pruebas concluyentes, bien porque realmente en ningún momento existió dicha intención fraudulenta–. En estos casos, en los que el bien se venda por un precio acorde al mercado, o incluso superior, si se entiende que la operación ha resultado perjudicial para el deudor, operará el artículo 226.

Debe entenderse esto, no obstante, en función de la información disponible en aquel momento y que estuviera al alcance de los integrantes de la operación. Por ejemplo, si un tercero ha adquirido un paquete de acciones del deudor, al precio del mercado, sin prevalerse de sus problemas económicos –incluso sin siquiera conocerlos–.

Si estas acciones experimentan en los siguientes meses un rápido incremento económico, pero no existía información de curso legal y dominio público que permitiera saber que esto iba a ocurrir así, no deberá perjudicarse al tercero adquirente pues, aunque existe un perjuicio en el patrimonio del deudor, esto no podría saberse en el momento de la transacción. Sería el caso,

por ejemplo, de alguien que hubiera vendido en septiembre del año 2019 acciones de alguna compañía farmacéutica que, a raíz del Covid-19, ha logrado una importante subida del valor de sus acciones.

El artículo 228 del texto refundido de la Ley Concursal nos señala cuándo debe presumirse el perjuicio patrimonial, pero sí se admite prueba en contrario. Así, se indica que se operará de este modo en los supuestos de actos de disposición a título oneroso que se hubieran realizado en favor de alguna persona que se encuentre especialmente relacionada con el deudor. Esto no implica, obligatoriamente, que deba tratarse de algún familiar –de familia nuclear o más lejana–, sino que también pueden ser antiguos socios –o actuales en otros negocios–, o amistades.

Otro supuesto recogido en el artículo 228 son los actos de constitución de algún tipo de garantía real, cuando están sean realizadas a favor de obligaciones que ya existan, o de alguna obligación nueva que se contraiga para suplir a las anteriores.

Finalmente, el último supuesto de este artículo se refiere a los pagos, o cualquier otro acto que implique la extinción de alguna obligación, cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso, siempre y cuando cuenten con la constitución de una garantía real.

Si nos encontrásemos ante algún acto que no se encuentre comprendido en los artículos referidos, la norma indica, en su artículo 229, que el perjuicio patrimonial deberá ser probado por la persona que esté ejercitando la acción rescisoria. Por lo tanto, en este supuesto ya no será el deudor quien tenga que demostrar que no se produjo ningún tipo de perjuicio a la masa activa, sino que será quien alegue la producción del mismo, la persona que deberá justificarlo.

Continuando con los actos rescindibles, el artículo 230 del texto refundido de la Ley Concursal recoge aquellos que no podrán resultar objeto de tal rescisión. Así, especifica que esto no resultará posible respecto de los distintos actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial, cuando el deudor los hubiera realizado en condiciones normales –se entiende, en el

ejercicio de su actividad profesional o empresarial, los necesarios para llevar a cabo la realización de la misma–.

Igualmente, tampoco serán rescindibles los actos de constitución de garantías, cuando se hubieran realizado a favor de créditos públicos. En el mismo sentido, cuando estas garantías se constituyesen en favor del Fondo de Garantía Social.

Si nos encontramos con actos que estén comprendidos en leyes especiales que regulen sistemas de pago y de compensación, así como de liquidación de valores o de instrumentos derivados, los actos tampoco serán rescindibles. En último término, tampoco resultarán rescindibles los actos mediante los cuales se instrumenten medidas de resolución de entidades de crédito, o de empresas de servicios de inversión.

Como última ratio de esta cuestión, el artículo 238 del texto refundido de la Ley Concursal establece que, una vez se hubiera declarado el concurso, resultarán impugnables, mediante cualquier acción que sea legítima y procedente–, los actos del deudor que fueran anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Dichas acciones deberán ejercitarse, lógicamente, ante el juez del concurso.

Si el lector quiere incidir en estas cuestiones, puede consultar los artículos 231 a 237, 598 a 604, 698 y 699 del texto refundido de la Ley Concursal.

La cuarta de las líneas generales de la Ley Concursal implica la simplificación, en relación al sistema existente con anterioridad, de los órganos que resultan necesarios en el procedimiento. En este aspecto, serán órganos comunes en todos los procesos el juez de lo mercantil y la administración concursal. Precisamente, esta administración ha sufrido nuevas regulaciones con posterioridad a la aprobación de la normativa, siendo la última la acaecida en virtud de la Ley 17/2014, de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, constituyendo la quinta línea general de la Ley Concursal.

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 238, de 1 de octubre de 2014, en sus páginas 77261 a 77289. Entró en vigor el 2 de octubre del mismo año.

La que puede considerarse como sexta línea principal de la Ley Concursal es la correspondiente a la introducción de una nueva categoría, los créditos subordinados, en la que se recogen aquellos que entiende el legislador deben quedar clasificados por detrás de los ordinarios. Precisamente, la siguiente línea principal alude a este cambio en algunos parámetros de la clasificación, pues la norma ha reducido notablemente los privilegios y preferencias que existían anteriormente a efectos concursales.

Otra de las líneas generales es la facilitación de solución del concurso mediante el convenio, fomentando el acuerdo entre las partes, respecto a la liquidación de la sociedad. Para la tramitación de este convenio existen varios artículos, regulándose entre el 104 y el 110 de la Ley Concursal, y también en el 142 y siguientes de este cuerpo legal.

La novena línea general de la Ley Concursal es una de las materias que mayor reforma ha sufrido. Alude a la calificación del concurso –la formación de la sección de calificación se establece para supuestos concretos–, entendiéndose en la actualidad que puede ser fortuito o culpable.

Así, el artículo 441 indica que los concursos pueden calificarse de dos modos distintos, bien como fortuitos, bien como culpables. Incide la norma, además, en que esta categorización no supondrá vinculación alguna a los jueces de lo penal, que pueden, independientemente de la calificación del concurso, entender la producción de algún comportamiento constitutivo de delito –como recoge el artículo 462 del mismo cuerpo legal–.

Si bien ya hemos indicado con anterioridad que la tendencia es hacia la declaración de los concursos como fortuitos, el artículo 442 del texto refundido de la Ley Concursal indica que la declaración de concurso culpable se producirá cuando en la aparición del estado de insolvencia, o en su agravación, hubiera intervenido el comportamiento del deudor, con dolo o culpa

grave. Incluye la posibilidad de generación de estas cuestiones por sus representantes legales y, si nos referimos a una persona jurídica, resultará posible que se entienda comportamiento culpable por los administradores, liquidadores o directores generales –estipulando un plazo máximo de dos años antes de la declaración del concurso–.

Además, se establecen, en el siguiente artículo de la norma, una serie de directrices sobre cuándo se deberá calificar el concurso como culpable; incluyendo supuestos como la apropiación –alzamiento– de todos o parte de los bienes por parte del deudor, en perjuicio de los acreedores; o cuando el deudor hubiera, antes de la fecha de declaración del concurso, realizado cualquier acto jurídico tendente a la simulación de su situación patrimonial; entre otros supuestos.

El problema habitual, por supuesto, deviene en la prueba de la producción de algunos actos. No obstante, en los supuestos recogidos por el artículo 443, se indica que el concurso se calificará como culpable, directamente, no abriendo por tanto la posibilidad a prueba en contrario, pero no permitiendo tampoco, por supuesto, que pueda hacerse sin la existencia de algún tipo de prueba.

Por su parte, el artículo 444 del texto refundido de la Ley Concursal establece cuándo se presume culpable el concurso, permitiendo la prueba en contrario. Entre los supuestos recogidos se encuentra el incumplimiento de solicitud de la declaración de concurso por parte de quienes deben realizarlo; esto es, el deudor o sus representantes legales, los administradores o liquidadores.

Si bien el artículo 444 regula otros supuestos, resulta ciertamente sorprendente la declaración de concurso culpable por no solicitar el concurso, cuando realmente el motivo de alcanzar este punto no tiene por qué deberse a una negligencia o actuación culposa por la cual no pueda hacerse frente a las deudas generadas. Máxime, esta cuestión, cuando en situaciones de actuación dudosa siempre persiste la obligación de la declaración de concurso fortuito.

Debe reseñarse que se consideran cómplices a aquellos sujetos que hubieran cooperado con el deudor –o sus representantes legales, administradores, liquidadores o directores generales–, mediando dolo o culpa grave, en la realización de cualquier tipo de actuación que hubiera supuesto la calificación del concurso como culpable. Además, el artículo 457 del texto refundido de la Ley Concursal indica que el contenido de la sentencia en la que produzca la calificación del concurso, como culpable, deberá inscribirse en el Registro público concursal.

Como última línea general de la Ley Concursal, debe mencionarse, en el orden procedimental, la rapidez y la simplicidad –en comparación con la normativa anterior–. La normativa pretendía reducir la complejidad que existía en el concurso, con el objetivo de una resolución más rápida, sin por ello perjudicar las necesarias y pertinentes garantías procesales.

4. LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El juez de lo mercantil / 3. El órgano de administración concursal / 4. La junta de acreedores / 5. El Ministerio Fiscal

1. Introducción

Los órganos del procedimiento concursal no son idénticos en todos los casos, estableciéndose una clara diferencia entre los que siempre existirán –juez de lo mercantil y administración concursal– y aquellos que únicamente se formarán en algunas situaciones concretas –junta de acreedores y Ministerio Fiscal–.

No obstante, antes de entrar en la consideración de cuáles serán los órganos del procedimiento concursal y sus respectivas funciones, conviene reseñar cuándo puede solicitarse el concurso.

Lo primero que deberá tenerse en cuenta para esta solicitud es que la empresa se encuentre en una situación que le impida cumplir regularmente – en tiempo y forma– sus obligaciones, ya sean crediticias, tributarias o de cualquier otra índole. No estamos, por lo tanto, refiriéndonos a una situación meramente puntual de un impago concreto, sino a una cuestión de carácter más general. La Ley es explícita cuando indica que se refiere a insolvencia como a la imposibilidad de continuar con las obligaciones crediticias de la empresa, estableciendo al respecto una diferencia con lo que podría considerarse como un mero *bache temporal*.

Además, la normativa diferencia entre insolvencia actual e inminente. La empresa que se encuentre en insolvencia actual es aquella que se muestra ya incapaz de cumplir con sus obligaciones, mientras que la que se encuentra en situación de insolvencia inminente es la que prevé la imposibilidad de

cumplimiento regular y puntual de sus obligaciones más próximas. La doctrina se ha pronunciado respecto a cuándo se produce la insolvencia, indicando que se dará cuando se produzca *“una impotencia del patrimonio del deudor para atender al cumplimiento regular de las obligaciones que gravitan sobre el mismo”* (Duque Domínguez, 2005, p. 1006).

No obstante, en la actualidad, la propia normativa define el concepto de insolvencia. El artículo 2 del texto refundido de la Ley Concursal, en su apartado tercero, establece la distinción entre insolvencia actual e insolvencia inminente, al indicar que:

“3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.”

Para los casos en que se alcancen estas situaciones –o estén muy próximas a producirse, siendo por lo tanto la insolvencia inminente–, nuestro ordenamiento jurídico contempla el mecanismo del concurso de acreedores, con la finalidad de la satisfacción del mayor número posible de las deudas contraídas, y el aseguramiento de que ningún acreedor reciba algún tipo de trato arbitrario, ni en favor ni en perjuicio del resto de acreedores.

Respecto a quién se encuentra legitimado para la realización de la solicitud de concurso, encontramos varias personas que disponen de esta capacidad. En primer lugar, como es lógico, el propio deudor, pudiendo además ser requerido por cualquiera de sus acreedores y también por el mediador concursal, en los supuestos en que se inicie el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. En los casos en que el deudor sea una persona jurídica, los órganos competentes para la solicitud de la declaración de concurso serán el órgano de administración o el de liquidación.

La normativa no establece única y exclusivamente quiénes tienen la legitimación para la solicitud del concurso, sino que también recoge cuáles son los plazos que deben seguirse. Así, una vez el deudor conozca su estado

de insolvencia, tiene la obligación legal de solicitud, en el plazo máximo de dos meses, de la declaración de concurso de acreedores.

Antes de la finalización del plazo de la solicitud, el deudor tiene la posibilidad de poner en conocimiento del juzgado que ha iniciado las negociaciones para lograr un acuerdo de refinanciación, o bien para la obtención de las adhesiones necesarias para continuar adelante con el concurso de acreedores.

Además, debe tenerse en cuenta que, desde la presentación de esta comunicación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para que continúe la actividad profesional o empresarial del deudor.

Por lo tanto, de esta afirmación debe entenderse que sí resulta posible que continúen su tramitación las ejecuciones judiciales o extrajudiciales que ya estén iniciadas y afecten a bienes o derechos que sean precisos para continuar la actividad. Además, también deberá entenderse posible que se inicien ejecuciones judiciales o extrajudiciales respecto a aquellos bienes o derechos que no se consideren necesarios para la continuidad de la actividad.

Durante el período de negociaciones, el deudor tiene el derecho a la solicitud, de manera expresa, de no publicación del concurso en los registros pertinentes –tal y como recoge el ya transcrito artículo 585.3 del texto refundido de la Ley Concursal–. De este modo, se resguarda la situación financiera del deudor respecto a la opinión pública, lo que permite al deudor la negociación de la precisa refinanciación sin el estigma social que implica la incursión en concurso de acreedores.

Deben, también, diferenciarse dos tipos distintos de solicitud de concurso, pudiendo por tanto distinguirse entre concurso voluntario y necesario.

Entendemos que se produce un concurso voluntario cuando la solicitud es realizada por la persona física o la encargada responsable de la sociedad, en el caso de las empresas. En estos casos, bien el empresario individual, bien el societario, es quien, al tener el conocimiento de la posible incapacidad de pago de una situación de insolvencia aún no declarada, tiene la obligación

de presentar la solicitud del concurso en un plazo máximo de dos meses. No obstante, se entiende que, si se admite a trámite en plazo, a pesar de encontrarse obligado por la normativa, se trata de un concurso voluntario. De no solicitarse el concurso, el responsable de dicha solicitud se expone a pena de multa o incluso a imputaciones penales, pues el juez puede entender que la imposibilidad de pago fue provocada para fines ilícitos.

Por lo tanto, a pesar de su denominación de solicitud voluntaria de concurso, realmente nos encontramos ante una obligación de carácter legal, con muy importantes consecuencias contra el responsable de su realización, en caso de incumplimiento de la misma.

Por su parte, los artículos 569 y 572 del texto refundido de la Ley Concursal recogen supuestos de carácter especial, concretamente, el primero de ellos alude a la cuestión de la herencia. Mientras, el segundo se refiere a las comunicaciones especiales de la solicitud de concurso voluntario o necesario, por razón de la persona del deudor. Ambos resultan aplicables tanto al concurso voluntario como al necesario.

En lo concerniente a la solicitud necesaria, se produce cuando el concurso de acreedores resulta fruto de un requerimiento de un acreedor o de alguno de los socios de la empresa que, generalmente, se encuentre en desacuerdo con la dirección de la compañía. Un juez tramitará la solicitud de concurso de acreedores y decidirá respecto a su aprobación o no.

Llegados a este punto, debe aludirse al título del epígrafe, e indicarse cuáles son los órganos del concurso. Como se ha indicado con anterioridad, encontramos dos órganos que estarán presentes en todos los procedimientos, como son el juez y el órgano de administración, y otros dos que sólo intervendrán en algunos procedimientos concretos, como son la junta de acreedores y el Ministerio Fiscal.

2. El juez de lo mercantil

En primer lugar, por tanto, tenemos al juez de lo mercantil. Se trata del órgano jurisdiccional del concurso. Respecto a dicha jurisdicción, es exclusiva y

excluyente, extendiéndose a todas las materias que se encuentran enumeradas en los artículos 44, 52 y 53 del texto refundido de la Ley Concursal, y en el artículo 86.1 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la estructura orgánica del concurso, el juez queda configurado como el órgano rector del procedimiento. La normativa le dota de facultades más amplias que aquellas de las que disponía con la reglamentación anterior. El objetivo de ello es que pueda adoptar las decisiones que resulten más adecuadas en función de las concretas circunstancias de cada caso en particular.

La concentración de todas las materias consideradas de especial relevancia para el patrimonio del deudor en un único órgano viene justificada por la necesidad estructural de carácter universal –que abarque la totalidad del patrimonio– del concurso. De no alcanzarse esta premisa, no se logrará la función de conservación o mejora del patrimonio del deudor, lo que supondría en definitiva la mejora tanto del propio deudor como de sus acreedores.

Los juzgados de lo mercantil tienen su sede en la capital de cada una de las provincias del país, y su jurisdicción abarca todo el territorio de la misma. No obstante, pueden establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia, cuando así lo aconsejen el índice de la población, la existencia núcleos industriales o mercantiles, y la actividad económica. En estos casos, debe delimitarse el ámbito concreto de su jurisdicción. Además, también pueden establecerse juzgados de lo mercantil que extiendan el ámbito de su jurisdicción a dos o incluso más provincias de la misma Comunidad Autónoma.

Por lo tanto, la competencia para conocer del concurso queda atribuida a los juzgados de lo mercantil, que fueron creados por la Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal. En ella, quedan configurados como órganos especializados dentro del orden jurisdiccional civil. En la misma normativa se justifica la creación de estos juzgados en la consideración del carácter universal del concurso, que implica la concentración en un único órgano judicial de la competencia necesaria para resolver todos los asuntos que afecten al patrimonio del deudor, aunque se trate de materias pertenecientes a

distintos ámbitos jurídicos que, hasta el momento de aprobación de la ley, se encontraban asignadas a tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales.

En general, la atribución de la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil se realiza por la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de sus artículos 26 y 86 ter (el texto del anterior artículo 8 de la Ley Concursal –actuales 44.1, 52 y 53 del texto refundido de la Ley Concursal– no hacía sino reiterar lo ya indicado en el artículo 86 ter.

En virtud de la atribución de competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil, estos conocerán en primera instancia de lo concerniente tanto a la apertura como la denegación del concurso y, en caso de que este se declare, de todas aquellas actuaciones que integren la sustanciación del proceso concursal, desde el primer instante del mismo hasta su finalización.

En lo respectivo a la competencia funcional, el juez de lo mercantil tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de determinadas materias. A este respecto, deben reseñarse los artículos 52 a 56 de la norma.

La jurisdicción del juez de lo mercantil se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con la excepción de las anteriormente recogidas en el artículo 8 de la Ley Concursal –actuales 44.1, 52 y 53 del texto refundido de la Ley Concursal–, de las administrativas o las sociales que se encuentren relacionadas directamente con el concurso, o cuya resolución resulte necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento concursal.

La decisión respecto a estas cuestiones no surtirá efecto alguno fuera del proceso concursal en que se produzca.

En lo concerniente a la competencia territorial, deben distinguirse el fuero principal, el electivo y la concurrencia de solicitudes de concurso.

El fuero principal implica que la competencia para la declaración y tramitación del concurso corresponde al juzgado de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Como tal lugar se entenderá aquel en que el deudor ejerza de modo habitual y reconocible por terceros la administración de esos intereses. Si el deudor es una persona jurídica, se presumirá –salvo prueba en contrario– que el centro de sus

intereses principales se encuentra en el lugar del domicilio social. A estos efectos, devendrá ineficaz el cambio de domicilio realizado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Respecto al fuero electivo, si el deudor tuviera su domicilio en España, y el lugar de dicho domicilio no coincidiera con el del centro de sus intereses principales, también será competente –a elección del acreedor solicitante– el juez de lo mercantil en cuyo territorio se encuentre dicho domicilio. La competencia territorial se atribuye en estos casos, por tanto, a los juzgados de ambos lugares, correspondiendo la decisión de opción de uno u otro al acreedor.

Respecto a la competencia territorial para conocer de un concurso secundario, la norma establece que, si el deudor no tiene en España el centro de sus intereses principales, pero sí un establecimiento que se encuentre abierto resulta posible plantear en España una solicitud de concurso secundario o territorial –circunscribiéndose únicamente al objeto que le resulta propio–. Cuando esto suceda, el competente para la tramitación del concurso será el juez de lo mercantil en cuyo territorio se encuentre este establecimiento –entendido como tal cualquier lugar de operaciones en que el deudor ejerza de manera continuada una actividad humana, con el empleo de medios humanos y bienes y, en caso de existencia de varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante–. En caso de producción de concurrencia de solicitudes de concurso –entendiéndose, en juzgados de lo mercantil distintos, pues si se trata de varias solicitudes en el mismo, no existiría problema alguno–, será preferente aquel juzgado ante el que se hubiera presentado la primera solicitud.

Finalmente, en la ateniendo al examen de oficio de la competencia, la norma establece que el juez de lo mercantil examinará de oficio su competencia.

3. El órgano de administración concursal

La administración concursal es el principal órgano del concurso, dadas las funciones que tiene atribuidas. En gran medida, de este órgano depende la consecución de la finalidad concursal de dar satisfacción a los acreedores.

Una vez se declara el concurso mediante auto judicial, el juez ordena la formación de la administración concursal, formada por una única persona, que puede ser física o jurídica.

En efecto, nada impide que se encarguen de la administración concursal las personas jurídicas, igual que sucedía con la administración de las empresas, que podían estar a cargo también de personas jurídicas. Además, al igual que sucede con la administración de compañía ejercida por persona jurídica, esta última deberá en la administración concursal indicar una persona natural, que será la encargada de realizar la representación en el cargo.

La administración concursal es la encargada de administrar diligentemente la masa concursal, –en el caso de inhabilitación del deudor para la administración y gestión del patrimonio–, o la responsable de la supervisión de la actividad del deudor, en los casos en que no se encuentre habilitado para ello. La finalidad es, en todo caso, garantizar con la masa concursal los legítimos intereses de cobro de todos los acreedores.

A pesar de que la norma general indica que únicamente estará integrada la administración concursal por una persona, en caso de concursos de especial trascendencia –por la concurrencia de causa de interés público–, el juez podrá nombrar, además de al primero, a otro administrador concursal, que será o una administración pública acreedora, o una entidad de derecho público que sea acreedora. La representación de la administración, no obstante, siempre recaerá sobre el primer administrador.

Otro supuesto especial son los concursos conexos y acumulados. En este caso, aunque existan varios procedimientos, cada uno de ellos con su respectivo administrador, el juez tendrá la potestad de nombrar uno único.

Por tanto, cuando la administración se encuentre integrada por más de un miembro, las funciones se ejercerán de manera conjunta, y las decisiones serán tomadas de forma mancomunada, excepto para las competencias que el juez atribuya de manera exclusiva a alguno de ellos.

El administrador, para comenzar en el ejercicio de su cargo, deberá estar inscrito en el Registro público concursal y, una vez sea nombrado para

la administración de algún concurso, aceptar de manera expresa su nombramiento. Pueden consultarse los artículos 60 y siguientes de la norma.

El cargo de administrador concursal es retribuido, correspondiéndole al juez la fijación, mediante auto, de dicha retribución, según el arancel que la reglamente.

Además de lo indicado, la aptitud para ser administrador viene también marcada por las incompatibilidades y prohibiciones para el acceso al cargo –artículos 64 y 65 del texto refundido de la Ley Concursal.

No obstante, los administradores han podido ser nombrados sin ningún tipo de problema, pero la finalización del concurso no es la única posibilidad por la que pueden cesar en su cargo –si bien, es una de ellas y la más habitual, por la que deberán rendir cuentas a su finalización–. Además de este motivo, también pueden cesar en su cargo por separación, recusación o renuncia.

4. La junta de acreedores

La junta de acreedores es uno de los órganos del concurso que no siempre se constituyen, pues resultará necesaria en función del desarrollo del proceso. En caso de acuerdo respecto a una propuesta anticipada, no será necesaria. En cambio, en los supuestos en que se alcance la fase de convenio se precisará de su existencia.

Este órgano se encuentra formado por la totalidad de los acreedores, y gozaba de mayor importancia con la legislación anterior. La finalidad, en esa normativa que ya no se encuentra vigente, radicaba en la discusión y votación de las distintas proposiciones de convenio que le fueran presentadas, imponiéndose lo acordado en esta junta a todos los acreedores. El problema, en la práctica, consistió en la producción de numerosos fraudes, lo que implicó que la actual normativa concursal simplificase los órganos del concurso, dejando con una importancia más residual esta junta de acreedores.

Puede definirse la junta de acreedores como el órgano de formación de la voluntad de los acreedores para la aceptación, si así lo estiman

conveniente, de una propuesta de convenio. La adopción de los acuerdos se produce mediante el régimen de mayorías establecido.

Como su nombre indica, el único interés al que representa esta junta de acreedores es el de los propios acreedores que forman parte de la misma. La única junta de acreedores que tiene celebración expresamente contemplada en el texto refundido de la Ley Concursal es aquella que debe deliberar y, llegado el caso aceptar, una propuesta de convenio.

Como se ha indicado, por tanto, la junta de acreedores es un órgano que únicamente se constituirá cuando se produzcan determinadas condiciones, lo que implica que no es un órgano necesario del concurso. En ningún caso se constituirá si, finalizada la fase común, no se abre la de convenio, sino la fase de liquidación.

Tampoco se constituirá cuando se presenta, y aprueba, en la fase común por el sistema de adhesiones, una propuesta anticipada de convenio, ni cuando abierta la fase de convenio transcurra el plazo sin que se presente ninguna propuesta de convenio, o sin que se admitan a trámite las presentadas. Así lo reflejan los artículos 333, 376, 381 y 390 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal.

La convocatoria de la junta de acreedores únicamente tiene lugar cuando finaliza la fase común del concurso, y el juez abre mediante auto la fase de convenio. En dicho auto, ordenará la fijación de lugar, día y hora para la reunión –como recoge el artículo 360 del texto refundido de la Ley Concursal, en sus puntos primero y tercero–.

No obstante, cuando el número exceda de trescientos acreedores, el juez puede acordar en el mismo auto de apertura de la fase de convenio la tramitación escrita de la propuesta de convenio, en cuyo caso no procederá la convocatoria de la junta de acreedores.

El plazo que debe transcurrir entre la convocatoria y la reunión de la junta se encuentra establecido en función de diversos supuestos, debiendo reunirse en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria.

En lo referente al *quórum* necesario para la válida constitución, queda fijado en la concurrencia de acreedores que titulen –por importe–, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Por su parte, el concursado deberá asistir, bien personalmente, bien mediante representación.

La junta de acreedores está presidida por el juez o, excepcionalmente, por el miembro de la administración que el juez designe. Actúa como secretario el que lo sea del juzgado, siendo asistido en sus funciones por la administración concursal, cuya presencia como miembro de la junta es imprescindible.

Además, la asistencia a la junta de acreedores es obligatoria para los miembros de la administración concursal –como también lo es, como hemos referido anteriormente, para el concursado–. También tienen derecho de asistencia todos los acreedores que figuren en la lista definitiva, debiéndose elaborar por el secretario la correspondiente lista de asistentes a la junta.

Al respecto, pueden consultarse los artículos 363 a 365 del texto refundido de la Ley Concursal.

La sesión de la junta de acreedores con objeto de debatir y votar las propuestas de convenio presentadas se abre por el presidente, que será el responsable de dirigir las deliberaciones y sobre los extremos controvertidos. Después, el secretario expone las propuestas de convenio admitidas a trámite, siendo sometidas a deliberación y votación, comenzándose por la presentada por el concursado. Si fuera aceptada, ahí termina el procedimiento. En caso de no serlo, se votarán tantas como se hubieran presentado, hasta la aprobación de alguna de ellas, o hasta que no queden más propuestas. El orden para las presentadas por los acreedores se establece en función de la cuantía del total de los créditos titulados por sus firmantes, comenzándose con la que tenga una cantidad mayor.

En la deliberación de cada propuesta, el presidente concede la palabra a quienes lo hayan solicitado, y puede entender suficientemente debatida la propuesta una vez se hubieran producido alternativamente tres intervenciones en cada sentido. Cuando finalice el debate, el presidente somete la propuesta a votación nominal, por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Estos acreedores tendrán plena libertad en el sentido de su voto,

incluso aunque hubieran previamente firmado la propuesta que está votándose o se hubieran adherido a ella.

El secretario extenderá el acta de la junta, en la que se relata de manera sucinta lo ocurrido en la deliberación de cada una de las propuestas, y se expresa el resultado de las distintas votaciones, con indicación del voto de aquellos acreedores que así lo soliciten. Una vez leída y firmada el acta por el secretario, el presidente levanta la sesión. Al respecto, los artículos 364, 372 y 373 del texto refundido de la Ley Concursal.

5. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal no está configurado específicamente como un órgano del concurso, produciéndose su intervención en el mismo únicamente como parte de la sección sexta, relativa a la calificación del concurso, siempre y cuando proceda su apertura, y para que emita el correspondiente dictamen.

No obstante, también se contempla la actuación del Ministerio Fiscal en algunos trámites, como el planteamiento de cuestión de competencia de carácter internacional por declinatoria, y la adopción de medidas respecto a los derechos fundamentales del concursado.

Además, la normativa impone al Ministerio Fiscal dos deberes cuando intervenga en actuaciones por delitos contra el patrimonio contra el orden socio económico. Estos deberes son instar al juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos que pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, así como la comunicación de esta misma información a los acreedores cuya identidad resulta de las actuaciones penales en curso.

El concurso de acreedores se divide en cuatro fases distintas; la llamada fase común, la fase de convenio, la fase de liquidación y la fase de calificación.

Respecto a la primera fase, pueden igualmente distinguirse cuatro distintas. Así, en la primera se produce la solicitud de declaración del concurso, llevándose a cabo el estudio, por parte del juez, de esta solicitud, pudiendo aplicarse medidas cautelares. En la segunda tiene lugar la resolución judicial, mediante la cual se declarará el concurso o se desestimaré esta posibilidad.

Si se hubiera declarado el concurso, la siguiente fase implicará la determinación de la masa activa existente en la empresa. Finalmente, resultará también necesario conocer la cantidad de masa pasiva, así como la realización de la clasificación de los distintos créditos que tiene la sociedad —estos se distinguirán entre especiales, generales, ordinarios y subordinados—.

En la fase de convenio se recibirán las distintas propuestas de convenio, tanto por parte del deudor, como por parte de cualquier acreedor presente en el concurso. Todas las propuestas presentadas deberán contener la proposición de quita o de espera, pudiendo incluso coexistir ambas en la misma proposición, con la obligación de especificación de un plan de pagos lo más detallado posible.

Debe distinguirse, esta posibilidad, de la propuesta anticipada, recogida en el artículo 333 del texto refundido de la Ley Concursal.

Las distintas proposiciones de convenio presentadas —bien por parte del deudor, bien por los acreedores— deben suponer, obligatoriamente, la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

Una vez se hubieran presentado las distintas propuestas de convenio, los acreedores podrán votar en la junta de acreedores por aquella que consideren más favorable a sus intereses —sin preocuparse, si así lo deciden, de lo que resulte más beneficioso para el concursado—. Si alguna propuesta de convenio obtiene la mayoría suficiente para su aprobación —lo que implicará automáticamente que no se voten el resto—, y carece de cualquier defecto o infracción, el juez aprobará este convenio.

La tercera fase es la de liquidación. El deudor concursado tiene la potestad de solicitar, en cualquier momento del concurso, que se inicie la fase de liquidación, lo que supondrá la imposibilidad de continuar con la actividad empresarial.

Igualmente, se abrirá la fase de liquidación cuando, de las propuestas de convenio presentadas, ninguna hubiera sido aprobada –o no se hubiera presentado ninguna propuesta de convenio–, entre otros casos. Abierta la fase de liquidación, el deudor perderá todas sus facultades de gestión y administración, recayendo esta labor en el administrador concursal.

La liquidación consiste, en esencia, en la venta de todos los bienes del deudor, con el objetivo de pagar la máxima cantidad posible de deuda a los acreedores, siguiendo el orden de prelación marcado por la normativa.

Posteriormente se produce la fase de calificación. En ella, se realiza una reflexión respecto al concurso de acreedores, para analizar si puede catalogarse el mismo como un concurso fortuito o como culpable.

Se considerará culpable cuando, en la generación de insolvencia, se aprecie dolo o culpa grave del deudor. Si el juez considera que se ha producido un concurso culpable, el afectado o afectados serán inhabilitados para administrar bienes ajenos, condenados a devolver los bienes o derechos que se hubieran obtenido de manera indebida del patrimonio del deudor y, además, deberán indemnizar a los acreedores por los daños causados.

Cierto resulta que, en la práctica, los concursos declarados como culpables son más la excepción que la regla, y salvo que existan pruebas flagrantes respecto a una evidente mala praxis, o respecto a una actuación de mala fe que esté perfectamente tasada, un pronunciamiento judicial en este sentido no resulta habitual.

Una vez aprobado el convenio, este resulta de obligado cumplimiento para las partes, pudiendo ser cumplido –que resulta en la solución ideal– o no.

La finalización del proceso concursal se producirá una vez que se cumpla el convenio, presentándose ante el juzgado correspondiente la justificación de su cumplimiento y, si lo entiende cumplido el juez, dictará auto declarándolo así. Este auto deberá publicarse en periódicos y boletines y, una vez firmado este auto, el Juez dictará un nuevo auto, en este caso, de conclusión del concurso, que pondrá fin al procedimiento y supondrá que la sociedad se encuentre ya liberada de las deudas.

5. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Solicitud del procedimiento concursal / 3. Declaración de concurso / 4. Tramitación común del concurso / 5. Terminación del procedimiento concursal / 6. El procedimiento abreviado / 7. El incidente concursal

1. Introducción

La constitución de un empresario en concursado, y el posterior inicio del procedimiento concursal se producirán, únicamente y sin ningún tipo de excepción, mediante una resolución judicial. Por tanto, no existirá ningún tercero con capacidad de decisión al respecto.

La función principal que cumple en el procedimiento esta declaración judicial de concurso estriba en la constatación de la situación patrimonial en que se encuentra el empresario. Es decir, se busca la comprobación de esta situación económica que plantea el problema y que, por lo tanto, se intentará solventar mediante el procedimiento concursal.

Así, la función del presupuesto objetivo de la declaración judicial de concurso consiste en asegurar que el procedimiento concursal se inicie solo cuando resulte necesario –ni antes, ni después, ni por mero capricho de alguna de las partes–, pues la realización del inicio en período extemporáneo de este procedimiento perjudicará a todas las partes afectas –esto es, tanto al deudor, como al conjunto de acreedores del mismo–. No obstante, la consecución de este presupuesto se encuentra plagada de dificultades.

Dichas dificultades aparecen por la propia disciplina del concurso, pero también por otras vías. Así, los incentivos que condicionan la conducta del deudor y de los acreedores también constituyen parte del problema.

De esta manera, respecto a la primera de las cuestiones, debe indicarse que la disciplina del concurso puede resultar problemática. Lo será, en la

medida en que altera el contenido de las titularidades preconcursales de los distintos acreedores –o de alguno de ellos–. Produce una serie de incentivos para que los acreedores utilicen de manera estratégica el procedimiento concursal, con el único objetivo de obtener cierta ventaja, la que les proporciona el proceso.

Así, el conocimiento del funcionamiento de este procedimiento concursal permitirá que algunos acreedores mejoren en la posición que ostentaban anteriormente, implicando la obtención de ciertos beneficios, en detrimento de los menos avezados o expertos en la materia.

Además, los distintos incentivos que condicionan la conducta individual de los acreedores y del deudor también influirán y dificultarán, en algunas ocasiones, el inicio del procedimiento concursal.

Los acreedores, si los analizamos de manera individual, preferirán el ejercicio individual de sus derechos –especialmente si han iniciado ya algún trámite o se encuentran próximos al cobro de aquella cantidad que se les adeuda– respecto al ejercicio colectivo. Al fin y al cabo, si actúan de manera individual, cabe la posibilidad de obtención de la satisfacción de su crédito, incluso aunque el patrimonio del concursado no resulte suficiente para la satisfacción del crédito de todos los acreedores.

De este modo, la tendencia de los acreedores será preferir el ejercicio individual si entienden que así podrán cobrar toda la deuda –aunque esta apreciación no siempre se corresponda con la realidad–. Entenderán, además –incluso con total certeza en algunas ocasiones–, que el ejercicio colectivo implicará únicamente la satisfacción parcial de sus intereses, especialmente cuando sean conocedores del patrimonio del concursado y de la cuantía económica de las deudas generadas.

Por su parte, el empresario que se encuentre en situación de insolvencia tampoco tendrá, en principio, interés alguno en someterse al procedimiento concursal. Entenderá que, si continúa con el ejercicio de la actividad empresarial, dispondrá de la posibilidad de superar la situación económica de insolvencia en que se encuentra, arriesgando única y exclusivamente un patrimonio empresarial que, realmente, ya no le pertenece, pues estará

invirtiendo un capital que es propiedad de los acreedores. De este modo, el riesgo no será tal, pues si nada le pertenece, nada puede perder.

En este sentido, deben destacarse los elementos presentes en la norma concursal, que persiguen la incentivación de la conducta del deudor y de los acreedores, con el objetivo de lograr un inicio del procedimiento concursal que no resulte problemático. Dichos elementos se encuentran constituidos por:

- Deber de solicitar la declaración de concurso que pesa sobre el acreedor, recogido en el artículo 5 del texto refundido de la Ley Concursal.
- La sanción previa, en caso de incumplimiento de este deber por parte del deudor.
- Otorgamiento de un privilegio general al crédito del acreedor, en el instante de la declaración de concurso.

2. Solicitud del procedimiento concursal

El proceso concursal, cuando es ordinario, se inicia mediante la presentación de un escrito de solicitud de declaración de concurso. Como ya sabemos, este escrito puede presentarse por el deudor –el conocido como concurso voluntario–, pero también por uno o varios acreedores, o por cualquier persona legitimada –en todos estos casos, se denomina concurso necesario–.

Igualmente, también se encuentra legitimado para la solicitud de la declaración de concurso el mediador concursal, en los supuestos concretos permitidos por la normativa concursal.

Respecto al concurso voluntario, debe reseñarse que el deudor que se encuentre en situación de insolvencia tiene el deber de solicitud del concurso. Es decir, que no es una posibilidad que atañe al deudor, sino que directamente es un deber, entendido como obligación. De esta manera, puede entenderse ficticio el apelativo de voluntario, pues en la práctica se está dotando de obligación al deudor a llevar a cabo el inicio del procedimiento concursal, incluso aunque no esté de acuerdo en realizarlo.

Además, deberá proceder al inicio dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido su estado de insolvencia –o debido conocer su estado de insolvencia si hubiera actuado diligentemente–.

En el escrito de solicitud de declaración de dicho concurso debe expresar si este estado de insolvencia es actual –ya se ha producido– o si es inminente –va a producirse en un breve período de tiempo–. Incluirá, también, todos los documentos exigidos en la normativa. Tiene, además, la posibilidad de acompañar una propuesta anticipada de convenio, para evitar el concurso de acreedores, siempre y cuando obtenga la adhesión de los acreedores necesarios.

En lo concerniente al concurso necesario, la solicitud de declaración para este tipo la podrá presentar cualquier acreedor, encontrándose también legitimados los socios, miembros o integrantes de la persona jurídica que se hallen obligados a responder personalmente de las deudas de la misma. Además, tendrán igualmente legitimación al respecto los herederos del deudor fallecido, así como el administrador de la herencia.

En el escrito de solicitud deberá expresarse con total claridad cualquier información relativa al crédito, acompañándose del documento que acredite la legitimación de quien lo solicita. También se propondrán los distintos medios de prueba de los que pretenda valerse el solicitante, con el objeto de acreditar los hechos en los que esté fundamentando su solicitud, especialmente y de manera particular los concernientes al estado de insolvencia del deudor.

Lógicamente, la apertura del concurso no puede dejarse al arbitrio de la decisión de terceras personas ajenas a la persona jurídica, aunque sean legitimados en el proceso, sino que deberá acreditarse convenientemente.

Así, por ejemplo, no constituye causa de inicio de procedimiento concursal el mero impago de una deuda, si la persona jurídica dispone de suficiente patrimonio para hacer frente a la misma. Es decir, si no ha realizado el pago porque no lo ha considerado conveniente, por el motivo que sea; en tales casos, no cabrá la solicitud de apertura de procedimiento concursal, sino que deberá operarse demandando en los tribunales.

3. Declaración de concurso

Respecto al concurso voluntario, una vez se ha presentado la solicitud de concurso por parte del deudor, el juez deberá dictar Auto, declarando el concurso, si de la documentación aportada entiende que se ha producido la existencia de alguno de los hechos que implican la producción de la insolvencia que alega el deudor. Además, si el Auto inadmite o desestima la solicitud de esta declaración de concurso, el deudor solicitante tendrá la posibilidad de interponer recurso de reposición, no resultando posible ningún otro recurso al respecto. Estas cuestiones se encuentran reguladas en los artículos 10.2 y 12 del texto refundido de la Ley Concursal.

En lo concerniente al concurso necesario, una vez presentada la solicitud por un acreedor –o varios–, y esta se encuentre fundamentada en un embargo o en una investigación del patrimonio que hubieran resultado infructuosos, o que hubiera dado lugar a la declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará Auto en el que se declare el concurso, que se iniciará en el primer día hábil siguiente.

En el resto de los casos posibles, una vez se admita a trámite la solicitud de declaración de concurso, deberá emplazarse al deudor para que comparezca, en el plazo de cinco días. Al deudor se le pondrán de manifiesto los Autos y tendrá la posibilidad, si lo estima oportuno, de formular oposición, proponiendo aquellos medios de prueba de los que vaya a intentar valerse para defender su postura.

En cambio, si el deudor emplazado se allana, o no formula oposición alguna –incluso, si se desestima esta oposición–, el juez, si entiende que concurren los presupuestos materiales requeridos para la insolvencia, dictará Auto declarando el concurso de acreedores.

Dictará el juez la misma resolución si, con posterioridad a la solicitud de cualquier de los legitimados para realizar dicha solicitud, y antes de ser emplazado, el propio deudor hubiera instado el inicio del concurso.

Respecto al contenido que incluirá el Auto, debe indicarse que dicho Auto de declaración del concurso contendrá todos los pronunciamientos que,

a propósito de su carácter –sea necesario o voluntario–, de sus efectos –personales y patrimoniales–, nombramiento y facultades de los administradores, así como medidas cautelares y publicidad, resulten menester.

Igualmente, contendrá también el resto de las prevenciones que resulten propias a cada caso. Toda esta información venía recogida con anterioridad en el artículo 21 de la Ley Concursal; sin embargo, en la actualidad, se corresponde con una amalgama de artículos en el texto refundido de la Ley Concursal; concretamente, se refieren a ello los artículos 28, 30 a 33, 252 a 254 y 573.

Todo lo concerniente a la declaración de concurso se tramitará en la primera pieza. En el Auto de declaración que se dicte en esta primera pieza se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta.

Además, existirán una serie de efectos procesales de la declaración del concurso. Así, como consecuencia de esta declaración de concurso, encontraremos los siguientes efectos:

- No resultará posible que se produzcan ejecuciones singulares, ni tampoco apremios administrativos o tributarios, contra el patrimonio del deudor. Además, las actuaciones en tramitación quedarán en suspenso, desde la fecha de declaración del concurso, y sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos –artículos 142 a 144 del texto refundido de la Ley Concursal–.
- Se paralizarán las ejecuciones que se encuentren basadas en garantías reales, y las acciones de recuperación asimiladas, en tanto se negocie un convenio o se abra la correspondiente liquidación. El período máximo para esto será de un año, a partir de la declaración del concurso –artículos 145 a 151 del texto refundido de la Ley Concursal–.
- Por su parte, los jueces de los órdenes civil, mercantil y social, ante los que se interponga demanda atribuida a la competencia objetiva y funcional del juez del concurso, deberán abstenerse de conocer de ella. Además, los jueces de lo contencioso–administrativo, social o penal ante los cuales se ejerciten, con posterioridad a la pertinente declaración de concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el

patrimonio del deudor, deberán emplazar a la administración concursal. En tal caso, si se personasen, la tendrán como parte en defensa de la masa –cuestión recogida en el artículo 136.3 del texto refundido de la Ley Concursal–.

- Finalmente, respecto a los juicios en tramitación en los cuales el deudor sea parte, estos continuarán hasta la firmeza de la correspondiente sentencia. Como excepción, resultarán acumulables al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia, y no hubiera finalizado el acto de juicio o la vista, todos aquellos juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada –contra sus administradores o liquidadores, sean de hecho o de derecho, y contra los auditores–. Esta cuestión se encuentra regulada –en lugar de los artículos 50 y 50 bis, como ocurría antes de la aprobación del texto refundido, en los artículos 119 a 120, 136 a 139, y 242.5°.

4. Tramitación común del concurso

Respecto a la tramitación común del concurso, deben distinguirse dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, las piezas o secciones del mismo –no resultando obligatorio que todos los procedimientos concursales cuenten con todas ellas– y, en segundo lugar, las dos fases o etapas del concurso.

En lo concerniente a las piezas y secciones del procedimiento concursal, la norma ordena el procedimiento en seis secciones. En cada una de las respectivas secciones, se tramitarán cuantas piezas separadas –una por cada sección, o varias– resulten necesarias o convenientes para el correcto desarrollo y la necesaria claridad del procedimiento concursal –como indica el artículo 508 del texto refundido de la Ley Concursal–.

En la sección primera se encuentra comprendido todo lo relativo a la declaración el concurso, las medidas cautelas que deberán adoptarse, la resolución final de la fase común, la conclusión y, en su caso y si finalmente resultase necesaria, la reapertura del concurso.

La sección segunda engloba todo lo relativo a la administración del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, como también la determinación de las facultades y su ejercicio. Igualmente, se refiere a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los mismos.

Respecto a la tercera sección, en ella se encuentra inserta cualquier cuestión que incida en la determinación de la masa activa del concursado, las autorizaciones precisas para la enajenación de derechos y bienes, la sustanciación del proceso, la decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, y también las deudas de la masa.

Por su parte, en la sección cuarta encontramos lo relativo a la determinación de la masa pasiva del deudor, la comunicación, el reconocimiento, la graduación y la clasificación de los distintos créditos y el pago a los acreedores. Además, se incluyen dentro de esta misma sección, pero en pieza separada, los juicios declarativos –si los hubiera– contra el deudor que estuvieran acumulado al concurso, y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

En lo concerniente a la quinta sección, esta engloba las cuestiones relativas al convenio y a la liquidación. En ella quedan incluidos el convenio anticipado –si se presenta y aprueba–, y la liquidación anticipada.

Finalmente, la sexta sección se encarga de todo lo relativo a la calificación del concurso y los efectos derivados de la misma.

Además, como indicábamos con anterioridad, en la tramitación común del concurso también se producen las dos fases –o etapas– del concurso.

Las secciones y las piezas en las cuales se tramita el concurso no implican necesariamente fases sucesivas, sino que se refieren a que se producen como actuaciones separadas. Algunas de estas pueden abarcar prácticamente la totalidad del procedimiento –como acostumbra a ocurrir con la sección segunda–.

No obstante, el procedimiento presenta, como resulta lógico, una sucesión temporal, pero existen diversas líneas de avance, que se coinciden en el tiempo –de lo contrario, el procedimiento se eternizaría en algunos casos–.

Igualmente, se produce una relativa relación de subordinación entre el contenido de las actuaciones desarrolladas en cada una de las secciones. Por ello, la norma distingue dos grandes fases, o etapas, en la propia tramitación del procedimiento concursal.

La primera fase común de esta tramitación se abre con la declaración del concurso, finalizando tras la presentación de la administración concursal. Una vez concluido el plazo de impugnaciones o, en su caso, una vez se hayan resuelto las impugnaciones formuladas contra el inventario o contra la lista de los acreedores.

La anterior fase común puede terminar desembocando en una segunda fase, de carácter alternativo, que puede ser de convenio, o de liquidación. También cabe la posibilidad, no obstante, de que tras la fase de convenio se abra la fase de liquidación, en determinados supuestos, como podría ser la plena convicción de inviabilidad de la persona jurídica, lo que implicaría en la práctica la no aprobación del convenio por parte de los acreedores.

Para poder alcanzar esta segunda fase, tendente a la conclusión del procedimiento concursal, resultará necesario que la actividad y las funciones desarrolladas por parte de la administración concursal queden concretadas, exactamente en un informe con el contenido. Dicho contenido se encuentra especificado en los artículos 292 y 293 del texto refundido de la Ley Concursal.

En tal sentido, deberá incluirse en el informe emitido por parte de la administración concursal, cuestiones como el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, caso de ser necesario –por la existencia de una o varias propuestas de convenio–, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio y el plan de liquidación, así como también la valoración de la empresa en su conjunto, y de las unidades productivas correspondientes.

Este informe concluirá con la exposición, de carácter motivado, de los administradores concursales, respecto a la situación patrimonial del deudor, y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes –a juicio de los administradores concursales, cuya recomendación es la inclusión de datos por exceso–, para la posterior tramitación del concurso.

5. Terminación del procedimiento concursal

Como sabemos, la finalidad última, el objetivo perseguido con el procedimiento concursal es la obtención, si resulta posible, de un convenio que implique un acuerdo entre los acreedores y el deudor, para la satisfacción de los créditos que se encuentren reconocidos. Así, en la medida de lo posible, y persiguiendo las mejores condiciones para todos, la opción idónea es la obtención de dicho convenio. Pero no resulta la única manera posible de finalización del procedimiento, pues también puede producirse –de manera ordenada–, la liquidación del patrimonio del deudor con esa misma intención.

Por lo tanto, el procedimiento puede finalizar de diversas maneras:

En primer lugar, puede producirse por convenio, cuyo posible contenido puede consistir en la proposición de una quita –que implica la reducción de un porcentaje de la deuda–, una espera –que supone el retraso en el pago de los créditos ya vencidos–, o una combinación acumulativa de ambas.

Además, también puede producirse por proposiciones de carácter alternativo, bien para todos o para una clase concreta de acreedores –entre ellas, pueden incluirse ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, por ejemplo–. Igualmente, la solución puede consistir en alguna proposición de enajenación de bienes, derechos –o ambos–, que no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional del deudor.

Finalmente, encontramos también como opciones la aprobación de un plan de pagos, o la de un plan de viabilidad.

En lo respectivo al convenio, cabe la posibilidad de una propuesta anticipada de convenio, de una proposición ordinaria de convenio o, también, la posibilidad de tramitación escrita.

En segundo lugar, puede producirse también la finalización del procedimiento por liquidación. Esta liquidación podrá iniciarse a instancia de parte, o de oficio. Se producirá cuando no exista ningún tipo de acuerdo entre deudor y acreedor o acreedores.

6. El procedimiento abreviado

La normativa concursal contempla la posibilidad de aplicación de un procedimiento de carácter abreviado, cuando concurren determinadas circunstancias, concretamente, la previsible sencillez del concurso.

Así, el juez podrá aplicar este procedimiento abreviado cuando, en aras de la información disponible en ese momento, considere que el concurso no reviste de especial complejidad, atendiendo a una serie de circunstancias, de carácter cumulativo, tales como:

- Lista de acreedores, presentada por el deudor, que incluya menos de cincuenta acreedores.
- Una estimación inicial, del pasivo, que no exceda de cinco millones de euros.
- Valoración de los bienes y derechos que no alcance el total de cinco millones de euros.
- También resulta aplicable este procedimiento abreviado cuando el deudor presente una propuesta anticipada de convenio, o una propuesta de convenio, que incluya algún tipo de modificación estructural para la transmisión íntegra del activo y del pasivo. Se pronuncia, a este respecto, el artículo 522.2 del texto refundido de la Ley Concursal.
- Además, se aplicará, obligatoriamente, el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto a la correspondiente solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita, de carácter vinculante, de compra de la unidad productiva en funcionamiento. Igualmente, se aplicará cuando el deudor hubiera cesado por completo su actividad profesional, y no estuviera en vigor ningún contrato laboral. A este respecto se pronuncia el artículo 523 del texto refundido de la Ley Concursal.

En lo concerniente al procedimiento abreviado, puede producirse la incoación y el cambio de procedimiento. A este respecto, una vez presentada la solicitud del concurso, el juez realizará la tramitación que corresponda, atendiendo a

lo que resulte de la misma. Dispondrá, además, que se sustancie por el procedimiento ordinario, o por el abreviado, según sus características particulares.

En cualquier momento de la tramitación podrá acordarse, bien de oficio o a requerimiento del deudor o de la administración concursal, el cambio de procedimiento. Cabrá esta opción cuando se compruebe la concurrencia – o la falta de la misma–, de los requisitos establecidos en la norma para cada uno de los casos, como indica el artículo 524 del texto refundido de la Ley Concursal.

Las diversas particularidades del procedimiento abreviado están especificadas en los artículos 307 y 525 a 528 del texto refundido de la Ley Concursal, –antiguo artículo 191 de la Ley Concursal, dividido tras la reforma en varios–. Estas cuestiones afectan, básicamente, a la reducción de los plazos – de ahí la importancia del procedimiento abreviado–, a la simplificación de los trámites –clave para la reducción de los plazos– y la resolución del procedimiento en una sola vista.

Existen también diversas especialidades del procedimiento abreviado, en caso de producirse la solicitud de concurso con la presentación de propuesta de convenio, o con presentación del plan de liquidación. En cualquier caso, para lo no contemplado por la normativa respecto al procedimiento abreviado, resultarán de aplicación supletoria las normas del procedimiento ordinario.

7. El incidente concursal

El incidente concursal se divide en tres partes diferenciadas, siendo tales el objeto y las partes, el propio procedimiento y los recursos.

7.1. Objeto y partes

El ámbito objetivo del incidente concursal implica que todas aquellas cuestiones suscitadas durante el concurso, que no encuentren su tramitación señalada en otra normativa, deberán ventilarse por el denominado “incidente

concurzal”, regulado en los artículos 532 a 546 del texto refundido de la Ley Concursal.

Se sustanciarán por el siguiente procedimiento:

- En primer lugar, todas aquellas cuestiones que sean distintas de las que constituyan el objeto principal del concurso, pero que tengan relación inmediata con el mismo, y requieran un procedimiento de carácter declarativo –así como las que se susciten en lo referente a presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso, siempre y cuando carezcan de procedimiento específico señalado en la normativa.
- En segundo lugar, las demandas en que se deduzca la existencia de pretensiones de carácter civil o laboral, que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso, como consecuencia de la competencia atrayente.
- Posteriormente, los juicios civiles o laborales que se hubieran iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, y se encuentren en primera instancia, pues deberán acumularse al mismo.
- Además, no se admitirán aquellos incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad.

En cuanto a la cuestión de la legitimación, se encuentra legitimada para promoverlo cualquier persona comparecida en el concurso, o que pudiera ser parte del mismo –artículos 3 y 4 del texto refundido de la Ley Concursal–. Además, también lo están los administradores concursales.

Respecto a la intervención, se entiende que cualquier persona que hubiera comparecido en el concurso tendrá la capacidad de intervención, con plena autonomía, en el incidente concursal.

7.2.El procedimiento

En lo referente a la demanda, esta se presentará en la forma prevista para el juicio ordinario en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juez, por su parte, denegará la admisión cuando la cuestión planteada sea impertinente, o carezca de la entidad necesaria para ser tramitada por la vía incidental

—además de en los casos de falta de los presupuestos procesales requeridos con carácter general—. El Auto será recurrible en apelación.

La admisión de la demanda no implicará la suspensión del procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, bien de oficio o mediante instancia de parte, acuerde la suspensión de cuantas actuaciones entienda que puedan verse afectadas por la resolución que se dicte, como indica el artículo 533 del texto refundido de la Ley Concursal.

En lo concerniente al emplazamiento y la contestación, si la demanda se admite a trámite, se emplazará al resto de las partes que se hubieran personado en el concurso, previa entrega de copia, para que en el plazo común de diez días la contesten por escrito, en la forma prevenida para el juicio ordinario, según recoge el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, respecto a la tramitación posterior y la correspondiente decisión, una vez contestada la demanda, o transcurrido el plazo de contestación, el proceso continuará conforme las siguientes reglas:

- Únicamente se citará a las partes para la vista cuando se hubiera presentado escrito de contestación a la demanda, exista algún tipo de discusión respecto a los hechos, y estos resulten relevantes a criterio del juez. Además, resulta preciso que hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa declaración de su pertinencia y utilidad.
- Esta vista será desarrollada en la forma prevista para los juicios verbales en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- En cualquier otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Ocurrirá lo mismo cuando la única prueba que resulte admitida sea la documental, y estos documentos ya se hubieran aportado al proceso sin haber resultado impugnados por alguna de las partes. Igualmente ocurrirá cuando sólo se hubieran aportado informes periciales, y ni las partes ni el propio juez soliciten la presencia de los peritos que realizaron el informe en el juicio, para la ratificación del mismo.

En cualquiera de los supuestos reseñados con anterioridad, si en el escrito de contestación se planteara algún tipo de cuestiones procesales, o se suscitaran

por el demandante, a la vista de dicho escrito y en el plazo de cinco días desde que se le trasladó el mismo, el juez las resolverá, dictando la resolución que corresponda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7.3. Los recursos

Contra las resoluciones dictadas por el secretario judicial, en el concurso, cabrán los mismos recursos que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil –esto es, los recursos de reposición y revisión–.

Contra las providencias y Autor que dice el juez del concurso únicamente cabrá recurso de reposición, excepto que en la norma se excluya todo posible recurso, o se otorgue la posibilidad de presentar otro distinto.

Contra los Autos resolutorios de recursos de reposición, dictados por el Juez, y contra las sentencias que se hubieran dictado en incidentes concursales promovidos en la fase común –o en la de convenio–, no cabrá ningún tipo de recurso. No obstante, las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación, siempre que hubieran formulado propuesta en el plazo máximo de cinco días.

En lo concerniente a las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan los incidentes concursales que se hubieran planteado con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá contra ellas recurso de apelación, cuya tramitación se llevará a cabo con carácter preferente.

De oficio, o a instancia de parte, el juez del concurso podrá acordar, siempre de manera motiva, al admitir el recurso de apelación, la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Esta decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial, a solicitud de parte, formulada mediante escrito que se hubiera presentado ante aquella, en los cinco días siguientes a la notificación de la decisión del juez del concurso.

Cabrá recurso de casación, así como extraordinario por infracción procesal, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las audiencias, relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones concernientes a la determinación de las masas activa y pasiva del concurso.

Por último, contra la sentencia que resuelva incidentes concursales, relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda con el juez del concurso, cabrá recurso de suplicación, así como los demás recursos que se encuentran previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que esto implique la producción de efectos suspensivos respecto a la tramitación, ni tampoco de ninguna de sus piezas.

6. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La administración concursal / 3. Efectos de la declaración de concurso

1. Introducción

Como ya sabemos, la declaración del concurso depende la concurrencia de tres presupuestos, que deben cumplirse en todos los casos.

El primero de ellos es el presupuesto objetivo. En tal sentido, establece los distintos hechos que desencadenan la declaración de concurso. El texto refundido de la Ley Concursal establece, en su artículo 2, como presupuesto objetivo la situación de insolvencia del deudor, entendiendo como tal el estado en el cual se encuentra dicho deudor, que no puede cumplir de manera regular con las obligaciones exigibles a las que se ha comprometido.

El presupuesto subjetivo, por su parte, determina cuáles son los sujetos que pueden ser declarados en situación concursal. Así, el artículo 1 del texto refundido de la Ley Concursal indica que pueden verse insertos en esta situación tanto los sujetos personas físicas, como personas jurídicas –englobando, en este último punto, tanto a las empresas de manera independiente, como a las unidades empresariales–.

Finalmente, resulta necesario también el presupuesto formal. Se entiende, como tal, el Auto de declaración de concurso, que deberá ser dictado por el juez competente –en esencia, será competente el juez de lo mercantil del lugar donde se encuentre el centro de intereses del deudor–.

2. La administración concursal

La tremenda complejidad del concurso de acreedores, y la pluralidad de intereses que se encuentran en juego en estos procesos –no olvidemos que, al margen del deudor, lo habitual será que existan varios acreedores, cada uno de ellos con intereses particulares en el proceso– determinan la necesidad de existencia de un órgano específico que constituirá la figura central de cada uno de los concursos. Este órgano es la administración concursal.

Dicha administración concursal ejercerá como delegada de la autoridad judicial, actuando con facultades asesoras y de auxilio al juez. No busca, por tanto, el beneficio del acreedor –aunque también es algo importante–, sino que fundamentalmente actúa en favor de la justicia y de un correcto procedimiento.

2.1. Estructura del órgano de la administración concursal

Con anterioridad a la reforma de la ley concursal, la administración concursal se encontraba integrada por un órgano de carácter colegiado, compuesto por un abogado con una experiencia profesional, acreditada, de al menos cinco años de ejercicio, un auditor de cuentas o economista que cumpliera las mismas condiciones, y un acreedor, que podía ser persona natural o jurídica.

No obstante, el sistema no terminó de resultar en la práctica todo lo idóneo que había previsto el legislador, pues en varias ocasiones la tendencia del acreedor se dirigía más hacia la satisfacción de las deudas propias, que hacia el beneficio del mayor número posible de acreedores. Por ello, si bien en la actualidad se vigila más esta figura, también se exige que el acreedor no sea titular de un crédito con garantía real.

Además, la normativa estipula quiénes no pueden formar parte de la administración concursal, bien por incompatibilidades –recogidas en el artículo 64 del texto refundido de la Ley Concursal–, o por prohibiciones –en el siguiente artículo del mismo cuerpo legal–.

Existía, no obstante, una excepción a esta regla general: el procedimiento abreviado. En tal caso, no será un órgano colegiado, sino que la administración concursal estará constituida por un único miembro.

Para el nombramiento de los integrantes de la administración concursal, el juez los nombrará de entre las listas de administradores concursales que consten en el juzgado, el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y los colegios profesionales correspondientes. En esencia, los profesionales se apuntan a la lista, si así lo deciden y ostentan el título pertinente, y salvo situaciones especiales, esta lista se respeta para el nombramiento, según orden de comienzo del concurso y prelación en el listado.

Si la situación concursal implica que el deudor es una entidad de valores cotizados en bolsa o similar, la propuesta del auditor no la realizará el juzgado, sino que será la Comisión Nacional del Mercado de Valores la encargada de esta tarea.

Igualmente, no será el juzgado quien nombre la administración concursal si el concursado es una entidad de crédito, en cuyo caso corresponderá la potestad de nombramiento al Fondo de Garantía Social. Si el deudor es una entidad aseguradora, esta facultad corresponderá al Consorcio de Compensación de Seguros.

Como se ha reseñado con anterioridad, en el caso de producción de un procedimiento abreviado, nos encontraremos con un único miembro. En tal situación, quien ostente el cargo podrá ser un abogado, un auditor de cuentas o economista e, incluso, una sociedad profesional. Todos ellos, por supuesto, deberán tener las correspondientes acreditaciones para ejercer el cargo.

Puede producirse, también, el caso contrario al del procedimiento abreviado, que destaca por su relativa sencillez. Existen, igualmente, procedimientos concursales cuya complejidad excede los baremos habituales. En estas situaciones, resulta posible que la administración concursal solicite al juez autorización expresa para poder delegar ciertas funciones relacionadas con el procedimiento en un auxiliar delegado, con el objetivo de facilitar una mejor gestión del procedimiento.

2.2. Funciones y ejercicio del cargo por parte de los administradores concursales

La administración concursal dispone de diversas facultades, tanto respecto a la administración, con en lo concerniente al patrimonio del concursado. Estas facultades podrán variar, en función de cuáles sean las limitaciones impuestas al deudor por el Auto de declaración de concurso.

Puede optarse, por lo tanto, por un régimen de intervención o por la suspensión de las facultades, implicando distintas consecuencias una posibilidad u otra.

En el primer caso, en el denominado régimen de intervención, se actúa sobre las facultades del concursado. El administrador –o administradores– concursal fiscalizará al deudor concursado, lo que implicará en la práctica que todas las operaciones que lleve a cabo del deudor se realizarán bajo la autorización y el correspondiente consentimiento del administrador concursal.

En el segundo caso, cuando se produce la suspensión de las facultades del deudor concursado, es el administrador quien asumirá todas las facultades del deudor en concurso y, por tanto, quien realizará todas las labores de administración del patrimonio.

Independientemente de las facultades conferidas al administrador o administradores, en todos los casos en que intervenga administración concursal deberá ejercerse dicha función bajo los mismos parámetros.

Así, los administradores concursales deberán desempeñar su cargo con la debida diligencia, entendida como la de un ordenado administrador y un representante leal. Debe entender, tal consideración, como un plus de diligencia en comparación con la ejercida y exigida a un buen padre de familia – concepto, por otra parte, de compleja definición y amplio margen subjetivo, tanto que es considerado en la actualidad como un concepto jurídico indeterminado–.

La toma de las pertinentes decisiones de la administración concursal, en caso de existencia de más de un miembro, se realizará de forma colegiada, adoptándose siempre la votada por la mayoría de sus miembros.

Será responsabilidad del juez ejercer la supervisión del ejercicio del cargo, teniendo la potestad de requerir información en cualquier momento. Incluso aunque el juez no solicite dicha información, devendrá obligatorio para la administración concursal la realización de un informe pormenorizado de las actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo, en la rendición de cuentas final.

Además, resulta posible que el juez, por propia decisión o a instancia de parte, acuerde la separación del cargo de todos o alguno de los administradores concursales, cuando concurra justa causa.

Por ejemplo, en supuestos en los que el administrador concursal hubiera adquirido bienes o derechos de la masa, o se produjera un incumplimiento de sus obligaciones en la presentación del informe, o esté dilatándose en exceso la liquidación sin que existan causas justificativas para ello, entre otras.

2.3. La responsabilidad de los administradores concursales

Los administradores concursales son los encargados de la asunción de la responsabilidad por los actos contrarios a derecho o que se hubieran realizado sin la debida diligencia y se hubieran llevado a cabo durante el ejercicio de su cargo. Frente a ellos, cabe la interposición de dos tipos distintos de acciones, como son las acciones en interés de la masa, y la acción individual de responsabilidad.

Respecto a la primera de ellas, las acciones en interés de la masa, debe señalarse que responderán frente al deudor y los acreedores de aquellos daños y perjuicios producidos a la masa por los diversos actos y omisiones, contrarias a la normativa, o que se realizasen sin la debida diligencia. La condena consecuente será la de indemnización por esos daños, que revertirá a la masa concursal, pues se entiende es la gran perjudicada por la actuación negligente llevada a cabo por los administradores.

Cabe la posibilidad de exoneración si se demuestra que no ha existido ningún tipo de intervención en la adopción del acuerdo lesivo, este se desconocía o, conociéndolo, realizó lo posible para evitarlo o, cuanto menos, se opuso expresamente a dicha actuación.

En lo concerniente a la acción individual de responsabilidad, responderán de ella, por el perjuicio directo ocasionado por tal actuación al patrimonio del deudor, tanto los acreedores como los terceros individualmente considerados.

2.3.1. La elaboración del informe por parte de la administración concursal

La denominada fase común del concurso concluye con la elaboración de un informe, que llevará a cabo la administración concursal, en un plazo máximo de dos meses.

Dicho informe deberá recoger, obligatoriamente, una serie de puntos:

- Inventario de la masa activa.
- Lista de acreedores.
- Exposición motivada respecto a la viabilidad de la empresa del concursado, la situación patrimonial en que se encuentre el deudor y todos los datos y circunstancias que pudieran ser relevantes.

2.3.2. Efectos de la declaración de concurso

La normativa concursal regula los efectos de la declaración de concurso, estableciendo una división por cada uno de los grandes efectos que produce dicha declaración.

Debemos, por tanto, distinguir los efectos de la declaración de concurso según a qué elemento o sujeto afecten, siendo estos el deudor, los acreedores, los contratos y los actos perjudiciales sobre la masa activa.

En lo respectivo al deudor, se producen efectos respecto a las facultades del deudor –si podrá o no continuar con la administración de su patrimonio–, respecto al deber de colaboración –se espera que colabore para alcanzar un resultado positivo en el procedimiento concursal–, en lo concerniente o no a la continuidad de la actividad empresarial –bien se continuará con dicha actividad, si se considera que puede tener éxito y servir para el pago de las deudas, bien se optará por la liquidación, si se entiende esta posibilidad como inviable–.

En lo concerniente a los contratos perfeccionados por el concursado, se producirán efectos respecto a la vigencia de los mismos, cuando contengan obligaciones recíprocas –si bien, la regla general implica que estas obligaciones deberán continuar cumpliéndose, estableciendo la norma especificidades si una de las partes ya las ha cumplido, y la otra no–, tiene incidencia sobre otros contratos y, también, respecto a los contratos laborales de la persona jurídica.

Refiriéndonos a los acreedores, se producen efectos respecto a los procedimientos individuales –dejarán de continuar en su tramitación–, sobre las ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales –que, como regla general, se paralizarán también–, y efectos sobre los créditos en particular.

Finalmente, también influirá en los actos perjudiciales contra la masa.

2.3.3. Efectos sobre el deudor

Existen, como hemos visto con anterioridad, diversos efectos sobre el deudor con la declaración de concurso. Analizaremos, en primer lugar, el concerniente a las facultades del concursado.

Cuando nos encontramos ante un concurso voluntario, y como regla general, el deudor conservará las distintas facultades de administración y de disposición sobre su patrimonio. La diferencia con la situación anterior –cuando todavía no se encontraba en concurso–, radicará en que la realización del ejercicio de estas facultades implicará la necesaria autorización, para llevarlas a cabo, de la administración concursal, siendo precisa, por tanto, su intervención.

En cambio, si el concurso es necesario, la regla general establece que se suspenderá el ejercicio, por parte del deudor, de las facultades tanto de administración como de disposición sobre su patrimonio. Por tanto, en este sentido, será suplido por el administrador o administradores concursales.

A pesar de estas reglas generales, el juez dispondrá de la potestad de poder acordar la suspensión, en el concurso voluntario, y la intervención, en el necesario. La decisión del juez deberá ser motivada, indicando además cuáles son los fines perseguidos con la adopción de ese acuerdo.

De idéntica manera, también existirá la posibilidad, en cualquier momento y previa solicitud por parte de la administración concursal, de acordar el cambio de las situaciones, ya sean de intervención o suspensión.

También existe la posibilidad, si bien es cierto que en la práctica apenas llega a adoptarse una medida de carácter tan extremo, de que el juez acuerde limitar otros derechos fundamentales, como serían el de libertad, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia o la de circulación.

En relación al deber de colaboración que tiene el concursado, el artículo 135 del texto refundido de la Ley Concursal establece esta obligación, cuya materialización implica en la obligación de comparecencia del deudor, de manera personal, ante el juzgado y la administración concursal, cuando sea requerido.

Además, el deudor deberá poner a disposición de la administración concursal y del juez toda la documentación que ostente en relación a la materia, y la contabilidad relativa al ejercicio de su actividad profesional. Evidentemente, esta exigencia también implica que la información y documentación ofrecida sea clara y veraz.

Existe, además, un deber de conservación de la masa activa. Esta cuestión se extiende también a los administradores concursales. Este deber de conservación prohíbe enajenar o gravar los bienes y derechos que integren la masa activa, sin que exista autorización previa por parte del juez.

Por otra parte, continúa vigente durante el concurso la obligación de formulación de las cuentas anuales. Caso de producirse incumplimiento respecto esta obligación, el concurso podrá calificarse como culpable, con las consecuencias de responsabilidad que ello implicará como, por ejemplo, los efectos respecto del patrimonio personal del concursado.

Respecto a la continuidad o no de la actividad empresarial, la propia normativa concursal establece en su exposición de motivos el principio general de continuidad de la empresa, pero no indica carácter obligatorio para esta cuestión.

Por tanto, el juez dispondrá de potestad para el acordar el cierre de oficinas, establecimientos o explotaciones. Además, también tendrá la posibilidad de decretar el cese o la suspensión de la actividad empresarial.

2.3.4. Efectos sobre el deudor persona jurídica

Los distintos efectos sobre la declaración de concurso se limitan a las diversas facultades patrimoniales del deudor. En ningún caso se refieren estas cuestiones a la destitución del administrador o administradores, especialmente en el caso de que se produzca una intervención.

Únicamente cuando se declare la apertura de la fase de liquidación serán cesados los administradores, produciéndose además como consecuencia la disolución de la sociedad.

La normativa concursal previene, además, la posibilidad del embargo preventivo de los bienes de los administradores, siempre y cuando se califique el concurso como culpable –pues, de lo contrario, el patrimonio personal no responderá de las deudas de la sociedad–, y los bienes de la sociedad resulten insuficientes para la satisfacción del crédito de los acreedores.

La administración concursal dispondrá de la facultad de exigencia a los socios, tanto respecto al pago de las aportaciones que se encuentren pendientes de desembolso en el momento de producción de la declaración de concurso, como el desembolso de las aportaciones sociales que hubieran sido diferidas –como puede ser el caso de los dividendos pasivos en las sociedades anónimas–.

Además, podrán ejercitarse, incluso por la propia administración concursal, diversas acciones de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad. De este modo, la acción social de responsabilidad protegerá el patrimonio social que hubiera sido dañado por la actuación de los administradores; la acción individual, atribuida a socios y terceros legitimados, se encuentra dirigida a la protección del patrimonio propio que hubiera sido dañado por dichos administradores y, finalmente, la acción de responsabilidad por deudas, que operará ante la producción de algún tipo de incumplimiento legal por parte de los administradores.

2.3.5. Efectos sobre los procedimientos individuales

Una de las principales características, y pilares fundamentales del procedimiento concursal, es poseer una *vis atractiva*, por la cual todos los acreedores de un deudor común se unen –deben hacerlo, según normativa– en un proceso judicial, sin realización por tanto de actuaciones separadas de carácter individual, siendo las mismas suplidas por la ejecución universal común. Las acciones individuales afectarían a la *par conditio creditorum*, cuya finalidad consiste en poder repartir todo el activo que no tenga carácter privilegiado entre los créditos, de manera equitativa.

Además, como se puede imaginar, la declaración de concurso incidirá en los procedimientos que quieran iniciar los distintos acreedores, sobre los que ya se hubieran iniciado y se encuentren pendientes de sentencia, y también sobre las ejecuciones pendientes.

En lo relativo a la interposición de nuevos juicios declarativos tras la declaración del concurso, estos deberán realizarse ante el juez del concurso. Si el caso ha sido la interposición de una demanda ante juez civil o social, que sea distinto del que esté conociendo el concurso, deberá abstenerse, bajo pena de nulidad de sus actuaciones. Además, deberá advertir a las partes que ejerciten dicha actuación ante el juez del concurso. Si se hubiera producido una demanda contencioso–administrativa o penal, con trascendencia para el patrimonio, se emplazará a los mismos a la administración concursal.

Si, por el contrario, se encontrasen pendientes juicios declarativos, en la fecha de declaración de concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia correspondiente. Existe la posibilidad de acumularse al concurso este tipo de procedimientos, en caso de que resultasen de competencia del juez del concurso, se estuvieran tramitando en primera instancia y, además, se entienda que la resolución tendría trascendencia para la formación del inventario del concursado o la lista de acreedores.

Debe indicarse, también, que los convenios arbitrales quedarán sin efecto cuando alguna de las partes sea declarada en concurso. Los laudos arbitrales vincularán al juez del concurso, aunque cabrá potestad de la administración concursal para impugnarlos, en los casos que fueran constitutivos de fraude.

2.3.6. Ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales

Una vez se ha producido la declaración de concurso, no resulta posible el inicio de ninguna ejecución de carácter singular, ya sea judicial o extrajudicial.

Esta prohibición afecta tanto a las ejecuciones civiles como a las laborales, así como a las administrativas y las tributarias.

En caso de ejecución de títulos que impliquen la existencia de una garantía real, resultara posible la ejecución separadamente, aunque si son bienes que se encuentren afectos a la actividad del concursado, no podrán iniciarse hasta que se aprueba un convenio cuyos efectos no le afecten, o cuando hubiera pasado un año desde la declaración del concurso.

Por su parte, aquellas ejecuciones singulares que ya se encontrasen en curso, en la fecha en que se produjera la declaración del concurso, quedarán suspendidas. Esto se producirá como regla general, existiendo dos excepciones:

- Ejecuciones laborales que ya hubieran trabado embargo.
- Apremios administrativos o tributarios, en los que ya se hubiera dictado providencia de apremio. Una excepción a esta misma excepción sería la imposibilidad de ejecución de estos bienes si resultasen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Si la situación implicase el desahucio, podría enervarse la acción instada contra el concursado con anterioridad a la declaración de concurso. En este supuesto, se requeriría el pago al acreedor de la totalidad de las rentas y de los conceptos pendientes, así como las costas que hubieran sido ocasionadas hasta ese momento.

2.3.7. Efectos sobre los créditos en particular

La normativa prohíbe, de manera expresa, la compensación de créditos y las deudas una vez declarado el concurso.

Igualmente, se producirá la suspensión del devengo de los intereses legales o convencionales, excepto los que tengan garantía real –que continuarán devengando intereses hasta donde alcance la correspondiente garantía– y

los créditos salariales –en este caso, se devengará el interés legal del dinero, aunque se hará con carácter subordinado–.

La declaración interrumpirá la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos nacidos con anterioridad a la producción de la declaración del concurso. Se reanudará el cómputo del plazo cuando se produzca la conclusión del procedimiento concursal.

2.3.8. Efectos sobre los contratos

Si bien en esta obra realizaremos un repaso por los principales contratos que pueden haber sido perfeccionados por el concursado, la doctrina tiene a distinguir dos clasificaciones posibles en lo referente a esta cuestión. Así, de una parte encontramos quienes se posicionan considerando una diferenciación entre contratos en el ámbito civil y mercantil, contratos de trabajo y contratos administrativos (Arroyo Martínez y Morral Soldevila, 2014, p. 115) y, de otra parte, quienes consideran que lo idóneo es aludir a efectos con carácter general, efectos particulares respecto a determinados contratos –entre los que quedarían incluidos, por ejemplo, los celebrados con administraciones públicas o los de alta dirección– y disposiciones que recogen la posibilidad de rehabilitación de algunos contratos (Rojó Fernández y Beltrán Sánchez, 2014, p. 542).

Respecto a la vigencia de los contratos en los que existan obligaciones de carácter recíproco, debe indicarse que, como regla general, los contratos de este tipo que se encuentren pendientes de cumplimiento no se verán afectados en principio, continuarán produciendo todos sus efectos, que deberán llevarse a término.

No obstante, resulta posible la solicitud por el concursado, o por la administración concursal, de la resolución del contrato en interés del concursado –y sólo en su interés, no en el de la contraparte–, teniéndose por no puestas las cláusulas que establezcan lo contrario. Si se encuentra obligado a determinadas prestaciones, se considerarán deudas de la masa, no sometidas a la solución del concurso. Si se optase por la resolución contractual, las restituciones que se produjeran a favor del acreedor, o la indemnización de daños y perjuicios en caso de producción de incumplimiento por la contraparte, serían con cargo a la propia masa del concurso.

En lo concerniente a la incidencia respecto a los contratos de trabajo, se parte del principio general de mantenimiento en vigor de los contratos de este tipo. No obstante, resultará posible la modificación, extinción o suspensión de los contratos, debiendo esta solicitarse ante el juzgado de lo mercantil que conozca del concurso. Esta solicitud podrá ser realizada por el propio concursado, por los representantes legales de los trabajadores o por la administración concursal.

En cuanto a la incidencia sobre otros contratos, como pueden ser los celebrados con administraciones públicas de carácter administrativo, la legislación aplicable será la especial de cada uno de ellos. En caso de existencia de contratos privados, estos se registrarán, respecto a sus efectos y extinción, por la normativa concursal.

2.3.9. Efectos sobre la masa activa

Se entiende determinada la masa activa del concurso por el conjunto de bienes y derechos que se encuentran integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de declaración del concurso.

A este conjunto de bienes y derechos deben añadirse aquellos que se adquieran con posterioridad a la declaración del concurso y los que, como consecuencia del ejercicio de las acciones pertinentes, acaben por reintegrarse.

Mediante la realización de las acciones rescisorias o de reintegración resulta posible que bienes que ya no se encuentren en el patrimonio del deudor, en el momento de la declaración del concurso, vuelvan al mismo.

De tal manera, resultan actos rescindibles los que se entiendan perjudiciales para la masa activa, y que se hubieran realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, incluso aunque no hubiera existido ningún tipo de intención fraudulenta.

Los requisitos para que esta acción salga adelante son tres, de carácter cumulativo:

- Que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso –se establece un período temporal máximo, de modo que no pueda afectar a las operaciones realizadas hace más tiempo–.
- Que sea perjudicial para la masa activa –en esencia, que suponga una pérdida patrimonial que implique la disminución de los activos del concursado. Por tanto, cuando la operación resultase beneficiosa, ni tendrá sentido ni cabrá el ejercicio de la acción.
- Que no sea un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial, realizado en condiciones normales –si se admitiese esto, el procedimiento concursal sería mucho más complejo y, la seguridad jurídica, muy inferior–.

La propia normativa, además, se fija en el hecho del perjuicio, entendiéndolo como algo absolutamente fundamental. Por ello, deberá ser probado por quien ejercite la acción, distinguiéndose tres supuestos para la determinación de la producción de este perjuicio:

- Se presumirá el perjuicio, sin posibilidad de prueba en contrario, para los actos de disposición gratuita, excepto aquellas liberalidades de uso y los pagos de obligaciones cuyo vencimiento resultase posterior a la declaración del procedimiento concursal.
- Se presumirá el perjuicio, salvo prueba en contrario, en las disposiciones llevadas a cabo a título oneroso, que hubieran sido realizadas en favor de una persona que se encuentre relacionada con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones que ya existieran, o que fueran nuevas en su constitución.
- Igualmente, se presume el perjuicio, salvo que se pruebe en contrario, de las disposiciones de carácter oneroso que se realicen a favor de cualquiera de las personas que la ley entienda como especialmente relacionadas con el concursado.

Para la realización de estas acciones, tienen legitimación activa la administración concursal y los acreedores. Estos últimos, una vez hubieran instado a la administración concursal a la realización de este tipo de acciones, tendrán la posibilidad de formularlas por sí mismos si han transcurrido dos meses de inactividad por parte de la administración concursal, respecto a estas acciones.

7. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La masa activa / 3. Las acciones de reintegración

1. Introducción

Como ya hemos reseñado con anterioridad, el informe de la administración concursal deberá ser emitido en el plazo máximo de dos meses desde que se hubiera producido su aceptación en el cargo.

No obstante, existe la posibilidad de concesión de prórroga, por parte del juez encargado del concurso, por un mes –en el procedimiento abreviado, que tiene como una de sus principales características la mayor rapidez, la posibilidad de ampliación del plazo se reduce a quince días–.

El informe de la administración concursal deberá pronunciarse respecto a varias cuestiones, siendo las siguientes:

- Análisis de los datos expresados por parte del deudor concursado en su memoria.
- Estado real de la contabilidad del deudor.
- Juicio respecto a las cuentas anuales, sobre la memoria referente a los cambios que hubiera sufrido el patrimonio del deudor con fecha posterior a las últimas cuentas depositadas.
- Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. Como en ocasiones no queda perfectamente claro cuáles son las decisiones principales, resulta recomendable el exceso de información al defecto de la misma.

- Exposición, con carácter motivado, respecto a la situación patrimonial en que se encuentre el concursado deudor, y los extremos relevantes para la tramitación.

Además de esta información, resultará obligatorio unirse al informe diversos documentos, como serán el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y la evaluación de la propuesta de convenio, si se ha presentado esta de manera anticipada.

Por tanto, como ha podido observarse, una información obligatoria en el informe de la administración concursal es el inventario de la masa activa, cuestión que da título a este tema concreto. Ahora bien, ¿a qué nos referimos cuando aludimos a la masa activa?

Entendemos como masa activa al conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de declaración del concurso. Además, a este conjunto de bienes se les añadirá aquellos que se adquieran después de la fecha determinada, y aquellos reintegrados al patrimonio del deudor como consecuencia del ejercicio de las acciones pertinentes –tal y como establece el principio de universalidad–.

No obstante, para incluirse en la masa activa, deberá tratarse de bienes o derechos que sean susceptibles de realización. Para ello, se excluirán los inherentes a la persona y/o los derechos personalísimos, como también aquellos bienes y derechos de cuya naturaleza se derive su inembargabilidad patrimonial.

En lo concerniente a la formación del inventario, implica la determinación de los bienes y los derechos que deben formar parte de la masa activa, cuestión que corresponde a la administración concursal. Se deberá acompañar al informe que emita el documento en el que se refleje el inventario de la masa activa.

En lo que atañe a este inventario, deberá contener la relación y el valor de todos los bienes y los derechos del deudor que formen parte de la masa. Respecto a estos derechos y bienes, deberá expresarse su naturaleza, las distintas características de los mismos, el lugar en que se encuentran y los datos

más importantes, especialmente los que permitan identificarlos. También deberá hacerse constar la existencia, si los hay, de gravámenes y cargas.

Sobre el avalúo, este deberá realizarse en función de cuál sea el valor del mercado en el momento de formación del inventario. Para ello, deberán descontarse las trabas, embargos y demás cuestiones que pudieran afectar a su valor.

A este inventario, además, se le añadirá una relación de todos los litigios existentes, cuyo resultado pueda afectar a su contenido. Lógicamente, no será lo mismo el valor aplicable a un bien que forma parte, sin ningún tipo de controversia, al patrimonio, que uno que se encuentra pendiente de pago o decisión judicial. También deberán relacionarse las acciones que puedan promoverse para la reintegración de los bienes a la masa activa.

Existen, no obstante, supuestos especiales cuando se consideran algunos bienes concretos. Así ocurre, por ejemplo, con los bienes conyugales.

De producirse el concurso de persona casada, la masa activa no comprenderá únicamente los bienes privativos, sino que también se encontrará conformada por los bienes gananciales, cuando estos deban responder de las obligaciones del concursado, como ocurre cuando el régimen económico del matrimonio es el de gananciales –o cuando no siendo el régimen económico el de gananciales, el cónyuge no empresario aceptó de manera expresa que sus bienes respondieran respecto de las deudas generadas por la actividad empresarial–.

Caso de producirse la declaración de procedimiento concursal, el cónyuge podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal. Nada especial, en este aspecto, pues es una decisión que puede tomarse unilateralmente en cualquier momento. La especialidad del supuesto, no obstante, radica en el que el juez acordará la liquidación del patrimonio.

Por otra parte, la normativa concursal presume que se han producido donaciones cuando rige el régimen de separación de bienes y no se ha producido la separación. Así, se entenderá que el deudor concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por este para la adquisición de bienes a

título oneroso, en los supuestos en que la contraprestación proceda del patrimonio del concursado.

Caso que no pudiera acreditarse cuál es la procedencia real de las contraprestaciones indicadas, operará la presunción de donación, alcanzando únicamente a la mitad de la misma. Esto regirá en dicho sentido si la adquisición de los bienes se hubiera realizado en el año anterior al de la declaración del concurso.

En lo relativo a los bienes que sean propiedad de un tercero, pero se encuentren en poder del concursado, sin que este tenga derecho, será responsabilidad de la administración concursal la devolución de los mismos, previa solicitud de los interesados –de hecho, la reclamación en este sentido devenida necesaria e importante, pues el desconocimiento de tal cuestión implicará que los administradores concursales consideren los bienes patrimonio del deudor concursado y, por tanto, entenderán que conformarán parte de la masa activa y responderán de las deudas–.

Si los bienes propiedad de terceros se hubieran enajenado a un tercero, al que no se le puede reivindicar –en esencia, que los obtuviera de buena fe–, se dará la opción de elegir entre la exigencia de la cesión del derecho a la percepción de la contraprestación de la enajenación –si aún no se ha llevado a cabo–, o la posibilidad de comunicación a la administración concursal de la existencia del crédito y del correspondiente interés legal, que tendrá la consideración de crédito ordinario.

2. La masa activa

La composición de la masa activa del concurso se inspira por el denominado principio de universalidad.

Esto implica que conforman la masa activa del concurso los bienes y los derechos que se encuentran integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de declaración de concurso, así como los que se reintegren al propio patrimonio, o adquiera el deudor hasta la conclusión del procedimiento.

Pero, no todos los bienes del deudor integran obligatoriamente la masa activa. Se exceptúan algunos bienes y derechos que, a pesar de tener carácter patrimonial, se entienden como legalmente inembargables.

Se expresan en este sentido los artículos 605 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando como inembargables, entre otros bienes, los inalienables, el mobiliario, el menaje de la casa, las ropas de deudor y las de su familia, los distintos libros e instrumentos que resulten necesarios para el ejercicio de la profesión de su arte u oficio, entre otros.

Por su parte, aquellos que sean titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso. Para la realización de esto, deberán proceder al ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que se encuentren recogidas en su legislación específica.

De producirse la ejecución, existirá un remanente a favor del concursado, que por tanto deberá integrarse en la masa activa, para que responda de las deudas existentes.

2.1. Deudor casado

Si no se hubiera iniciado la ejecución separada en el plazo de un año, desde la fecha en que se produjo la declaración del concurso, esta posibilidad ya no resultará posible. Por lo tanto, ello implicará que la clasificación y la graduación de los créditos se llevará a cabo en función de lo recogido en el texto refundido de la Ley Concursal.

Cuando se produce el concurso de persona casada, la masa activa comprenderá tanto los bienes como los derechos propios del concursado como los privativos del mismo.

En caso de que el régimen económico del matrimonio –bien porque así lo estipularon al contraer matrimonio, bien porque lo modificaron para que así fuera durante la vigencia del matrimonio y no volvieron a cambiarlo– fuera el de comunidad de bienes, estos bienes quedarán incluidos en la masa.

Además, los bienes gananciales o comunes deberán responder de las obligaciones contraídas por el deudor concursado.

La otra posibilidad es que nos encontremos ante personas casadas en régimen de separación de bienes. En tal circunstancia, la normativa establece una presunción *iuris tantum* –que admite prueba en contrario– de donación, en beneficio de la masa, de la contraprestación que hubiera sido satisfecha por el no concursado, para la adquisición de bienes a título oneroso, siempre y cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado.

Si resulta imposible la prueba respecto a la procedencia de la contraprestación, se presumirá, excepto existencia de prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre y cuando la adquisición de los bienes se hubiera realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

Dicha presunción no regirá cuando los cónyuges ya estuvieran separados judicialmente o de hecho.

Puede reseñarse la decisión del legislador, respecto a la consideración del establecimiento de un año como medida temporal para varias cuestiones relacionadas con la masa activa.

No deja resultar curioso la aplicación de estos doce meses pues, como el lector recordará, en caso de reintegración al patrimonio de bienes por actuaciones que resultasen perjudiciales para el patrimonio del concursado deudor, el margen temporal no es de un año, sino de dos.

Dentro de este procedimiento concursal de persona casada, deberá también contemplarse que los bienes que se hubieran adquirido por ambos cónyuges, pero incluyendo en los mismos un pacto de supervivencia, se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de los cónyuges. De esta manera, quedarán integrados en la masa activa la mitad que correspondiera al concursado.

Finalmente, en lo respectivo a esta cuestión, a favor del cónyuge del concursado se dispone la posibilidad de adquisición de la totalidad de cada

uno de los bienes, si satisface a la masa la mitad de su valor –en esencia, que pague la parte que se entiende propiedad del concursado–.

Si esta cuestión se refiriera a la vivienda habitual del matrimonio, el valor de la misma será el del precio de adquisición, actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin la posibilidad de superar el valor de mercado.

Nótese la especial consideración de la vivienda, por dos cuestiones distintas. En primer lugar, se refiere la normativa la vivienda habitual del matrimonio, lo que implica la posibilidad de más viviendas del matrimonio respecto a las cuales, evidentemente, no cabe tal posibilidad.

En segundo lugar, la normativa parecía partir de la premisa de que el precio de los bienes inmuebles siempre subía de precio –algo, por otra parte, inserto también en el acervo popular español, de ahí la grave crisis financiera inmobiliaria que azotó España, pues se consideraba la inversión en bienes inmuebles tan segura, o incluso más, como la inversión en oro–.

En cambio, si se trata de cualquier otro bien que no sea vivienda, el valor será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine en su caso el juez, una vez hubiera escuchado a las partes y se hubiera llevado a cabo el informe de un experto cuando así lo estime oportuno el juez.

En caso que la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal –no existirá dicho problema si se trata de un bien privativo del concursado (pues en dicho caso, responderá de las deudas), o si es un bien privativo del cónyuge (en cuyo caso, salvo aceptación expresa de quien ostente la propiedad, no responderá de las deudas)– y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales, o incluso la disolución de la comunidad, el cónyuge del deudor concursado tendrá derecho a que dicha vivienda se incluya, con preferencia, en su haber. Concretamente, hasta donde alcance o abonando el correspondiente exceso.

2.2. *Otros bienes*

Además de los bienes enumerados en el anterior epígrafe, también se integran en la masa activa del procedimiento concursal la totalidad de los saldos acreedores de las cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, excepto prueba en contrario que se aprecie como suficiente por parte de la administración concursal, que implicará la imposibilidad de adición de estos saldos en la masa.

Como resulta lógico, pero conviene incidir en ello, todos aquellos bienes que se encuentren en poder del concursado –de los que tenga el uso– pero sean de propiedad ajena –es decir, no tenga la propiedad–, y sobre los que además no tenga derecho de uso, garantía o retención –por tanto, los está utilizando, pero sin permiso para ello, o los tiene en su poder sin cobertura legal–, deberán ser entregados por la administración concursal a sus titulares legítimos.

Para que se produzca esta entrega, la administración concursal tendrá, en primer lugar, que ser consciente de este punto. Por el ello, y con el objetivo de no sobrecargar de funciones y responsabilidad a los administradores, la norma exige que sean los propios titulares quienes se pongan en contacto, exigiendo la devolución de cuantos bienes sean de su propiedad.

En definitiva, todos aquellos bienes que se encuentren en poder del deudor concursado, sin título que justifique siguiera su uso o su posesión, no formarán parte de la masa activa, debiendo devolverse a sus legítimos y titulares y, por supuesto, sin que respondan de las deudas del procedimiento concursal –de lo contrario, se estaría perjudicando a los legítimos propietarios–.

En caso de que los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido ya enajenados por el deudor, al momento de producirse la declaración de concurso, a un tercero, respecto al cual no se puedan reivindicar los mismos, el titular que se encuentre perjudicado tendrá dos opciones.

La primera posibilidad consiste en la opción de exigencia de la cesión del derecho a recibir la contraprestación –si todavía el adquirente no la

hubiera realizado; es decir, que el comprador le pague a él, y no al concursado deudor—.

La segunda posibilidad implica la comunicación a la administración concursal de este extremo —que él es el propietario legítimo—, para su reconocimiento en el concurso. Si el legítimo propietario optase por esta solución, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación —o en otro posterior, resultando también esto una elección que realizará el solicitante— además del pertinente interés legal.

Nótese la cuestión respecto al valor de estos bienes o derechos. La normativa está indicando que se tendrá en cuenta el valor de los bienes o derechos, y no el importe por el que han sido transferidos.

Esto implicará, por tanto, que, si el precio ha sido inferior al del mercado, y no han transcurrido dos años, cabrá acción de reintegración al patrimonio del concursado deudor, pues se habrá producido un perjuicio —ficticio, porque realmente no le correspondía ese bien o derecho, pero perjuicio, al fin y al cabo— al mismo.

Podemos entenderlo así porque, de lo contrario, el concursado habrá ingresado en su patrimonio una cantidad económica inferior a la que, posteriormente, deberá pagar al tercero que era legítimo propietario del bien o del derecho concreto. Esto, a la postre, implica un menoscabo del patrimonio del deudor concursado y, yendo más allá, también de los intereses de los acreedores, pues verán cómo ha disminuido la cantidad disponible para la satisfacción de las deudas generadas.

En cambio, si se ha producido la venta del bien o del derecho concreto por un valor superior al del mercado, no existirá el problema indicado anteriormente, pues el perjuicio al patrimonio del concursado deudor no se habrá producido.

Eso sí, no será el legítimo propietario quien se vea favorecido por esta cuestión, sino que serán los acreedores del procedimiento concursal quienes verán cómo se ha producido un incremento del patrimonio del deudor, pues la cantidad económica restante —resultado de la diferencia entre el valor de

mercado, que será la cantidad que se ingresará al legítimo propietario, y el precio por el cual se ha vendido el bien o el derecho— pasará a integrar el patrimonio y, por lo tanto, la masa activa.

Además, el propietario legítimo podrá elegir el importe; bien el de venta, bien el que se entienda tiene el bien o derecho en un momento posterior y que podrá extenderse, como máximo, hasta la fecha de la reclamación del bien o derecho.

En estos casos referidos, el crédito que resulte favorable al titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.

Los efectos derivados de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde que se hubiera producido la aceptación, por parte de la administración concursal, o desde que fuera firme la resolución judicial que hubiera reconocido los derechos del titular perjudicado.

2.3. El inventario

Es responsabilidad de la administración concursal la elaboración de un inventario, con relación de todos los bienes y derechos que corresponden al deudor, y el avalúo de los mismos. Todos ellos constituirán la masa activa a la fecha de cierre del inventario, que se producirá el día anterior a la emisión del informe de la administración concursal.

En caso de producirse un concurso de persona casada, ya lo esté en régimen de bienes gananciales o por cualquier otro de comunidad de bienes, deberán incluirse en este inventario la relación y el avalúo de los bienes y los derechos privativos del deudor concursado, pero también los bienes y los derechos gananciales o comunes, indicando de manera clara y expresa el carácter de cada uno de ellos.

Por tanto, de cada uno de los bienes y los derechos que constituyan el inventario, y que se encontrarán referenciados en el mismo, deberá indicarse su naturaleza, las características principales, el lugar en el que se encuentre — en caso, por ejemplo, de bienes inmuebles, bastará una dirección o número de

catastro; con los bienes muebles, deberá identificarse el lugar en que se encuentren de manera expresa— y, en su caso, los datos de identificación registral —para automóviles, resultará preciso el número de matrícula y, para evitar cualquier posible duda, resulta recomendable también la inclusión del número de chasis—.

Igualmente, se indicarán, si los hubiera, los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de la naturaleza de estas cuestiones y los datos de identificación.

La valoración de los distintos bienes y derechos deberá realizarse con arreglo a su valor de mercado, y no dejándose influenciar la administración concursal por el valor estimado que les otorgue, o que considere que tienen, el concursado deudor o los acreedores —el primero siempre tenderá a considerar que el precio real es mayor y, los segundos, a entenderlo inferior; es la clásica distinción en la valoración de un bien si nosotros mismos nos situamos en la posición del comprador o del vendedor—.

Además, para la determinación de esta valoración, los administradores concursales deberán tener en cuenta no sólo el valor de mercado, sino también los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza —sea perpetua o temporal— que directamente les afecten e influyan en su valor. Se considerarán, igualmente, las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas que no se encuentren incluidas en la masa pasiva.

Al inventario se le incluirá una relación con todos los litigios cuyo resultado pudiera afectar al contenido del mismo, así como otro listado en el que se reflejarán todas las acciones que debieran promoverse, a interpretación de la administración concursal —nuevamente de ella, no del deudor o los acreedores—, para la reintegración a la masa activa del deudor concursado.

En ambas relaciones se informará respecto a la viabilidad, riesgos, costes y posibilidades reales de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

Para la valoración de los distintos bienes, o para la determinación de cuál es esta viabilidad real de las acciones a ejercitar, la administración

concurzal dispondrá de la posibilidad de asesorarse por expertos independientes. Si entendieran necesario este punto, propondrán al juez su nombramiento y los términos del encargo, cuestiones que deberán ser admitidas por este último.

Tanto los informes emitidos por los expertos, como el detalle de los honorarios que se les deba abonar, se unirán al inventario, con cargo a la masa.

3. Las acciones de reintegración

La debida composición de la masa activa puede exigir el ejercicio de acciones de reintegración, para evitar el perjuicio de la misma y, por extensión, el de los acreedores.

En este ámbito, la normativa ofrece un nuevo tratamiento a la siempre compleja cuestión de los efectos de la declaración del concurso respecto a los actos realizados por parte del deudor en un período temporal sospechoso; entendiendo como tal la proximidad a la declaración de la situación concursal.

Este sistema de retroacción –que puede ofrecer cierta inseguridad jurídica– del concurso se suple por unas acciones específicas de reintegración, cuyo objetivo consiste en rescindir aquellos actos perjudiciales para la masa activa. Este perjuicio se presume por la norma en algunos casos y, en el resto, deberá probarse la producción de este perjuicio por parte de la administración concursal o, de manera subsidiaria, por los acreedores que se encuentren legitimados para el ejercicio de la acción correspondiente.

Los terceros adquirentes de bienes o derechos que queden afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, así como de las normas sobre irreivindicabilidad o registrales. En cualquier caso, no deja de suponer un posible perjuicio a estos adquirentes.

Por tanto, tal y como indica el artículo 226 del texto refundido de la Ley Concursal, una vez declarado el concurso, serán rescindibles los actos que resulten perjudiciales para la masa activa, que hubieran sido realizados

por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración concursal, incluso en el caso de inexistencia de intención fraudulenta.

Esta acción rescisoria del concurso queda justificada y asentada sobre el perjuicio, con independencia de la intencionalidad fraudulenta o la ausencia de la misma, de los actos del concursado.

Para el favorecimiento de la prueba de existencia de perjuicio patrimonial, la normativa concursal establece la existencia de unas presunciones que no admiten prueba en contrario, mientras que existen otras para las que sí se admiten dichas pruebas y permiten demostrar lo contrario, acreditándolo.

Se presumirá el perjuicio patrimonial, sin que quepa admitirse prueba en contrario, en dos supuestos:

- Cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, excepción hecha de las liberalidades de uso.
- Cuando se trate de supuesto de pagos u otros actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso, excepción hecha de las que contasen con garantía real.

Por otra parte, se entenderá producido el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, cuando nos encontremos frente a los siguientes actos:

- Disposiciones a título oneroso realizadas a favor de alguna persona que se encuentre especialmente relacionada con el concursado –familiares próximos, amigos, socios conocidos u otros–.
- Constitución de garantías reales a favor de obligaciones que fueran preexistentes, o de las nuevas que hubieran sido contraídas en sustitución de las primeras.
- Los pagos u otros actos que impliquen la extinción de obligación, cuando contasen con una garantía real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del procedimiento concursal.

En el resto de los casos –es decir, cuando se trate de actos que no se encuentren comprendidos en las presunciones indicadas con anterioridad–, el perjuicio patrimonial deberá probarse por quien esté ejercitando la acción rescisoria.

Por su parte, en ningún caso podrán resultar objeto de rescisión los siguientes actos:

- Actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones entendidas como normales.
- Actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de sistemas de pagos y de compensación y/o liquidación de valores e instrumentos derivados.
- Garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público, así como las garantías constituidas a favor del Fondo de Garantía Social, en los acuerdos o convenios de recuperación perfeccionados y que se encuentren previstos en su normativa específica.

Finalmente, tampoco resultarán rescindibles los acuerdos de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor, así como los negocios, actos y pagos –independientemente de cuál sea su naturaleza y la forma en que se hubieran realizado–, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando se produzca alguna de las siguientes consideraciones:

- Si en virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible, o la modificación o extinción de las obligaciones contraídas. Esto podrá producirse mediante una ampliación en el plazo del vencimiento, o por el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que estén respondiendo a un plan de viabilidad que permita la continuación en la actividad profesional o empresarial, ya sea en el corto o medio plazo.
- La normativa recoge otros supuestos distintos, que deberán producirse en todo caso con anterioridad a la declaración del concurso –como un acuerdo formalizado en instrumento público, al que se hubieran adherido todos los documentos justificativos de su contenido, cumpliendo además los distintos requisitos exigidos, entre otros supuestos–.

8. DETERMINACIÓN DE LA MASA PASIVA

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Clasificación de los créditos / 3. Comunicación y reconocimiento de créditos

1. Introducción

Producida la declaración de concurso, todos los acreedores del deudor concursado sean ordinarios o no, e independientemente de cuál sea su nacionalidad o su domicilio, quedarán integrados en la masa pasiva del concurso, sin mayores excepciones que las establecidas en la normativa.

Por lo tanto, no lo olvidemos, cesará la posibilidad de exigencia de pago de las deudas, al concursado, de manera individual, todo devendrá en el procedimiento común que implica el concurso.

La masa pasiva, como puede imaginarse fácilmente, es exactamente lo contrario a lo que implica la masa activa.

Así, constituirán la masa pasiva del concursado todos los créditos existentes contra el concursado deudor común, que en función de la normativa concursal no tengan la consideración de créditos contra la masa.

En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales, o cualquier otro tipo de comunidad de bienes, no quedarán integrados en la masa pasiva aquellos créditos contra el cónyuge del concursado –pues no serán deudas achacables a este–, incluso aunque sean, además, créditos constituidos a cargo de la sociedad o la comunidad conyugal.

Por tanto, en definitiva, constituyen la masa pasiva del concurso todo el conjunto de obligaciones a cargo del deudor concursado.

2. Clasificación de los créditos

Como ya sabemos, la Administración concursal deberá acompañar a su Informe una lista en la cual conste la relación de acreedores que conformen la masa pasiva del concursado, la cuantía de su crédito y su clasificación de conformidad con lo dispuesto en la ley concursal.

Esta clasificación establece un orden, en atención a diversas características de los créditos, formando categorías distintas, que vendrán a determinar cuál es el orden en el pago del crédito. Así, cuando más arriba se encuentre el crédito en la clasificación, más factible resultará la satisfacción de la deuda.

Así, los créditos se dividirán en tres tipos principales, cuya clasificación implicará diferencias muy importantes.

En primer lugar, encontramos los créditos concursales, que son aquellos generados con anterioridad a la declaración de concurso, que serán dominados por el principio de universalidad. Dentro de esta categorización, se encuentran insertos los siguientes créditos:

- Créditos con privilegio especial.
- Créditos con privilegio general.
- Créditos ordinarios.
- Créditos subordinados.

En segundo lugar, se encuentran los denominados créditos contra la masa, que son los que se han generado después de la declaración del procedimiento concursal.

Finalmente, en tercer lugar, están los supuestos especiales, entre los que pueden diferenciarse dos tipos distintos:

- Créditos contingentes sin cuantía propia.
- Créditos condicionales.

2.1. Créditos concursales

Como se ha reseñado, la primera de las categorizaciones de los créditos. Estos ya existían antes de la declaración del procedimiento concursal y son, por lo tanto, el conjunto de deudas que han contribuido a la producción de dicho concurso, pues algunos de ellos se encontrarán vencidos y no satisfechos por parte del deudor concursal. A continuación, veremos los distintos tipos que configuran esta catalogación crediticia.

2.2. Créditos con privilegio especial

El primer tipo de los denominados créditos concursales.

Los créditos con privilegio especial son aquellos que recaen sobre bienes o derechos concretos de la masa activa del procedimiento concursal, estando enumerados en los artículos 270 y 271 del texto refundido de la Ley Concursal.

Estos créditos conllevan un privilegio especial, como su propio nombre indica. Dicho privilegio consiste en la ejecución separada sobre el bien a que afectan, lo que implica la existencia de una preferencia en el cobro, por encima de cualquier otro en caso de liquidación. En otras palabras, resultará mucho más probable que el acreedor que tenga un crédito con privilegio especial obtenga la satisfacción de la deuda, a que lo consiga otro acreedor cuyo crédito no ostente esta condición.

Además, no quedan sujetos al convenio concursal, excepto que hubieran votado de forma favorable, en cuyo caso sí se encontrarán finalmente vinculados. Como podrá entenderse con facilidad, la aceptación deberá ser explícita, no siendo posible una aceptación tácita o la presunción de la misma.

Igualmente, la aprobación del convenio por parte de los acreedores con créditos con privilegio especial suele implicar que las garantías de pago ofrecidas por el concursado deudor son muy importantes.

Los créditos con privilegio especial son los siguientes:

- Los créditos que se encuentren garantizados mediante hipoteca voluntaria o legal, ya sea inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o los derechos hipotecados o pignora- dos.
- Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble que se encuentre gravado.
- Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados. En este aspecto, se incluirán los de los trabajadores, sobre los objetos elaborados por ellos mismos, mientras todavía sean propiedad o estén en posesión del concursado.
- Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compra- venta con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, constitu- tidos a favor de los arrendadores o de los vendedores e incluso, en su caso, de los financiadores, sobre bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición re- solutoria en caso de falta de pago.
- Los créditos con garantía de valores, representados mediante anota- ciones en cuenta, sobre los valores gravados.
- Los créditos garantizados con prenda constituida en documento pú- blico, sobre los bienes o derechos pignorados que se encuentren en posesión del acreedor, o de un tercero.

Existen, además, cuatro subclases de estos tipos de créditos, tal y como indica el artículo 287 del texto refundido de la Ley Concursal, siendo los siguientes:

- Públicos, siendo estos los acreedores de derecho público.
- Laborales, entendiéndose al respecto los acreedores de derecho labo- ral.
- Financieros, que son aquellos que tienen por titulares de cualquier en- deudamiento financiero con independencia de que se encuentren o no sometidos a supervisión financiera.
- Resto de acreedores, entre los que se incluirán los acreedores por ope- raciones comerciales, así como al resto de acreedores que no estén incluidos en las categorías anteriores.

2.3. *Créditos con privilegio general*

Respecto de los restantes bienes del deudor recaerán o, dicho más correctamente, sobre el patrimonio del deudor, recaen los denominados créditos con privilegio general.

Estos privilegios no son procesales, porque no conceden ningún derecho a ejecución separada respecto al patrimonio del deudor para el cobro de la deuda. Lo que hacen es ofrecer un derecho de cobro preferente respecto de aquellos acreedores cuyo crédito se considere ordinario o subordinado.

Aquellos créditos que gocen de este privilegio especial concurrirán entre sí por el orden que se encuentra establecido en el artículo 280 del texto refundido de la Ley Concursal, y a prorrata dentro de cada número, como indica el artículo 432.1 del mismo texto legal.

Debe reseñarse, también, que este privilegio en el orden del cobro no es el único que ostentan los titulares de créditos con privilegio general, pues también dispondrán de los siguientes derechos

- Asistencia a la junta de acreedores y voto en la misma –artículo 397.1 del texto refundido de la Ley Concursal–.
- Disponen de la posibilidad de formar parte de la administración concursal.
- Posibilidad de adherirse a la propuesta anticipada de convenio –artículo 334 del texto refundido de la Ley Concursal–.
- No quedarán vinculados por el convenio que se aprueba, excepto que hubieran votado a favor del mismo –artículo 397.1 del texto refundido de la Ley Concursal–. No obstante, quedarán vinculados al convenio aprobado cuando voten a favor de dicho convenio ciertos porcentajes, recogidos en el segundo apartado del mencionado artículo, computados entre la misma clase de acreedores que gocen del privilegio general. En este último aspecto, como indica el artículo 287 del texto refundido de la Ley Concursal, se entiende que existen cuando subclases entre los mismos –públicos, laborales, financieros y resto de acreedores–.

Son créditos con privilegio general los siguientes:

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido un privilegio especial.
- Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias, o retenciones de Seguridad Social, debidas por el concursado deudor en cumplimiento de una obligación legal.
- Los créditos de personas naturales que deriven del trabajo personal no dependiente, y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra que resulte ser el objeto de la propiedad intelectual, y se hubieran devengado durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.
- Los créditos tributarios y el resto que sean de Derecho público, así como también los créditos de la Seguridad Social que no tengan el carácter de privilegio especial.
- Los créditos por responsabilidad civil de carácter extracontractual.
- Los créditos existentes por concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y/o contra la Seguridad Social.
- Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería, que hubieran sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, siempre y cuando este reúna las condiciones previstas en el artículo 238 del texto refundido de la Ley Concursal, y en la cuantía que no se encuentre reconocida como crédito contra la masa.
- Los créditos de los cuales fuera titular el acreedor, a instancia del cual se hubiera declarado el concurso, y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta una cantidad máxima equivalente al cincuenta por ciento de su importe.

2.4. Créditos ordinarios y subordinados

Los créditos ordinarios se definen con carácter residual, entendiéndose como tales todos aquellos que no se encuentren englobados en el resto de las categorías recogidas para los créditos. Se expresa, en tal sentido, el artículo 269.3 del texto refundido de la Ley Concursal.

Estos créditos ordinarios ostentan, para la aprobación del convenio, derecho de voto, tanto en el supuesto de verse afectados por el mismo en caso de aprobación, como si la decisión impide la obtención de un convenio y supone la liquidación de la sociedad. En este último supuesto, su pago se verifica con cargo a los bienes y derechos que conformen la masa activa, una vez se hubieran satisfecho los créditos contra la masa y los de carácter privilegiado.

De no resultar suficiente la masa activa para la satisfacción de la deuda de los créditos ordinarios, se abonarán a prorrata conjuntamente con los créditos que ostenten privilegio especial, en la parte en que estos no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

El pago de estos créditos deberá realizarse en función de la liquidez existente en la masa activa, permitiendo llevarse a cabo la entrega de cuotas, siempre y cuando su importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada uno de los créditos afectados por la medida.

Por su parte, los créditos subordinados son los que se encuentran relegados respecto al resto de créditos, lo que implica que el cobro de los mismos se producirá en último lugar, detrás de los demás créditos, como indica el artículo 280 del texto refundido de la Ley Concursal.

No obstante, la calificación de un crédito como subordinado tiene más consecuencias para el titular del mismo, siendo las siguientes:

- Se encuentran vinculados por el contenido del convenio, incluso aunque no hubieran votado a favor, tal y como indica el artículo 396.1 del texto refundido de la Ley Concursal. En aplicación de la normativa, por tanto, debe reseñarse que esta obligatoriedad, incluso no votando a favor, engloba también la posibilidad de voto en contra o abstención y que, si el porcentaje necesario de acreedores vota a favor del convenio, resultará aplicable al titular de los créditos subordinados.
- No pueden formar parte de la administración concursal, pues esto queda reservado para los titulares de créditos con privilegio general.
- Tampoco tienen derecho de voto en la junta de acreedores, cuestión indicada en el artículo 352.1 del texto refundido de la Ley Concursal.

- Se producirá la extinción de las garantías de cualquier clase de las que fueran titulares –artículo 302.1 del texto refundido de la Ley Concursal.
- Quedan afectados por las mismas quitas y esperas que las que se establezcan para los créditos ordinarios en el convenio, como señala el artículo 396.2 del texto refundido de la Ley Concursal. No obstante, los plazos de espera les serán imputados a partir del cumplimiento íntegro del convenio respecto de los créditos ordinarios, lo que implicará en la práctica una reducción importante en la posibilidad de cobro de las deudas.

Por su parte, el artículo 281.1 del texto refundido de la Ley Concursal indica cuáles son los créditos que ostentan la condición de subordinados, encontrándose, entre los mismos, los siguientes:

- Aquellos créditos clasificados como subordinados por la administración concursal por haberse producido la comunicación de los mismos fuera de plazo, excepto que se tratase de créditos de reconocimiento forzoso, o por las resoluciones judiciales que hubieran resuelto incidentes de impugnación de la lista de acreedores –pues no cabrá la posibilidad de reivindicarlos con anterioridad– y por aquellas otras que atribuyan al crédito tal clasificación. En el caso indicado, la catalogación del crédito como subordinado devendrá de manera automática, afectando a toda clase de créditos, independientemente de cuál fuera su clase o categoría. De esta manera, se busca la sanción a aquellos acreedores que, al no realizar la comunicación en el momento oportuno, entorpezcan con dicho retraso la marcha del concurso, perjudicando al resto de acreedores y dificultando la labor de la administración concursal.
- Los créditos que, por pago contractual, tengan el carácter de subordinados, respecto del resto de créditos existentes contra el deudor, incluyéndose en este aspecto a los participativos.
- Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos en esta categorización los moratorios, excepto cuando se debieran a créditos con garantía real, hasta donde alcance la correspondiente

garantía, pues formarán parte del crédito con privilegio especial, que podrá satisfacerse con preferencia absoluta respecto al bien o derecho afectado, como señala el artículo 430.1 del texto refundido de la Ley Concursal.

- Los créditos por multas y resto de sanciones pecuniarias.
- Los créditos de los que fuera titular alguna de las personas que se encuentren especialmente relacionadas con el concursado, en los términos que se recojan en la normativa. No obstante y como excepción – artículo 281.2 del texto refundido de la Ley Concursal–, no se subordinarán los créditos existentes por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso –tendrán la consideración de crédito ordinario–, los créditos recogidos en el artículo 280.1 de la norma, cuando el concursado sea una persona natural, y los créditos recogidos en el artículo 283.1 y 283.4, cuando sus titulares reúnan las condiciones de participación en el capital allí indicado, excepción hecha de préstamos o de actos con finalidad de carácter análogo.
- Aquellos créditos que, como consecuencia de rescisión concursal, resulten favorables a quienes, en la sentencia, hubieran sido declarados parte de mala fe en el acto impugnado.
- Los créditos que deriven de contratos con obligaciones recíprocas a cuyo cargo la contraparte del concursado o el acreedor, en caso de rehabilitación de contratos de financiación o de adquisición de bienes con precio aplazado, cuando el juez hubiera constatado, previo informe de la administración concursal, que el acreedor esté obstaculizando de manera reiterada el cumplimiento del contrato, en perjuicio del interés del concurso.

Deben establecerse, además, quiénes se entienden especialmente relacionados con el concursado deudor, en caso de ser este último persona física. Esta categorización deviene relacionada en el artículo 282 del texto refundido de la Ley Concursal, quedando constituida por los siguientes sujetos:

- El cónyuge del concursado, o aquella persona que hubiera ostentado tal condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso –o su pareja de hecho, inscrita convenientemente, o las personas que

convivan con análoga relación de afectividad o hubieran vivido de manera habitual con la persona deudora en los dos años anteriores a la declaración del concurso—. El problema estribará, en el último caso, en la prueba, pues no siempre quedará perfectamente claro quién ostenta y quién no dicha condición.

- Los ascendientes, los descendientes y los hermanos del deudor concursado, o de su cónyuge o pareja de hecho.
- Los cónyuges de los ascendientes –cuando no sean sus progenitores–, los cónyuges de sus descendientes y los hermanos del concursado.
- Las personas jurídicas que se encuentren controladas por el concursado, o por las personas indicadas con anterioridad, o sus administradores de hecho o de derecho. Se entenderá que existe dicho control cuando concurren una o varias de las circunstancias recogidas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.
- Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas con anterioridad.

Si bien nos hemos referido en este listado a quienes ostentan una especial relación con el deudor concursado, persona natural, también puede entenderse que hay personas especialmente relacionadas con el deudor concursado cuando se trata de una persona jurídica, tal y como recoge el artículo 283 del texto refundido de la Ley Concursal. En tal sentido, el citado artículo indica que ostentarán dicha condición:

- Aquellos socios que, conforme a la normativa, sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales existentes, y aquellos otros que, en el momento en que se produjo el nacimiento del derecho de crédito, fueran titulares, bien de modo directo o indirecto de, cuanto menos, el cinco por ciento del capital social de la compañía. Este porcentaje resultará de aplicación cuando la empresa declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o si no los tuviera, resultará necesario que sea del diez por ciento del capital social de la empresa.
- Las personas especialmente relacionadas con los socios de la persona jurídica.

- Los administradores, ya sean de derecho o de hecho, y los liquidadores del concursado persona jurídica.
- Los directores generales de la persona jurídica concursada, cuando dispusieran de poderes generales en la empresa. En este aspecto, también quedarán insertos los directores generales, administradores –de hecho o de derecho– y liquidadores, cuando hubieran ostentado el cargo en los dos años anteriores a la declaración del concurso.
- Las sociedades que conformen el mismo grupo que la sociedad que se encuentre declarada en concurso.
- Los socios comunes de la sociedad que se encuentre declarada en concurso, y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, cuando se produzca el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, de manera directa o indirecta de, como mínimo, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o de un diez por ciento si no los tuviera.

Finalmente, según redacción del artículo 284 del texto refundido de la Ley Concursal, se presumirá, salvo existencia de prueba en contrario, como personas especialmente relacionadas con el concursado, a los cesionarios o adjudicatarios de créditos que pertenezcan a cualquiera de las personas mencionadas en los supuestos anteriores, siempre y cuando la adquisición se hubiera producido en un período anterior máximo de dos años a la declaración de concurso.

2.5. Créditos contra la masa

Los créditos contra la masa son aquellos cuya generación se produce después de la declaración del concurso, siendo auténticas deudas contra la masa, y operando a modo de créditos prededucibles.

En esencia, son deudas que no existían de manera previa a la declaración concursal del deudor, de modo que el cumplimiento de la fecha de pago de las mismas se ha producido una vez el concurso ya había sido declarado, lo que implica que el acreedor ya era conocedor –o debía serlo, al menos–, de

la situación económica en que se encontraba el deudor cuando se perfeccionó el contrato que origina la deuda, o simplemente, que el contrato se perfeccionó con anterioridad al momento de declaración concursal, pero el vencimiento de la obligación todavía no se había producido cuando se declaró el concurso.

Son créditos que ostentan preferencia en el pago respecto a los créditos concursales, debiendo de ser pagados en su correspondiente vencimiento, de manera independientemente de cuál sea el estado del procedimiento concursal.

Existen varios tipos de créditos contra la masa –llegando a computarse hasta un total de trece tipos distintos–, de los cuales pueden destacarse los siguientes:

- Los créditos por salarios correspondientes a los treinta últimos días de trabajo efectivo, anteriores a la declaración de concurso, cuya cuantía no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
- Los créditos de costas y gastos judiciales que sean necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en la normativa y la asistencia y representación del concursado, así como de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento.
- Los créditos de alimentos del deudor y de las personas respecto a las cuales tuviera el deber legal de prestarlos.
- Los créditos generados por el ejercicio de la actividad de carácter profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso.
- Los créditos que resulten de obligaciones que hubieran surgido de la normativa, o de la responsabilidad extracontractual del concursado, con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, y hasta la producción de la conclusión del mismo.

Dentro de los créditos contra la masa, encontramos algunos supuestos especiales, como son los créditos contingentes sin cuantía propia, y los créditos condicionales.

En el primero de los casos, los créditos contingentes sin cuantía propia, son aquellos que pueden llegar a existir de manera efectiva, pero dependerán para ello de la producción de un evento incierto. La norma reconoce dos tipos distintos dentro de esta clase, siendo estos los créditos sometidos a una condición suspensiva –únicamente existirán si llega a cumplirse la condición– y los créditos litigiosos –aquellos créditos cuya titularidad, cuantía o existencia resultará controvertida, al encontrarse discutidos judicialmente–.

En segundo lugar, encontramos los créditos condicionales. Como tales entendemos los que, incluso teniendo una existencia cierta, podrían dejar de existir, en función de lo que ocurra. En este sentido, pueden diferenciarse tres clases distintas de créditos condicionales, como son los créditos sometidos a condición resolutoria, los créditos que se encuentren recurridos en vía administrativa o en vía jurisdiccional, y los créditos reconocidos en una sentencia que todavía no disponga del carácter de firme.

3. Comunicación y reconocimiento de créditos

La comunicación de los créditos deberá realizarse de modo escrito, en el plazo máximo de un mes desde el llamamiento que se hubiera efectuado al publicarse la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado. A esta regla general cabrá una excepción, los que ostentan las administraciones públicas, que podrán ser comunicados a lo largo de todo el procedimiento concursal. A la pertinente comunicación se le deberá acompañar con los documentos originales o copias autenticadas del título relativo al crédito.

Los créditos contra la masa, como nacer con posterioridad a la declaración del concurso, podrán ser comunicados en cualquier momento.

En lo concerniente al reconocimiento de los créditos, la administración concursal reconocerá aquellos créditos que le hubieran sido comunicados, así como los que consten en documentos y en los libros contables del deudor.

La administración concursal deberá presentar al juez su informe, en el plazo máximo de dos meses, desde que se produjera la aceptación en el cargo, con la documentación complementaria que resulte precisa.

Deberá notificarse con anterioridad a quienes se hubieran personado en el concurso, en el domicilio que se encuentre señalado en la documentación a efectos de notificaciones. Además, el juez podrá acordar, ya sea de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de documentación complementaria.

También resultará posible la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Así, tanto los acreedores, como cualquier interesado, dispondrán de un plazo de diez días desde la notificación –o desde la última publicación–, para la impugnación del inventario del concursado deudor, solicitando para ello la exclusión de bienes y derechos, o incluso el aumento o la disminución de la valoración de los mismos.

Igualmente, se podrá impugnar la lista de acreedores, solicitando la inclusión o la exclusión de créditos, la modificación de su cuantía o la clasificación de lo mismos.

La impugnación deberá llevarse a cabo mediante la tramitación del incidente concursal, dándose traslado de la misma tanto a la administración concursal como al deudor, para que en el plazo de diez días se allanen o contesten a la demanda formulada. El juez resolverá por medio de Auto, estimando o desestimando las pretensiones formuladas.

La falta de impugnación impedirá que, después, los afectados puedan plantear pretensiones de modificación de estos documentos. Una vez se hubieran producido las impugnaciones y presentados por la administración concursal los documentos del inventario y de la lista, podrá el Juez dictar Auto abriendo, según estime conveniente, la fase de convenio o la fase de liquidación.

9. POPUESTA DE CONVENIO. CONTENIDO Y ADHE- SIONES. LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El convenio / 3 Contenido del convenio

1. Introducción

El anterior artículo 100 de la Ley Concursal, subdividido tras la reforma en una amalgama de artículos², nos indicaba a qué se refería el legislador con la propuesta de convenio. En la actualidad, el artículo 317.1 del texto refundido de la Ley Concursal es el encargado de esta definición, en términos muy parecidos a la anterior. Entendemos, así, que la propuesta de convenio tiene que contener una proposición de quita, una de espera, o ambas. Además, señala que el período temporal no podrá exceder el límite de los diez años.

Debe indicarse, por tanto, a qué nos referimos con quita y qué es la espera. La primera de ellas alude a que el deudor beneficiado por ella tendrá la posibilidad de pagar a sus acreedores con una rebaja o reducción de la cuantía que les adeuda –evidentemente, los acreedores deberán mostrarse a favor de esta modificación que, en esencia, obedece a una solución práctica, pues es mejor cobrar una parte de lo que se les adeuda, que no cobrar absolutamente nada–. Por su parte, la espera implica que el deudor beneficiado con la misma podrá realizar el pago a sus acreedores llevando a cabo un

² La nueva redacción de la normativa ha implicado la subdivisión del antiguo artículo 100 de la Ley Concursal en varios otros. Así, en la actualidad, el anterior artículo 100.2 se ha convertido en los artículos 220, 221, 324 y 328; y el anterior artículo 100.3 en los artículos 317, 318, 325 y 329. Más sencilla resulta la trazabilidad de los anteriores artículos 100.4 y 100.5, que en la actualidad son los artículos 331 –para el primero de los casos– y 332 –para el segundo–.

Finalmente, el artículo 100.1, que regulaba qué era el convenio, es en la actualidad el artículo 317.1 del texto refundido de la Ley Concursal.

aplazamiento sobre las fechas de los vencimientos de lo adeudado –es decir, se retrasa la fecha original de cumplimiento de las obligaciones, sin que se incurra en mora o incumplimiento–.

En general, ambos beneficios se solicitan de manera conjunta, recogiéndose en el convenio concertado con los acreedores. La finalidad fundamental del convenio consiste en evitar que el deudor sea declarado en concurso de acreedores.

2. El convenio

El convenio es un acuerdo que modifica las circunstancias de los créditos de los acreedores del concursado. De cumplirse, constituye una forma de finalizar un concurso de acreedores. La propuesta del convenio debe formularse por escrito y firmado por el deudor o todos los acreedores que lo propongan.

La finalidad perseguida con el procedimiento concursal consiste en la consecución de un convenio entre los acreedores y el deudor, con el objetivo de lograr la satisfacción de los créditos reconocidos, en la medida en que resulte posible y en las mejores condiciones para todos los afectados. La normativa configura el convenio como la solución *normal* del procedimiento concursal (Núñez-Lagos, 2003, p. 35). En su defecto, la otra opción consistirá en proceder, de manera ordenada, a la liquidación del patrimonio del deudor, con el mismo objetivo.

El posible contenido del convenio consistirá en la proposición de los siguientes puntos:

- Quita y/o espera –o ambos–.
- Propositiones con carácter alternativo para todos o para una o varias clases de acreedores. Entre estas opciones podrán incluirse las ofertas de conversión del crédito en acciones, las obligaciones convertibles o los créditos subordinados, entre otras.
- Propositiones de enajenación de bienes y derechos que no sean necesarios para la continuidad del ejercicio de la actividad del concursado.

- Plan de pagos.
- Plan de viabilidad económica.

Existen tres posibilidades distintas a este respecto, como serían la propuesta anticipada de convenio, la proposición ordinaria de convenio y la posibilidad de tramitación escrita.

2.1. La posibilidad de propuesta anticipada

La propuesta anticipada de convenio permite al deudor el inicio de las negociaciones pertinentes para la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que deberá comunicarse al juez competente.

Desde que se produzca la solicitud de concurso voluntario, o desde la declaración de concurso necesario –y hasta que se produzca la expiración del plazo de comunicación de los créditos–, el deudor que no hubiera solicitado la liquidación, y no se encuentre afectado por alguna de las posibilidades recogidas en el artículo 335 del texto refundido de la Ley Concursal, se puede presentar ante el juez una propuesta anticipada de convenio.

Dicha propuesta de convenio deberá presentarse acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen, por importe, la quinta parte del pasivo del concurso.

Cuando se presente la propuesta con la propia solicitud de concurso voluntario, resultará suficiente con que las adhesiones alcancen la décima parte del pasivo, como señalan los artículos 333, 334, 343, 344 y 345 del texto refundido de la Ley Concursal³.

Presentada la propuesta, cualquier otro acreedor podrá manifestarse respecto a su adhesión a la misma –artículos 351, 358 y 359 del texto refundido– y, en caso de que dichas adhesiones alcancen la mayoría que se exige legalmente, se proclamará el resultado mediante decreto –el resultado será la aceptación del convenio–.

³ En otra demostración de que la preconizada búsqueda de sencillez con la reforma normativa que indicaba el legislador no ha sido tal en la práctica.

En cualquier otro caso, se dará cuenta al juez, que deberá dictar auto abriendo la fase de convenio o de liquidación, según cuál de ellas corresponda, tal y como indican los artículos 381, 389 y 390 del texto refundido de la Ley Concursal.

2.2. La proposición ordinaria de convenio

También denominada proposición de convenio ordinario. Cuando no exista solicitud de liquidación del concursado, y no se encuentre aprobada ni mantenida propuesta anticipada de convenio alguna, finalizada la fase común de tramitación se ordenará la apertura de la denominada fase de convenio. Esto implicará la formación de la sección Quinta del procedimiento y la convocatoria de la junta de acreedores.

Puede ocurrir que se presenten diversas propuestas de convenio, una por el concursado, y otra o varias por los acreedores. En tal caso, previa admisión a trámite, se dará traslado de las mismas a la administración concursal para su evaluación, y serán llevadas a la junta de acreedores para su examen y, en su caso, aprobación.

En esta junta de acreedores, que se encontrará presidida por el juez – o, excepcionalmente si él no pudiera asistir, por quien constituya la administración concursal y se designe por el juez– se deliberará y votará respecto a las propuestas. En primer lugar, sobre la presentada por el concursado y, si fuera aceptada, finalizará ahí el procedimiento. Caso de rechazarse, se procederá de idéntico modo con el resto –si las hay– de las propuestas presentadas por los acreedores, hasta la aprobación de alguna, o que todas sean rechazadas. En lo concerniente a las presentadas por los acreedores, el orden por el que se comenzará la votación será realizando en primer lugar la que aglutine la cuantía mayor de los créditos titulados por sus firmantes, como señala el artículo 370.3 del texto refundido de la Ley Concursal.

La aprobación de la correspondiente proposición ordinaria de convenio requiere que se alcancen las mayorías determinadas en cada uno de los casos por la normativa, recogidas en los artículos 316, 376, 378 y 396 del texto refundido de la Ley Concursal.

Si la votación arroja un resultado favorable a la propuesta de convenio, el secretario elevará al juez el acta de la junta, a los meros efectos de su aprobación, y pudiendo producirse distintas situaciones:

- La oposición a la aprobación del convenio (que pueden promover la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto, los que hubieran votado en contra, así como el concursado respecto del convenio no propuesto por él, o también, en caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella), y que se sustanciará por el trámite del incidente concursal.
- El rechazo de oficio por el juez, si apreciare que se ha infringido alguna de las cuestiones que el texto refundido de la Ley Concursal establece sobre el contenido del convenio, respecto a la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta o su celebración –artículo 32 del texto refundido de la Ley Concursal–.
- La aprobación del convenio, bien por no existir oposición, bien por resultar desestimada en el incidente promovido –artículo 389 del texto refundido de la Ley Concursal–.

El contenido del convenio aprobado vinculará a todas las partes; es decir, al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de todos los créditos que fueran anteriores a la declaración de concurso.

Respecto a los acreedores privilegiados, únicamente quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieran votado a favor de la propuesta aprobada, o si se hubieran adherido a la misma, así como cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase:

- Del 60 por ciento, cuando se trate de quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, o esperas de plazo no superior a cinco años, o, caso de acreedores distintos de los

públicos y de los laborales, de conversión de deuda en préstamos participativos, durante el mismo año.

- Del 75 por ciento, cuando se trate de esperas superiores a cinco años, pero no superiores a diez, o de quitas superiores a la mitad del importe del crédito y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase.

2.3. La posibilidad de tramitación escrita

Cuando el número de acreedores exceda de un total de trescientos, la normativa contempla la posibilidad de acordar la tramitación escrita del convenio.

Así, en este aspecto, se prevé la posibilidad de acordar dicha tramitación del convenio de manera escrita, fijándose como fecha límite para la presentación de adhesiones, o votos en contra, dos meses contados desde la fecha del Auto, así como la forma de realizarlo.

Una vez finalizado el plazo para la presentación de adhesiones, corresponderá al secretario judicial la verificación de la propuesta de convenio presentada, sobre si alcanza la mayoría que exige la normativa o no, y proclamará el resultado mediante decreto.

En caso de alcanzarse la mayoría, en los cinco días siguientes a la producción del vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dictará sentencia aprobatoria, excepto que se hubiera formulado alguna oposición al convenio, o el mismo sea rechazado de oficio por el juez, siempre de manera motivada.

3. Contenido del convenio

En la propuesta de convenio existe un contenido típico, que obligatoriamente deberá estar presente en todos, y un contenido potestativo, cuya inclusión quedará a elección de las partes. Resulta posible, además, que se ofrezcan contenidos alternativos, que podrán o no ser aceptados por los acreedores.

En lo concerniente al contenido típico, queda integrado por los modos de arreglo del pasivo; es decir, por las quitas y/o esperas. Precisamente, en conexión con este contenido remisivo del convenio, que se producirá como consecuencia de la declaración judicial del cumplimiento del convenio, devendrá también el efecto novatorio de la obligación, que se traducirá, en consecuencia, con la exoneración de la deuda insatisfecha.

El contenido del convenio encuentra su regulación en varios artículos de la normativa, entre los que pueden destacarse el 317, el 328 y el 329 del texto refundido de la Ley Concursal.

El texto refundido de la Ley Concursal contempla como contenido del convenio tanto la quita como la espera –y, no lo olvidemos, ambas pueden incluirse en el mismo–, por lo que una propuesta de convenio podrá contemplar una quita –rebaja de los créditos–, una espera –dilación del pago de los créditos–, o la combinación de ambas opciones, así como la proposición a los acreedores de una opción u otra, de manera alternativa.

Además, pero únicamente en los casos en que se logre un convenio sin que se produzca ninguna quita, resultará posible el pacto del cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiera resultado suspendido a consecuencia de la declaración del concurso. Para ello, el cálculo será el del tipo legal o el convencional, caso que este último resulte inferior, como señala el artículo 320 del texto refundido de la Ley Concursal.

Por lo tanto, este contenido típico, por ser el más habitual, del convenio, coincide con el que venía a ser el contenido normal del convenio en la quiebra y la suspensión de pagos. La razón de ser de todo ello obedece a la idea de que la reestructuración del pasivo del deudor por medio de las quitas y esperas implica un sacrificio actual para los acreedores en una parte

importante de sus derechos que, eventualmente, les permitiría obtener una satisfacción mayor que la que obtendrían en caso de producirse la liquidación concursal, pues en muchas ocasiones esta liquidación no sirve para la satisfacción del total de las deudas acumuladas.

3.1. Contenido potestativo del convenio

Como se ha indicado anteriormente, el contenido potestativo es el que no deviene obligado conformar parte del convenio, quedando a elección de las partes que forme parte del mismo.

En este aspecto, las quitas y/o esperas quedan establecidas como los métodos tradicionales –y más habituales– de arreglo del pasivo –siendo, por tanto, el contenido típico del convenio–, pero existe la posibilidad de que se encuentren acompañadas de otras cláusulas, que constituirán el contenido potestativo del convenio. Dicho contenido puede ser:

- La asunción de la actividad y el convenio del concursado deudor: el denominado convenio de asunción.
- Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, como contenido del convenio.
- La capitalización de créditos, o la conversión en créditos participativos, subordinados u obligaciones convertibles; llevados a cabo mediante el denominado ejercicio del derecho de opción.
- La liquidación de la sociedad.

3.1.1. Contenido potestativo del convenio: el convenio de asunción

En virtud de esta modalidad de convenio, una persona, ya sea física o jurídica, asume la obligación del pago –total o parcial– de los créditos de los acreedores concursales, en los términos y condiciones que se encuentren expresados en la propuesta de convenio.

El especial interés de este tipo deviene por la figura del asuntor, que permite la continuación de la actividad profesional o empresarial, con el conjunto de bienes y derechos que se encuentren afectos a esa actividad y que, con el objetivo específico de esta continuidad, le son transmitidos. Todo ello

implica una manifestación del tradicional principio del Derecho francés, que propugna la separación entre persona natural y persona jurídica.

Desde un punto de vista basado en la prioridad de la conservación de la empresa, respecto a la liquidación –y tras la expresa prohibición de los convenios de cesión total o parcial–, resultaba totalmente necesario que la cesión de la empresa se encontrase prevista de manera expresa, como uno de los contenidos de la propuesta de convenio, y como alternativa real a la liquidación de la empresa. No únicamente por suponer un mecanismo que facilita la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad, sino también por ser una vía que contribuye el aseguramiento de la actividad y el empleo.

Este convenio de asunción se entiende como un negocio de carácter unitario, por el cual el convenio, la asunción de la deuda y la transmisión de la empresa no constituyen figuras separadas y autónomas, sino que existe una relación jurídica unitaria. Por tanto, no se produce realmente una doble transmisión, sino que estamos refiriéndonos a una doble negociación. Así, la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas constituye objeto del convenio mismo, y no de otra relación jurídica, existiendo por tanto identidad de causa entre el propio convenio y la subsiguiente enajenación producida.

Por tanto, se trata de una modalidad que puede pactarse, tanto en los casos de insolvencia actual como en los casos de insolvencia inminente. El convenio con asunción resulta independiente de la voluntariedad del concurso o que sea necesario, como también resulta independiente de la tramitación de la propuesta.

El anteriormente mencionado asunto podrá ser una persona natural o jurídica, de cualquier clase, sea nacional o extranjera. Incluso, se acepta sin mayores problemas que se trate de una persona jurídica creada específicamente con esta finalidad. No obstante, la norma concursal exige que el asunto, en cualquier caso, aparezca determinado en la propuesta de convenio, lo cual resultará necesario para que los acreedores –y también los trabajadores– puedan conocer la identidad del futuro titular de los establecimientos, explotaciones o unidades productivas que se pretendan transmitir a esa persona y,

además, poder realizar una valoración de su honorabilidad, capacidad económica y profesional o empresarial.

Además, no existiría inconveniente en que el cesionario sea un acreedor concursal privilegiado, ordinario o subordinado, o una empresa del grupo de la concursada, o incluso un acreedor de la masa. La obligación de continuar con la actividad empresarial o profesional caracterizará a la figura. Igualmente, se permite que sean varias las personas que ejerzan esta asunción, lo que implicará que nos encontremos, en dichos casos, ante una asunción plural.

En el convenio con asunción, por tanto, se asume una doble obligación. Por una parte, la de continuar con la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte. Nótese, además, que la pretensión es que se continúe con idéntica actividad, y no la realización de cambios profundos en la propia compañía. Por otra parte, la segunda obligación consiste en la asunción de la totalidad, o parte del mismo, del pasivo concursal. Para la admisión a trámite por el juez de una propuesta de convenio con asunción se exige este doble compromiso al asunto, no resultando posible la admisión a trámite de un convenio en el cual el cesionario asuma única y exclusivamente una de las dos obligaciones indicadas.

La continuación de esta actividad quedará limitada a las unidades productivas que se transmitan, pudiendo las mismas ser todas las del deudor concursado, o sólo una parte de ellas –por supuesto, este punto estará perfectamente definido en el convenio–. Igualmente, la responsabilidad sobre el pasivo concursal se encontrará restringida a las deudas o cuantías especificadas en el convenio, resultando posible, si así se recoge expresamente, su extensión a las deudas concursales o, incluso, a las deudas de la masa.

No obstante, el principal problema que plantea en la actualidad el convenio con asunción es la determinación de si se trata de una asunción de carácter liberatorio de la deuda o, por el contrario, de una asunción cumulativa.

En el primero de los casos, el concursado quedaría liberado de la porción del pasivo a cuyo pago se obligue el asunto, con las quitas y las esperas pactadas, no produciéndose. En cambio, en el segundo de los casos, la asunción cumulativa, implicaría que los acreedores concursales tendrían la

posibilidad de exigir el pago tanto del concursado como del asuntor, en los términos que se hubieran pactado en el convenio.

Para resolver esta importante cuestión habrá que estar al contenido específico del convenio. En caso de que no exista pronunciamiento al respecto en el convenio, habría de entenderse que existe una asunción cumulativa de la deuda. Por tanto, se incorporaría al asuntor a la relación obligatoria, quedando convertido en deudor junto con el concursado, que no se encontrará por lo tanto liberado.

No debemos olvidar que el concurso únicamente finalizará por el cumplimiento del convenio, y no por la asunción por parte de un tercero de la deuda existente –de hecho, el artículo 465 del texto refundido de la Ley Concursal, que indica los motivos de conclusión del concurso, no lo incluye entre ellos–. Por lo tanto, la responsabilidad del concursado subsistirá, excepto aceptación por parte de los acreedores, de manera expresa, respecto a que la asunción implica el cumplimiento del convenio y, por tanto, la liberación definitiva del deudor originario, en los términos previstos en el artículo 1205 del Código Civil.

De ahí cabe concluir que si el asuntor incumple su obligación de pago el efecto es, a instancia de los acreedores, la posibilidad de declaración judicial de incumplimiento y la rescisión del convenio, con la reintegración de los bienes transmitidos, a fin de que los acreedores puedan hacer valer su derecho a la liquidación del patrimonio del deudor, a la que renunciaron al aprobar el convenio ahora incumplido.

Como contraprestación a la doble obligación de asumir la continuidad de la actividad, y de asumir el pago de los créditos de los acreedores en los términos que se hubieran expresado en la propuesta de convenio, se transmiten al asuntor uno o varios conjuntos de bienes y de derechos, o unidades productivas, que existan en la masa activa y se encuentren afectos a la actividad profesionales o empresarial del concursado deudor.

Además, la normativa exige, en todo supuesto de convenio con asunción, la necesidad de que sean escuchados los representantes legales de los

trabajadores, sean estos delegados de personal –artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores– o comités de empresa –artículo 63 del mismo cuerpo legal–.

3.1.2. Contenido potestativo del convenio: modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

La transformación constituye un acuerdo de modificación de estatutos, que incluso permiten la posibilidad de cambio respecto al tipo social inicialmente elegido, si se entiende que deviene inadecuado para la continuidad del desarrollo de la actividad empresarial. El cambio permite conservar la entidad de la compañía, esto es, sin que se produzca su disolución, liquidación ni constitución de una nueva sociedad, tal y como indica el artículo 3 de la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Esta posibilidad permite, de modo simplificado, la adecuación a las necesidades sociales, permitiendo que continúe la empresa. Así, la modificación estructural forma parte del convenio, pero no constituye su objeto (Senent Martínez, 2017, p. 20).

Igualmente, en virtud de la fusión, dos o más sociedades pueden realizar la agrupación de sus patrimonios íntegros y, en general, también sus socios, con disolución sin liquidación y extinción de todas ellas, en orden a la constitución de una nueva sociedad. Esto implicará la constitución de una nueva sociedad, o la permanencia de la sociedad principal que ha absorbido a las demás. Es lo que se conoce como fusión por absorción. En particular, puede implicar una técnica de saneamiento concursal, en el marco de los grupos en los que, en ciertas ocasiones, acudir a una fusión por absorción implica un medio para que la sociedad dominante asuma las deudas de la sociedad que ha sido dominada.

Acudir a esta posibilidad de escisión parcial permite la posibilidad de desgajamiento de la parte más afectada por la crisis en una organización empresarial. Esto supone la subsistencia de la sociedad, que se escinde, pasando la unidad económica que se separa a ser absorbida por otra sociedad que se encuentre saneada y que ya existía con anterioridad.

Esta segregación permite que la sociedad que se ha separado no quede extinguida, subsistiendo frente a lo que acontece en la escisión en todo caso,

incluso operándose dicho traspaso en bloque por sucesión universal a las sociedades beneficiarias del patrimonio segregado.

Finalmente, la cesión global de activo y pasivo, en virtud de la cual también se puede realizar una transmisión patrimonial a título universal –tal y como refleja el artículo 81.1 de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles– podría constituir un mecanismo de superación de una situación de crisis económica por algunas vías conservativas.

3.1.3. Contenido potestativo del convenio: el ejercicio del derecho de opción

Esta posibilidad tiene la pretensión de lograr que los acreedores se impliquen en la continuación y viabilidad de la empresa. Estos nuevos socios, como partes integrantes del capital social de la compañía, podrán –deberán, incluso– implicarse en la vida social y estarán tremendamente interesados en la consecución de una adecuada marcha de la empresa, para logra de este modo los mayores beneficios posibles con la explotación del objeto social de la empresa. Esta medida, no obstante, no resulta en ningún caso aplicable a los acreedores públicos.

La primera modalidad de esta clase de acuerdo implica que el contenido de la proposición alternativa consistirá en la conversión del crédito en capital, bien en acciones o en obligaciones convertibles o canjeables –si nos encontramos ante una sociedad anónima o comanditaria por acciones–; bien en participaciones –si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada–; o en cuotas –si el caso es el de una sociedad colectiva o comanditaria simple–.

En cualquier caso, en todos los supuestos de conversión de créditos en capital, el cumplimiento del convenio exigirá que la sociedad acuerde el aumento del capital social, en la medida necesaria para la conversión de todos estos créditos cuyos titulares hubieran ejercitado su decisión respecto a esta conversión. Si la sociedad no adoptase el acuerdo, o si los administradores sociales no procedieran a ejecutar el mismo para hacer efectiva esta conversión, cualquier acreedor que hubiera optado por esta conversión podrá solicitar del juez del concurso la declaración de incumplimiento.

La segunda de las modalidades de este supuesto se corresponde con la posibilidad en la que la proposición alternativa consiste en la conversión de los créditos simples en un modo distinto; el de créditos participativos, obligaciones convertibles, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características diferentes de las que tenía la deuda original.

La figura del préstamo o del crédito participativo no deja de ser una modalidad contractual moderna, derivada de los previamente existentes préstamos parciarios, y que se pacta al amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Aunque se engloban bajo la misma denominación contratos de contenido muy heterogéneo, existe un denominador común entre todos ellos, que hace las veces de nexo de unión: la cláusula de participación. Dicha cláusula implica la retribución del prestamista o del concedente del crédito en función, de manera total o parcial, de los beneficios que pueda obtener el prestatario o el acreditado.

En algunos casos, a la cláusula de participación se añade una cláusula de subordinación, de manera que la satisfacción de los titulares de los créditos participativos se encuentra subordinada a la previa e íntegra satisfacción de los titulares del resto de créditos de los que sea titular el prestatario o el acreditado.

En lo que atañe a las obligaciones convertibles, son las que otorgan el derecho a su conversión en acciones, en función de las condiciones establecidas por la junta de acreedores.

3.1.4. Contenido potestativo del convenio: la liquidación de la sociedad

La normativa concursal, en su redacción originaria, limitó la autonomía de la voluntad de las partes, en orden a la configuración del contenido de la propuesta de convenio concursal. Además de los límites al contenido remisorio y dilatorio del convenio, se establecían otra serie de límites o prohibiciones, en virtud de la redacción de su artículo 100.3.

De esta manera, se encontraban prohibidos los contenidos que tuvieran como objeto la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago, o

para el pago de sus créditos, independientemente de cuál fuera la forma de liquidación global del patrimonio del concursado, para la satisfacción de sus deudas. Con esta prohibición, el objetivo era dejar patente que el modelo de convenio es, básicamente, un convenio de continuación de la actividad, con una clara finalidad conservadora.

También queda vetada cualquier propuesta que consista en alguna forma de liquidación global de la masa activa para la satisfacción de los acreedores concursales. Por tanto, no se admiten los convenios de liquidación global, ya sea de modo directo o indirecto por conversión. No se encuentran únicamente prohibidos aquellos convenios cuyo objeto consista en la liquidación global de la masa, sino también aquellos otros convenios de continuación en los que, de producirse algún incumplimiento, se atribuya a una comisión de acreedores –o, incluso, a los antiguos administradores concursales–, la facultad de proceder a la enajenación en conjunto de la masa activa, para poder hacer frente al pago a los acreedores con la cantidad económica obtenida de la realización de dicha liquidación.

En cambio, no existe inconveniente alguno en la atribución a la comisión de acreedores –o a los administradores concursales– la facultad de enajenar algunos bienes determinados, con los límites ya referidos con anterioridad, para el caso que el deudor no pueda hacer frente a los compromisos adquiridos, frente a los acreedores de la masa o frente a los propios acreedores concursales.

Tampoco prohíbe la normativa que, entre las cláusulas del convenio, se incluya una relativa liquidación o enajenación de bienes y derechos singulares de la masa activa, siempre y cuando se determinen en la propuesta de convenio.

En lo concerniente al plan de pagos, la propia norma alude, si bien de modo indirecto, a la enajenación de ciertos bienes o derechos del concursado, lo que permite aumentar los recursos previstos para el cumplimiento del convenio.

No obstante, no tienen cabida aquellos convenios de liquidación parcial de la masa activa a través de enajenaciones singulares de bienes y derechos que afecten a la mayor parte de esa masa, o a la de mayor valor.

Sin embargo, esta última limitación se encuentra matizada. Así, basta que el bien o derecho no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, para que mediante la cesión de esos bienes o derechos a los acreedores pueda producirse una auténtica liquidación del patrimonio del deudor, al margen de la liquidación concursal.

Esto último implica, por tanto, el reconocimiento –aunque sea *de facto*–, de los convenios liquidativos en nuestro derecho concursal.

Indicar, finalmente a este respecto, que en ningún caso se podrá imponer la cesión en pago a los acreedores públicos.

10. TRAMITACIÓN DEL CONVENIO

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Junta de acreedores y desarrollo / 3. Tramitación escrita de la propuesta

1. Introducción

La finalización de la denominada fase común del procedimiento concursal implica la apertura de una nueva fase, que será tramitada en la sección quinta del concurso, e implicará la existencia de un convenio, o la liquidación de la sociedad.

A diferencia de lo que implicará el inicio de la fase de liquidación, cuando se produce la fase de convenio no devienen automáticamente efectos especiales al concursado, sino que la producción de los mismos tendrá lugar con posterioridad, cuando se apruebe el convenio.

El artículo 306 del texto refundido de la Ley Concursal indica que, una vez finalizado el plazo legal para la impugnación de la lista de acreedores y del inventario, o si se hubieran presentado, una vez finalizada la entrega de los textos definitivos de dichos documentos, dispondrá el juez de quince días para poner fin a la fase común del concurso. En este mismo Auto se acordará la apertura de la fase común del convenio.

Por tanto, se formará la sección quinta como fase de convenio, en los distintos casos establecidos en la normativa. El Auto deberá ser notificado al concursado, pero también a la administración concursal y a todas las partes que se hubieran personado en el procedimiento, dándosele además la publicidad necesaria, tal y como se encuentra dispuesto en el artículo 35 del texto refundido de la Ley Concursal.

El Auto, por su parte, resultará recurrible directamente en apelación, si bien lo más habitual es que esta resolución tenga, a efectos de recurso,

únicamente función vehicular, para permitir hacer vale protestas sobre resoluciones judiciales que hubieran recaído anteriormente en el propio concurso.

El convenio es un negocio jurídico *sui generis*, que requiere consentimiento o aprobación de los acreedores y aprobación del juez. La aprobación del juez será, por tanto, el momento a partir del cual el convenio comience a producir sus efectos, pues antes todavía se encontrará pendiente de aprobación, aunque todos los acreedores se hubieran manifestado de acuerdo con dicho convenio.

El procedimiento de aprobación difiere según la tramitación que se dé a las diversas propuestas de convenio. No obstante, cualquiera que sea la tramitación, en la aprobación de la propuesta encontramos dos momentos esenciales. Por un lado, la aceptación por los acreedores y, por otro, la aprobación judicial.

2. Junta de acreedores y desarrollo

Se exigen dos requisitos para que se entienda que procede la convocatoria de la junta de acreedores y la formación de la sección quinta, una vez hubiera finalizado previamente la fase común del concurso. Tales requisitos son los siguientes:

- Que el deudor no hubiera solicitado la liquidación; pues se trata de una potestad que, unilateralmente, dispone. Evidentemente, si el concursado ha optado por la liquidación de la sociedad, el convenio carece por completo de sentido, pues el objetivo de este último en la continuidad de la empresa con un plan de pagos.
- Que no haya sido aprobada una propuesta anticipada de convenio. Nuevamente, carecería de sentido la formación de la sección quinta para el convenio, si previamente se ha producido aprobación de convenio anticipado, pues únicamente resulta posible la perfección de un convenio por procedimiento concursal, y esto ya quedaría agotado con la aceptación de esta propuesta anticipada.

El plazo en que resulta necesaria la celebración de la junta de acreedores es distinto, en función de si se ha mantenido una propuesta anticipada de convenio, o si existe una propuesta de convenio presentada en el plazo legalmente estipulado.

Este marco temporal implica que, finalizado el plazo de comunicación de créditos, y hasta la finalización del plazo concedido para la impugnación del inventario o de la lista de acreedores si no se hubieran presentado alegaciones o, en caso de presentación de las mismas, hasta la fecha en que se ponga de manifiesto en la Oficina judicial correspondiente los textos definitivos de los documentos, implicando en tal caso que la junta de acreedores se deba celebrar dentro del plazo del segundo mes, contándolo desde la fecha del Auto de apertura de la fase de convenio.

Fuera de los casos referidos, lo que implica inexistencia de propuesta de convenio presentada, la junta de acreedores deberá celebrarse dentro del tercer mes desde la fecha del correspondiente Auto.

Hasta cuarenta días antes de la celebración de la correspondiente junta de acreedores, tanto el deudor como los distintos acreedores cuando estos últimos superen, bien de forma conjunta o individual, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva, tendrán la posibilidad de presentación de propuestas de convenio.

Dentro del referido plazo, si no se ha presentado propuesta de convenio alguna, o no se hubieran admitido a trámite ninguna de las propuestas que se hubieran presentado, se suspenderá la celebración de la junta de acreedores, y se abrirá de oficio la fase de convenio.

Las cuestiones referidas a los supuestos tratados en los párrafos precedentes se encuentran reguladas en los artículos 337 a 340 del texto refundido de la Ley Concursal.

En lo concerniente a la admisión a trámite de la propuesta, la normativa indica que el Juez admitirá a trámite las propuestas de convenio, siempre y cuando las mismas cumplan las condiciones de tiempo, forma y contenido que se encuentren establecidas en la ley.

Si se apreciase algún defecto de este tipo, los mismos resultarán subsanables. Para ello, y dentro del mismo plazo, dispondrá el juez que se notifique al concursado o, en su caso, a los acreedores, para que en los tres días siguientes a la pertinente notificación puedan subsanarlo.

En cambio, si se encontrase solicitada la liquidación por parte del concursado, el secretario judicial deberá rechazar la admisión a trámite de cualquier tipo de propuesta de convenio –pues tendrá primacía esta liquidación que, no lo olvidemos, puede realizarse por el concursado de manera unilateral–. No obstante, una vez las propuestas de convenio hubieran sido admitidas a trámite, estas no podrán revocarse ni modificarse –pero, por supuesto, no existirá obligación alguna de su aprobación posterior–.

Para simplificar la posibilidad de adopción de una decisión fundada por los acreedores, en orden a la aceptación o rechazo del convenio, la normativa indica que, en la misma providencia de admisión a trámite, se acordará dar traslado de la propuesta de convenio a la administración concursal. Así, en un plazo máximo de diez días, que se entiende improrrogable, se emitirá escrito de evaluación sobre su contenido, respecto al plan de pagos y, si resultase acompañado de un plan de viabilidad, también sobre este último.

Los escritos de evaluación emitidos con anterioridad a la presentación del informe de la administración concursal se unirán a este, y aquellos que hubieran sido emitidos después se pondrán de manifiesto en la Oficina judicial, desde el mismo día en que hubieran sido presentados. A pesar de ello, el escrito de evaluación también deberá ser comunicado por la administración concursal, de manera telemática, a los acreedores que hubieran facilitado su dirección electrónica⁴.

Si el deudor hubiera decidido mantener una propuesta anticipada de convenio, que no se hubiera aprobado en su momento, no resultará necesaria la emisión de un nuevo informe por parte de la administración concursal, pues la propuesta ya fue evaluada en la fase común, entendiéndose que las

⁴ Como podrá imaginarse el lector, no obstante, lo habitual en la actualidad es que todos los acreedores dispongan de correo electrónico y lo faciliten a la administración, precisamente para hacer más sencilla la comunicación con la misma y percibir todas las notificaciones e informaciones que resulten importantes en el procedimiento.

circunstancias no han variado lo suficiente en dicho margen temporal. Eso sí, la propuesta deberá ser idéntica, en todos sus puntos y condiciones, a la propuesta anticipada de convenio, pues de lo contrario resultará precisa esta nueva evaluación.

Por supuesto, la aceptación por parte de los acreedores supone un elemento esencial en el proceso de aprobación del convenio, pues supone la manifestación de la naturaleza consensual del convenio concursal –no lo olvidemos, se precisa la existencia de una mayoría favorable al convenio, pero no la unanimidad de los acreedores, para su aprobación–.

Anteriormente, los acreedores disponían de mayores facultades en los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos. En cambio, en la actualidad, la aceptación –o rechazo– de la propuesta constituye una de las pocas competencias que la normativa concursal vigente ha reservado al conjunto de los acreedores, como manifestación de ese poder decisorio que ostentan todos los acreedores en el desarrollo del procedimiento concursal.

2.1. Votos en la junta de acreedores

Como se ha indicado anteriormente, resulta necesario que los acreedores aprueben el convenio, en la junta de acreedores. Para ello, se valen principalmente de la emisión de su voto, resultando preciso alcanzar los porcentajes establecidos en la normativa.

De tal modo, en la tramitación ordinaria, esta aceptación podrá producirse mediante adhesiones o mediante voto favorable, que deberá ser emitido en la junta de acreedores.

No obstante, y aunque antes –hasta el año 2009– siempre resultaba necesario la celebración de la junta de acreedores, en la actualidad esta premisa ya no es completamente obligatoria, incluso aunque se abra la fase de convenio. Dicha excepción resulta aplicable únicamente cuando el número de acreedores resulte inferior a trescientos, lo que supondrá que el juez, si así lo estima conveniente, podrá acordar la tramitación escrita, cuyo régimen principal se encuentra regulado en el artículo 375 del texto refundido de la Ley

Concursal. En dicho supuesto, la aceptación se producirá del mismo modo que en la tramitación de la propuesta anticipada de convenio, es decir, a través del mecanismo de adhesión.

La adhesión puede producirse, igualmente, en la tramitación ordinaria con celebración de junta de acreedores. El cómputo de los votos viene recogido en el artículo 377 del texto refundido de la Ley Concursal. Así, se entenderán como votos favorables a la propuesta de convenio que sea objeto de debate en la votación los emitidos por los acreedores –sean estos ordinarios o privilegiados– que hubieran firmado la propuesta, y los de quienes se hubieran adherido a la misma, pero no asistan a la junta de acreedores, aunque se computen por presentes en virtud de la normativa.

En cambio, si hubiera sido el concursado quien hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio, rechazada en su momento, la misma volverá a votarse en la junta de acreedores, en primer lugar. En este caso, se entenderán como adhesiones, o como votos favorables de los acreedores –ordinarios o privilegiados– los adheridos a la propuesta anticipada de convenio, excepto que hubieran revocado dicha adhesión o cuando asistan a la junta de acreedores, bien por sí mismos o mediante representantes. En estos caso de asistencia, se entenderá necesario que vuelvan a manifestar su aceptación de la propuesta mediante la emisión de su voto favorable.

En lo respectivo a las adhesiones, estas podrán presentarse desde que se encuentre y ponga de manifiesto en la Oficina judicial el correspondiente escrito de evaluación, y hasta que se produzca el cierre de la lista de asistentes a la junta de acreedores, siempre y cuando se presenten con los requisitos y la forma requerida por la normativa.

Debe especificarse, a pesar de lo indicado en los párrafos precedentes, que no todos los acreedores dispondrán del derecho de voto. Es cierto, no obstante, que las diversas modificaciones de la normativa concursal han ido restringiendo el ámbito de aquellos acreedores privados que carecerán del derecho de voto.

Concretamente, hasta la reforma introducida por el Real Decreto–ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. En la

referida norma se indicó que, cualquiera que fuera la tramitación seguida en orden a la aceptación de la propuesta de convenio, carecerían de derecho de voto, según el artículo 122 de la normativa concursal vigente en aquel momento, los titulares de los créditos subordinados, así como los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos, después de la declaración de concurso.

Respecto a esta última cuestión, se exceptuaba el caso de quienes hubieran adquirido los bienes o derechos por un título universal, o como consecuencia de una realización forzosa o, incluso, por una entidad sometida a supervisión financiera. Este último supuesto fue introducido tras la reforma producida en la normativa concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, y a pesar de todo lo reseñado, estos acreedores tenían la posibilidad de ejercicio del derecho de voto que les correspondiera por otros créditos de los que fueran titulares. La prohibición, lógicamente, se circunscribía únicamente a los créditos que cumplieran con los preceptos reseñados en la normativa, no aplicándose a otros posibles créditos que tuvieran estos acreedores contra el concursado, si obedecían a un tipo u origen distinto a aquellos que impedían el ejercicio del derecho de voto.

En la actualidad, la redacción de la normativa únicamente ha optado por la privación del ejercicio del derecho de voto a los titulares de créditos que tengan la consideración de subordinados.

Una vez emitidos los votos, para que la propuesta de convenio se trate de una ordinaria o anticipada, sea aceptada, resultará necesario que se alcancen las mayorías establecidas en la normativa concursal.

En este aspecto, debemos estar a lo reseñado en los artículos 376 y 378 del texto refundido de la Ley Concursal. En primer lugar, el artículo 376 distingue entre distintos tipos de propuestas de convenio, en función de si existen aplazamientos o reducción de deuda –esperas y quitas, como se denomina en el procedimiento concursal–.

Así, en el caso que se vote una propuesta de convenio que implique el pago íntegro de las deudas a los acreedores, en un plazo que no supere los tres

años, o un pago inmediato de los créditos ordinarios, aplicándoles una quita que resulte inferior al veinte por ciento, resultará necesaria una mayoría simple. Entendemos, en el procedimiento concursal, que existe mayoría simple cuando el pasivo que se encuentre representado por los acreedores –bien adheridos, bien que hubieran votado a favor de esta propuesta– sea superior al pasivo de los acreedores que hubieran manifestado su oposición a la misma, o hubieran votado en contra. No olvidemos que no resulta tan importante cuántos acreedores votan en un sentido o en otro, sino la cantidad del pasivo de cada uno de ellos; esto es, la cantidad que se les adeuda.

En cambio, cuando la propuesta de convenio contenga quitas que resulten iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, o esperas –de principal, intereses o cualquier otra cantidad que se adeude–, con un plazo que no sea superior a cinco años, resultará necesario el cincuenta por ciento del pasivo ordinario para lograr que la propuesta salga adelante. Mismo porcentaje resultará necesario cuando, tratándose de acreedores distintos de los públicos o los laborales, o la conversión de los créditos en créditos participativos, durante idéntico período temporal.

Existe un tercer caso, que implica que la propuesta de convenio, o alguna de las alternativas contenga cualquier otro contenido, resultará necesario el sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario.

Igualmente, para entender que se ha producido aceptada una propuesta de convenio que esté atribuyendo un trato particular a algunos créditos, o a ciertos créditos en función de sus características, resultará preciso que, además de los porcentajes generales indicados anteriormente, la adhesión o el voto favorable, en idéntica proporción o superior, del pasivo que no se encuentre afectado por el trato singular.

La norma indica que no se considerará existencia de trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados, que se adhieran a la propuesta o voten a su favor, las ventajas inherentes a su privilegio, pero siempre y cuando estos acreedores se encuentren sujetos a la misma quita, espera o ambas, en la misma medida que los acreedores ordinarios.

2.2. *Constitución de la junta de acreedores*

Para entender válidamente constituida la junta de acreedores resultará necesario que a la misma concurren, en el lugar, día y hora que estén fijados en la convocatoria, acreedores que titulen créditos por un importe de, cuanto menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. En su defecto, cuando concurren acreedores que representen, como mínimo, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos en este punto los acreedores subordinados.

La junta de acreedores será presidida por el juez, como regla general. Excepcionalmente, resultará posible que la presida el miembro de la administración concursal que designe el juez, actuando como secretario de la junta quien lo sea del juzgado que conoce del concurso, siendo asistido en estas funciones por la administración concursal.

Los integrantes de la administración concursal tendrán deber de asistencia a la junta de acreedores, como indica la normativa concursal –artículo 362 del texto refundido de la Ley Concursal–. El incumplimiento de esta obligación implicará la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades que se hubieran percibido.

Además de la administración concursal, tendrá la obligación de asistencia a la junta de acreedores el concursado, que podrá realizarlo de manera personal, o mediante representación por un apoderado que ostente facultades de negociación y aceptación de convenios. El concursado, o quien lo represente, podrá asistir acompañado de letrado que intervenga en su nombre durante las deliberaciones pertinentes.

En cualquier caso, la incomparecencia de los miembros de la administración concursal no determinará la suspensión de la junta de acreedores, salvo que así lo acuerde el juez, debiendo señalar, en tal caso, la fecha de su reanudación el secretario judicial.

Para que se produzca válidamente constituida la junta de acreedores resultará imprescindible la presencia del secretario judicial, en su condición de miembro de la misma.

Tienen, además, derecho de asistencia a la junta de acreedores, aquellos acreedores que figuren en la relación de incluidos en el texto definitivo de la lista.

Los acreedores que ostenten este derecho de asistencia podrán hacerse representar en la junta de acreedores por medio de apoderado, independientemente de que este sea o no acreedor. Se admitirá, además, la representación de varios acreedores por una misma persona. Sin embargo, se encuentra prohibido que ejerzan como apoderados tanto el concursado como las personas especialmente relacionadas con el mismo, incluso aunque sean acreedores.

Caso que el acreedor hubiera sido representado en el concurso por un procurador, el mismo sólo podrá representarlo si se encontrase expresamente facultado para asistir a juntas de acreedores en procedimientos concursales. El apoderamiento para asistir a la junta de acreedores deberá conferirse por comparecencia ante el secretario del juzgado, o mediante escritura pública, y se entenderá que las facultades representativas para la asistencia a la junta de acreedores comprenden tanto las de intervención en la misma, como la votación a cualquier clase de convenio.

Existen, por su parte, reglas especiales para aquellos acreedores firmantes de alguna de las propuestas, y los adheridos en tiempo y forma a cualquier de ellas, pues si no asisten a la junta de acreedores, se considerarán presentes a efectos del requerido *quórum* de constitución.

2.3. Asistencia a la junta de acreedores

Tanto las administraciones públicas y sus organismos públicos, como los órganos constitucionales y, en su caso, las empresas públicas que sean acreedoras se entenderán representadas por quienes, en función de la legislación que les resulte aplicable, puedan representarlos y defender sus intereses en procedimientos judiciales.

Antes de la celebración de la junta de acreedores, deberá elaborarse un listado de asistentes a dicha junta, que se formará sobre la base del texto

definitivo de la lista de los acreedores. En el listado de asistentes se especificará quiénes asistirán personalmente, y quiénes lo harán mediante representación. En este último caso, se indicará el acto por el cual se confirió la representación. También se indicará a quiénes se tendrán por presentes, en función del artículo 366.3 de la normativa concursal.

Este listado quedará incluido como anexo al acta –en soporte físico o informático, pero siempre diligenciado por el secretario.

Si se produjera la concurrencia, en una misma persona –sea natural o jurídica–, de la doble condición de administrador concursal –por lo tanto, obligado en su asistencia a la junta de acreedores– y de acreedor –cuya obligación de asistencia no será tal–, se le permitirá su asistencia a la junta únicamente en la condición de administrador y en cumplimiento de sus funciones, sin que resulte necesario que lo haga como acreedor. No obstante, si se produjera esta situación, debería quedar reflejada en la lista de acreedores asistentes.

2.4. Desarrollo de la junta de acreedores

Será el presidente quien abra la sesión, se encargue de dirigir las deliberaciones y decida cuándo existe validez de los apoderamientos, acreditación de los comparecientes y cualquier otro extremo que pueda resultar problemático.

La normativa indica que la sesión comenzará con la exposición, por parte del secretario, la propuesta o propuestas admitidas a trámite y que resultarán después sometidas a deliberación, indicado cuál es su procedencia y, en su caso, cuál la cuantía y la clasificación de los créditos titulares por quienes las hubiesen presentado. Resulta perfectamente posible que exista más de una.

Durante la junta, los acreedores asistentes, o sus representantes, podrán solicitar aclaraciones respecto al informe de la administración concursal, sobre la actuación de la misma, las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos. Si resultase necesario por esta u otras cuestiones, el

presidente podrá acordar la prórroga de las sesiones durante un día o más, que deberán ser hábiles y consecutivos.

En primer lugar, se deliberará y votará respecto a la propuesta presentada por el concursado. Si esta no fuera aceptada –pues de lo contrario, no se votaría nada más–, se procederá del mismo modo con las presentadas por los acreedores, de manera sucesiva, comenzándose por la de mayor cuantía a menor, respecto del total de los créditos titulados por sus firmantes –sin resultar, por tanto, cuantificable para determinar el orden la mayor o menor quita o espera y, al respecto, el porcentaje de adhesiones o votos favorables necesarios para que salgan adelante–.

Una vez tomados los motivos por los cuales quiera intervenir en la junta de viva voz, y en contra de la propuesta sometida a debate, el presidente de la misma concederá la palabra a los solicitantes, pudiendo considerarse suficientemente debatida la propuesta cuando se hubieran producido, de manera alterna, tres intervenciones en cada sentido.

Finalizado el debate, el presidente someterá la propuesta a votación –nominal y mediante llamamiento de los acreedores asistentes que tengan derecho a voto–. Independientemente de haber firmado la propuesta o haberse adherido a ella, los acreedores asistentes podrán emitir el voto que consideren apropiado.

Se computarán como votos favorables a la propuesta de convenio los de los acreedores firmantes –si no han cambiado su voto– y los de los adheridos que no hubieran asistido a la junta y hubieran sido tenidos por presentes. Una vez aceptada una propuesta, no se deliberará ni votará sobre el resto.

El secretario extenderá acta de la junta de acreedores, en la que relatará de manera sucinta lo acaecido en la deliberación de cada propuesta y expresará el resultado de las votaciones con indicación del sentido del voto de los acreedores que así lo solicitaren. Además, los acreedores podrán solicitar también que se una al acta texto escrito de sus intervenciones cuando no figurasen ya en autos.

En cualquier caso, se redactará una sola acta de la junta, cualquiera que haya sido el número de sesiones. El acta será leída y firmada por el secretario, verificado lo cual el presidente levantará la sesión.

3. Tramitación escrita de la propuesta de convenio

El Decreto Ley 3/2009 introdujo, entre sus novedades, la instauración de un procedimiento escrito para la aprobación del convenio, dando así solución a los problemas que se generaban respecto a una celebración eficaz de la junta de acreedores, y la consiguiente aprobación del convenio la existencia de cientos o miles de acreedores que ostenten derecho de asistencia a la misma.

Cuando el número de acreedores resulte igual o inferior a trescientos, podrá acordarse la conclusión de la fase común y la apertura de la fase de convenio. La norma sustituye la aceptación del convenio por los acreedores, cuando se encuentran reunidos en junta de acreedores, por un sistema de adhesiones. No obstante, la adopción de este sistema es una facultad que se encuentra atribuida al juez, pues se indica que podrá realizarlo, sin incluirlo como algo obligatorio. Así pues, incluso en caso de existir menos de trescientos acreedores –o muchos menos– no se adopte esta opción, o que incluso habiendo más de trescientos acreedores, el juez del concurso, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, opte por esta posibilidad.

Las adhesiones se realizarán según lo recogido en los artículos 351 a 357 del texto refundido de la Ley Concursal. Así, los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio, siempre que se respeten los plazos estipulados en la normativa, lo que implicará que se vean afectos por las consecuencias reflejadas en la norma.

La adhesión será pura y simple, no cabrá posibilidad de condicionantes ni opción de solicitar modificaciones. Si se realizase alguna de estas cuestiones, se tendrá al acreedor como no adherido al convenio. Además, en la adhesión deberá expresarse cuál es la cuantía del crédito –o de los créditos– del que fuera titular el acreedor, así como la clase –o clases– del mismo, y se efectuará mediante comparecencia ante el secretario judicial, o mediante instrumento público.

La tramitación del convenio se inicia con el Auto de apertura de la fase de convenio, dictado de conformidad con la norma, debiendo señalarse la fecha límite para la presentación de las adhesiones o de los votos en contra a las diferentes propuestas de convenio. Este plazo será de dos meses, que se computarán desde la fecha del Auto.

Hasta el mes anterior al vencimiento del plazo reseñado, cabrá la posibilidad de presentación de propuestas de convenio. La falta de presentación de propuesta alguna en dicho plazo o la inadmisión a trámite de todas las presentadas determinará la apertura de oficio de la fase de liquidación. Desde que quede de manifiesto el pertinente escrito de evaluación en la oficina judicial, se admitirán adhesiones o votos en contra de acreedores a la nueva propuesta de convenio, hasta la conclusión del plazo previsto para la presentación de propuestas de convenio.

Ya hemos visto en otro epígrafe como debe realizarse la votación, respecto a la aceptación o no de las distintas propuestas; nos remitimos a ello.

Dentro de los diez días siguientes a la expiración del plazo para la presentación de adhesiones, corresponderá al secretario general la verificación respecto a si la propuesta de convenio presentado alcanza o no la mayoría exigida por la normativa, proclamando el resultado mediante decreto. A partir de este momento, se inicia el trámite de la aprobación judicial del convenio, de modo similar al de la aceptación en junta de acreedores del convenio.

3.1. Proclamación del convenio

Para la aprobación del convenio, no resultará suficiente la aceptación por parte de los acreedores, sino que también tendrá que ser aprobado por el Juez del concurso. Ello implicará que se hubieran logrado las mayorías necesarias, y la inexistencia de oposición –por los acreedores, el deudor o la administración concursal– a la aprobación del convenio. O, de haberse formulado oposición, se fuera rechazada en la sentencia. Resulta necesario, también, que el concursado no solicite la liquidación, y que no proceda el rechazo del convenio de oficio.

La existencia de esta mayoría exigida se constatará mediante la proclamación del resultado, realizada por el secretario judicial, y que requiere un mecanismo distinto, según sea tramitación escrita o a través de junta de acreedores.

Respecto a la primera, el secretario judicial verificará si la propuesta de convenio presentado alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de presentación de adhesiones. A partir de ese momento se inicia el plazo para formular oposición a la aprobación judicial del convenio aceptado por los acreedores.

En lo concerniente a la tramitación a través de junta de acreedores, la proclamación del resultado se verificará en la propia junta de acreedores, incluyéndose en el acta de la misma, y poniéndose de manifiesto al Juez, para su aprobación mediante elevación del acta.

3.2. *Eficacia del convenio*

Como regla general, el convenio adquirirá eficacia plena desde la fecha de la sentencia de aprobación del mismo, resultando irrelevante que dicha sentencia aprobatoria sea notificada o no a las partes.

A partir de este momento desplegará el convenio todos sus efectos, tanto materiales como procesales, respecto a aquellos sujetos a los que vincule, excepto que la sentencia se encuentre recurrida en apelación, y el Juez del concurso, en atención al contenido del convenio, acuerde de oficio a instancia de parte la suspensión total o parcial de la eficacia de la sentencia. Esto supondrá, si se produce una suspensión parcial, la ejecución provisional del convenio.

Existe una excepción a esta regla general de eficacia en relación al cómputo del plazo de las esperas, pues la eficacia para el cómputo del *dies a quo* de las esperas pactadas en el convenio se computa desde la fecha de la firmeza de la sentencia de aprobación del convenio.

La aprobación judicial del convenio no determina la conclusión del procedimiento concursal, lo que si acontecía con la quiebra. Solo el cumplimiento del convenio llevará aparejada la conclusión del procedimiento concursal.

Esto no quiere decir que la aprobación judicial del convenio no comporte importantes efectos tanto en relación al propio procedimiento concursal, como en relación al deudor y sus acreedores.

11. FASE DE LIQUIDACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Apertura de la liquidación / 3. Efectos de la liquidación

1. Introducción

El concurso de acreedores ofrece, para lograr cumplir la finalidad de pago de los adeudado a los acreedores, dos posibles soluciones, como son el convenio o la liquidación de la sociedad.

Si bien ambas soluciones implican una finalización del proceso muy distinta, en ambas puede continuar llevándose a cabo la continuidad de la actividad empresarial. La normativa, realmente, no se decanta por ninguna de las dos soluciones de manera preeminente. Así, el texto concursal no indica si las partes deben primar la opción del convenio o la liquidación como método preferente para la terminación del procedimiento. Por tanto, corresponderá a los acreedores, pero especialmente al deudor –suya será, por ejemplo, la potestad unilateral de optar por la liquidación–, la decisión respecto a la solución que finalmente se dará al concurso de acreedores.

Es cierto que la normativa parece establecer la recomendación de optar por el convenio como la solución normal al concurso, pero realmente se queda en una intencionalidad de fomento de esta posibilidad, sin establecerla como obligatoria bajo ningún criterio específico. Por tanto, la opción de decantarse especialmente por el convenio no pasa de ser una intención teórica.

Realmente, la clave, la llave del convenio se encuentra en la voluntad e intención del deudor. Así, si opta por la liquidación, no existirá posibilidad alguna de presentación de ninguna propuesta de convenio –lo que implicará que devenga por completo imposible aprobar el convenio, pues ni se planteará, ni deliberará ni someterá a votación–. De este modo, la liquidación

terminará siendo, por decisión del acreedor, el modo en que finalizará el concurso.

Por lo tanto, la normativa adopta una posición neutral respecto al modo en que debe finalizarse el procedimiento concursal, resultando fundamentales para ello las circunstancias de cada deudor, pues serán la que determinarán la manera de concluir el procedimiento concursal.

No obstante, no resultarán únicamente estas circunstancias las que implicarán si termina acogándose o no a la liquidación, pues la normativa permite que el concursado opte por la liquidación sin necesidad de otorgar ningún tipo de explicación respecto a esta decisión. En la práctica, puede suponer un efecto perverso, pues algunos concursados, incluso aunque vean la posibilidad de continuidad de la empresa y el establecimiento de convenios que permitan la pervivencia de esta y, por tanto, la satisfacción del crédito de todos los acreedores, podrán preferir finalizar la actividad y someter a liquidación a la sociedad, incluso a expensas de terminar posteriormente adeudando alguna cantidad económica a los acreedores.

Para intentar reducir, en la medida de lo posible, esta práctica, debe destacarse que también la liquidación puede ser un mecanismo para la reestructuración de la empresa. De este modo, la liquidación no debe entenderse automáticamente como un sinónimo del cese de la actividad o de destrucción de la empresa y del empleo.

Al margen de lo que pueda acordarse en relación a estos puntos reseñados en el plan de liquidación, debe señalarse que según las reglas supletorias que se encuentran recogidas en la normativa concursal, la liquidación de la empresa puede realizarse mediante la venta total o parcial de las unidades productivas, resultando preferentes las ofertas que impliquen la continuidad de la actividad de la compañía.

Esta solución vendría a impedir que, aquel acreedor cuya decisión de acogerse a la liquidación, con la finalidad de evitar la continuidad de la empresa y la satisfacción de los créditos de sus acreedores, no pueda ver por completa lograda su intención, sino que dependerá de las ofertas que lleguen finalmente.

Además, no debe olvidarse que el presupuesto del concurso es la insolvencia, que en función de lo que indica la normativa se entiende como la mera imposibilidad, por parte del deudor, de cumplir de manera regular con sus obligaciones exigibles –como indica el artículo 2.3 del texto refundido de la Ley Concursal–.

Por lo tanto, no debe asimilarse la situación de insolvencia como una situación de mero desbalance; es decir, un pasivo superior al activo, sino como una falta de liquidez, que impedirá hacer frente a las deudas. Por ello, la fase de liquidación, con la consiguiente realización de los bienes del deudor, puede comportar el pago íntegro de las deudas del concursado, produciéndose así la satisfacción del objetivo principal del concurso.

No obstante, las cuestiones referidas con anterioridad, la experiencia práctica pone de manifiesto dos aspectos relevantes respecto a las mismas. En primer lugar, que a pesar de que la normativa concursal no opta por decantarse por ninguna de las soluciones respecto al procedimiento concursal, la vía más utilizada termina siendo la de la liquidación, incluso en los casos en los que resulta frecuente la aprobación de un convenio. Esto es así por la situación económica de crisis en que nos encontramos, que tiende a implicar en muchas ocasiones el incumplimiento del convenio, lo que termina suponiendo la apertura de la liquidación⁵.

Si bien la normativa no se decanta por una u otra opción, en la práctica existían importantes diferencias respecto a los procedimientos concursales en que se utilizaba una solución u otra distinta. En este aspecto, el 92% de los concursos tenían como solución, en 2004, la liquidación (Llebot Majó, p.72). En la actualidad, estos porcentajes favorables a la liquidación se han reducido, suponiendo incluso posicionamientos doctrinales que afirman no entender la producción de este cambio (Gurrea–Martínez, 2014).

⁵ No obstante, se aprobaron medidas especiales para hacer frente a la crisis económica provocada por el Covid–19, lo que ha implicado que, si bien lo tendente consistía en el incumplimiento del convenio, y por tanto la apertura de la fase de liquidación, en la actualidad existan medidas de prórroga automática de pagos, para permitir que las compañías continúen desarrollando su actividad, entendiéndose que nadie podía contar con la producción de una crisis sanitaria como ha ocurrido.

En segundo lugar, debe indicarse que, en la mayoría de los casos, la conclusión de la liquidación acostumbra a producirse con pasivo insatisfecho. Es decir, no se consigue el principal objetivo del procedimiento concursal, que no es otro que la satisfacción íntegra de los derechos de los acreedores. Por tanto, producido el incumplimiento del convenio, e iniciada como consecuencia la fase de liquidación, una vez todos los activos de la sociedad han sido vendidos, la cuantía económica obtenida por esta operación no resulta suficiente para el pago de todas las deudas.

La liquidación concursal es pues, en esencia, aquella solución, bien alternativa –porque directamente se opte por ella– o bien consecutiva –porque tenga lugar por el incumplimiento del convenio– al convenio.

Consiste en la enajenación, preferentemente con carácter global, de los bienes que integran la masa activa, para satisfacer a los acreedores, siguiendo el orden legalmente establecido. A esta liquidación concursal se le pueden considerar aplicables las acepciones recogidas en el Diccionario de la Real Academia Española, cuando indica que la expresión liquidar implica “*poner término a algo o a un estado de cosas*” y “*acabar con algo, suprimirlo o hacerlo desaparecer*”.

No obstante, no debe confundirse la liquidación concursal con otras figuras similares, que pueden inducir a error. Conviene recordar que la liquidación concursal tiene como objeto la conversión del patrimonio concursal en dinero, para su posterior reparto entre los acreedores. Ello, como ya sabemos, no implica necesariamente la liquidación de la empresa concursada –esto es, el cese de su actividad–.

Para ello, la transmisión global de la empresa es la solución preferente por parte del legislador, incluso en esta fase de concurso. Así, la normativa establece que, siempre que resulte posible, los bienes de la empresa deberán ser enajenados de una manera global, tanto si se aprueba un plan de liquidación –artículo 417 del texto refundido de la Ley Concursal–, como si se aplicasen las correspondientes reglas supletorias, en la actualidad denominadas legales, de liquidación.

En el mismo sentido, no debe confundirse la liquidación concursal con la mera liquidación de una sociedad, fuera del procedimiento concursal o, de una manera más amplia, la liquidación de una persona jurídica.

Así, la liquidación social es el procedimiento legalmente establecido para la extinción de una persona jurídica, esto es, para la eliminación de sus relaciones jurídicas con terceros, especialmente con los acreedores, y con los socios que pertenecen a la misma.

Sin embargo, si nos referimos a la liquidación concursal, la entenderemos como una fase del concurso de acreedores, prevista de manera exclusiva para la satisfacción de los acreedores, no implicando obligatoriamente la extinción de la sociedad.

Por lo tanto, la sociedad puede encontrarse en liquidación, al margen del concurso de acreedores, o podría abrirse la liquidación concursal, sin que ello suponga la disolución de la sociedad conforme a la legislación específica. Por tanto, pueden coexistir la liquidación social y la fase de liquidación del concurso.

La normativa concursal establece, de manera obligatoria, que la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal de acreedores de la sociedad determina la disolución de la compañía. En consecuencia, implica la liquidación social –como establece el artículo 371.1. de la Ley de Sociedades de Capital– y, además, esta liquidación social deberá llevarse a cabo necesariamente por la administración concursal, sin necesidad de ser nombrados liquidadores sociales –como indica el artículo 376.3 de la Ley de Sociedades de Capital–.

De este modo, el ordenamiento jurídico establece una conexión muy próxima entre la liquidación social y la concursal. Implica por tanto que, si la sociedad se encontrase de manera simultánea en estado de liquidación social y en fase de liquidación del concurso de acreedores, se aplicarán las normas concursales en lugar de las sociales, pues tendrán prevalencia las primeras.

Además de ser una de las soluciones al concurso puede ser, la liquidación constituye una fase del procedimiento concursal, que se tramita en la

sección quinta del concurso. Se inicia, habitualmente, tras la conclusión de la fase común, si bien es cierto que no siempre comenzará en este momento. Tras la reforma de la normativa concursal producida por la Ley 38/2011, y la desaparición de la liquidación anticipada, es posible que la apertura de la liquidación se solicite en cualquier momento, incluso con la propia solicitud del concurso. En tales circunstancias, se producirá un solapamiento de fases, que no resultará siempre de sencilla coordinación.

2. Apertura de la liquidación

La apertura de la liquidación se puede producir de dos maneras distintas, bien a instancia de parte, o bien de oficio. Respecto a la primera de las opciones, esta apertura puede producirse por decisión unilateral del acreedor, pero también por decisión de la administración concursal.

Por tanto, refiriéndonos a la apertura de la liquidación a instancia de parte, encontraremos estos dos supuestos distintos. En primer lugar, la que se producirá por decisión unilateral del acreedor. Como ya sabemos, el concursado dispone de la capacidad, por sí mismo y por propia decisión, independientemente de lo que entiendan más idóneo para el concurso los acreedores, de instar la apertura de la liquidación, cuestión que se producirá ante dicho escenario.

En tal sentido, tendrá la posibilidad de pedir la liquidación en cualquier momento, y el juez, dentro de un período máximo de diez días después de esta solicitud, deberá dictar Auto, por el cual se abrirá la fase de liquidación, tal y como refleja el artículo 406 del texto refundido de la Ley Concursal.

Existen, no obstante, otros supuestos en los que el deudor puede solicitar la apertura de la fase de liquidación. De tal manera, durante la vigencia del convenio, tendrá que pedir esta liquidación desde el momento en que conociera la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el mismo, o las obligaciones contraídas después de la aprobación de dicho convenio.

Producido este supuesto de imposibilidad de pago del convenio, si no solicitarse la apertura de la liquidación el concursado, tendría legitimación para hacerlo cualquier acreedor que acreditase la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso.

A los supuestos reseñados que tienen como consecuencia la apertura de la fase de liquidación, por imposibilidad de cumplimiento del convenio, se refiere el artículo 407 del texto refundido de la Ley Concursal.

El segundo supuesto de solicitud de la apertura de la fase de liquidación a instancia de parte alude a la capacidad que ostenta, en este aspecto, la administración concursal. En este sentido, podrá solicitarla en caso de ceses total o parcial de la actividad profesional o empresarial. Se dará traslado de esta solicitud, en el plazo de tres días, al concursado, siendo el juez quien resolverá respecto a esta solicitud, mediante emisión de Auto, en los cinco días siguientes. A este respecto se refiere el artículo 480 del texto refundido de la Ley Concursal.

Como indicábamos anteriormente, otra posibilidad es la apertura de la fase de liquidación de oficio; esto es, por parte del juez. Tal situación, regulada en el artículo 409 del texto refundido de la Ley Concursal, puede producirse en los siguientes casos:

- No haberse presentado dentro del plazo legal ninguna propuesta de convenio o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas.
- No haberse aceptado ninguna propuesta de convenio en la junta de acreedores o en la tramitación escrita.
- Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores o el tramitado por escrito, sin que proceda en ninguno de esos casos nueva convocatoria de junta ni nueva tramitación escrita.
- Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.
- Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.

Además, en los casos referidos al primer y segundo supuesto reseñados, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez, sin necesidad de realización de más trámites, en el momento en el cual proceda, mediante Auto que deberá ser notificado al concursado, a la administración concursal y a todas las demás partes personadas en el procedimiento. En el resto de los supuestos recogidos en el artículo, la apertura de esta fase de liquidación deberá acordarse en la propia resolución judicial que la motive, haciéndose efectiva una vez adquiera firmeza la misma.

Por tanto, de la norma se desprende, claramente, la posibilidad de solicitud de apertura de la liquidación por parte del deudor, de los acreedores o de la administración concursal, si bien los condicionantes no son exactamente los mismos para cada uno de ellos.

De esta manera, el deudor se encuentra facultado para la solicitud de esta apertura de la fase de liquidación en cualquier momento del procedimiento, incluso con la propia solicitud del concurso, en cuyo caso, deberá acompañar a la solicitud una propuesta de plan de liquidación.

Una vez formulada la solicitud, el juez deberá abrir la liquidación, para lo que dispondrá de diez días. Por lo tanto, la solicitud formulada por el deudor vincula al juez, y pone en manos de aquel el devenir del proceso concursal, así como la solución a la que se encuentre determinado el procedimiento.

Resulta conveniente que el juez haga uso de ese plazo, es decir, que apure los días máximos permitidos. Esto ocurre así especialmente en caso de que la petición se formule con la solicitud de concurso, ya que la apertura de la fase de liquidación conlleva, entre otros efectos, la suspensión de las facultades de administración y de disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como la inmediata apertura de la liquidación. De no haberse todavía constituido la administración concursal podría ser, en muchos casos, incluso perjudicial para los propios intereses del concurso.

Por lo tanto, y con independencia de la posibilidad de adopción de las medidas cautelares contempladas en la normativa, se entenderá conveniente

disponer de la totalidad del plazo legal de diez días, a fin de que el administrador concursal tome conocimiento pleno de la situación del concursado.

Existen, no obstante, excepciones a esta posibilidad. Por ejemplo, se contempla la apertura, con carácter inmediato, de la liquidación, cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita de carácter vinculante de compra de la unidad productiva que se encuentre en funcionamiento.

Lo mismo ocurre en caso de concurso consecutivo. Entendemos como concurso consecutivo la segunda fase del proceso de la denominada segunda oportunidad. En este aspecto, cuando una persona se acoge al mecanismo propio de esta figura, para la cancelación de sus deudas, es posible que no consiga alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Si ocurriese esto, deberá iniciar esta parte del procedimiento.

Este procedimiento de concurso consecutivo se resuelve ante el juez concursal, siendo una etapa judicializada, con el objeto de liquidar el patrimonio del deudor, para aplicarlo al pago de sus obligaciones. En, justamente en esta etapa, cuando el deudor tendrá la posibilidad de solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En definitiva, este beneficio es, en la práctica, una orden judicial de cancelación de deudas, de la que pueden destacarse dos ventajas, como son que al tratarse de un mandato judicial no dependerá del acuerdo de los acreedores, y que podrá incluso afectar a los créditos públicos.

También encontramos una excepción, al principio general de la apertura de la fase de liquidación, en caso de que el deudor, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos, y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del mismo.

En este supuesto, deberá obligatoriamente solicitar la apertura de la liquidación, acordándolo con el juez del concurso. En este caso, como ya se ha producido el incumplimiento, o deviene la imposibilidad de cumplir el acuerdo, salvo que se logre negociar un nuevo convenio y se logre la aprobación al respecto de la mayoría necesaria de los acreedores, devendrá la fase de apertura de la liquidación.

Si el deudor incumpliera con esta obligación de aviso al juez, se establece una legitimación subsidiaria de los hechos, tanto concursales como de la masa-, resultando por completo irrelevante que esté o no afectado por el convenio, respecto a la posibilidad de solicitud de su apertura.

De tal manera, si el deudor no solicitase esta apertura, tendrá la posibilidad de hacerlo cualquier acreedor, siempre y cuando pueda demostrar la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso necesario, dándose siempre a la solicitud el trámite requerido en la normativa y siendo finalmente resuelto por el juez mediante Auto, previo trámite de audiencia, respecto a la procedencia o no de apertura de la liquidación.

Finalmente, la administración concursal, en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, también podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De dicha solicitud deberá darse traslado al deudor, en un plazo de tres días, y se resolverá por el juez mediante Auto, en un plazo de cinco días siguientes.

La apertura de oficio de la liquidación se encuentra regulada en el artículo 409 del texto refundido de la Ley Concursal, cuyos supuestos han sido reproducidos con anterioridad en este mismo tema.

Como puede apreciarse, los supuestos de apertura de oficio y obligatoria de la liquidación se encuentran vinculados al fracaso de la otra solución que la Ley Concursal ofrece a la insolvencia del deudor, como es el convenio. De tal manera, la liquidación se abrirá de manera obligatoria cuando, dentro del plazo legal, no se hubiera presentado ninguna propuesta de convenio, o esta propuesta no hubiera sido aceptada ninguna por parte de los acreedores, o de haberlo sido, posteriormente no hubiera sido aprobada por el juez del concurso. También se abrirá obligatoriamente la fase de liquidación cuando se declare la nulidad del convenio aprobado, o se declare su incumplimiento.

En caso de que el procedimiento ya se hubiera iniciado, el cumplimiento del convenio y la liquidación se abra de oficio como consecuencia de su incumplimiento, es probable que ya se hubieran realizado algunos pagos.

En este aspecto, el artículo 439 del texto refundido de la Ley Concursal establece unas reglas de coordinación.

Así, si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán como legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probase la existencia de algún tipo de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores.

También resultará posible que quienes hubieran recibido pagos parciales, cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no resultará posible que cobren las cantidades que les faltasen por percibir hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubieran recibido pagos en un porcentaje que resulte equivalente.

En este caso concreto, además, la administración concursal deberá proceder a la actualización de los textos definitivos que compongan el inventario y la lista de acreedores. Para realizar tal tarea, deberán suprimirse del inventario aquellos bienes y derechos que ya no formen parte del patrimonio del deudor, y se actualizará el valor de aquellos bienes que todavía se encuentren en su patrimonio, añadiéndose y valorándose los bienes incluidos en el patrimonio posteriormente.

En lo relativo a la lista de acreedores, deberá indicarse la cuantía de los créditos que todavía no se hubieran satisfecho, y todas las demás modificaciones existentes en los créditos impagados –total o parcialmente–, pues podrían haberse producido pagos parciales tras la finalización del concurso, y se incluirán también aquellos créditos que hubieran aparecido después, que se entenderán como créditos contra la masa.

Tanto la actualización como la aprobación del inventario y la lista de acreedores se realizará del mismo modo que el previsto en la normativa concursal para el informe de la administración concursal, limitándose en este caso la posibilidad de impugnación únicamente a las cuestiones que hubieran sido objeto de actualización, pues se entenderán ciertas, y no resultará necesaria su comprobación, aquellas que no hubieran sufrido ningún tipo de cambio durante el procedimiento concursal.

Si bien en el procedimiento de actualización de los textos definitivos se encuentra regulada de manera expresa la reapertura del concurso, lo más habitual es que se aplique de manera análoga a la apertura de la liquidación en caso de incumplimiento de convenio, solución que carece de una regulación específica de este supuesto concreto.

En cualquier caso, a la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación, se le dará la publicidad prevista en la normativa, tal y como indica el artículo 410 del texto refundido de la Ley Concursal. Esta publicidad tendrá carácter reforzado, pues deriva de los importantes efectos que despliega la apertura de la liquidación respecto al deudor y su patrimonio.

De tal manera, para los sujetos que sean inscribibles en el Registro Mercantil, se practicará inscripción de la apertura de la fase de liquidación y de la aprobación del plan de liquidación, ahondando en el carácter esencial de este instrumento, que ejercerá claramente de rector de todo el proceso concursal.

Respecto a la publicidad extra registral, la apertura de la fase de liquidación, entendida como la declaración del concurso, deberá, como consecuencia, anunciarse de manera gratuita, en el Boletín Oficial del Estado, para garantizar la máxima difusión posible a los interesados.

En el mismo Auto, declarando la apertura de la liquidación, el juez tendrá la posibilidad –que no obligación– de establecer cualquier medio complementario de publicidad que entienda imprescindible para la efectiva difusión de la información, ya fuera de oficio o a instancia de parte.

3. Efectos de la liquidación

La apertura de la liquidación produce, como puede imaginarse, importantes efectos, tanto sobre el concursado, como sobre los distintos créditos concursales existentes. En lo que atañe a esta obra, por motivos de espacio, nos centraremos únicamente en los efectos comunes, sin entrar en especificidades de carácter más especial y posibles excepciones.

Así, encontramos regulados estos efectos comunes de la liquidación en los artículos 411 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal.

La apertura de la liquidación produce un efecto general sobre las facultades de administración y disposición del concursado respecto a su patrimonio, estableciéndose que el régimen aplicable será, en todo caso, el de suspensión de facultades. Estas facultades serán asumidas por la administración concursal, siempre y cuando no se hubiera previamente acordado este régimen.

De esta manera, el deudor, independientemente de tratarse de persona natural o jurídica, se encontrará desposeído de su patrimonio, lo que resulta coherente y compatible con la finalidad de fase de concurso en la cual nos encontramos en estos momentos, cuya finalidad radica en la liquidación de los bienes del deudor, con el objetivo de convertirlos en dinero para la realización del pago a los acreedores. La normativa encomienda esta actividad, como ya sabemos, a la administración concursal.

Por todo ello, si como consecuencia de la aprobación de un convenio que posteriormente deviene incumplido por el deudor, se hubiera cesado en su cargo a la administración concursal, se procederá en el mismo Auto a la reposición en el cargo de los anteriormente cesados –o del cesado, según la composición de esta administración concursal–. Si esta reposición en el cargo no resultase posible, por cualquier motivo, se procederá al nombramiento de otro u otros para el cargo.

Si nos referimos a una persona natural, la apertura de la liquidación implicará la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, excepto cuando resultasen imprescindibles para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita oficialmente cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en la normativa –artículo 40 del texto refundido de la Ley Concursal– y de los descendientes que se encuentren bajo su potestad.

La razón para estas consideraciones obedece a que no pueden liquidarse bienes que sean inembargables, pues estos no forman parte de la masa

activa. Con estos bienes deberían cubrirse las necesidades asistenciales, por lo que debe extinguirse el derecho de alimentos.

En lo concerniente a las personas jurídicas, la apertura de la fase de liquidación comporta la declaración de disolución si esta no hubiera sido ya acordada, y en cualquier caso, implicará el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal.

Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de disolución de pleno derecho. Finalmente, y como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso, debe indicarse que la sociedad quedará automáticamente disuelta.

12. CALIFICACIÓN DE CONCURSO: CONCLUSIÓN Y REAPERTURA

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Personas afectadas por la calificación concursal / 3. Conclusión del concurso

1. Introducción

La calificación del concurso puede ser fortuita o culpable –según indica el artículo 441 del texto refundido de la Ley Concursal–, en función de si se entiende que ha existido o no responsabilidad por parte del concursado en la producción del estado de insolvencia.

Dicha calificación se realiza por el juez civil, sin que suponga vinculación para el juez penal. De este modo, la calificación civil no excluye, pero tampoco impide, que exista trascendencia penal por la conducta del concursado.

En esencia, la calificación del concurso aborda o se encarga de dar respuesta a tres cuestiones fundamentales, como son:

- Cómo debe calificarse la insolvencia del concursado.
- Cuál es la vinculación para el juez penal de la calificación del concurso realizada por el juez civil.
- Cuáles son los efectos o consecuencias derivados de la calificación del concurso, tanto para el concursado, como para sus representantes –y, de manera indirecta, también para los acreedores–.

De modo sucinto, puede indicarse que, en nuestro sistema actual, la insolvencia –esto es, el concurso–, únicamente admite una calificación de dos posibles; fortuito o culpable.

La calificación del concurso realizada por el juez civil, como se ha indicado, no vinculará al juez penal –cuestión recogida en el artículo 462 del

texto refundido de la Ley Concursal—. Precisamente, en base a ello, puede producirse una distinta calificación en un ámbito y otro.

La regulación de los efectos de la calificación de concurso como culpable, para el concursado y sus representantes, se encuentra recogida en el artículo 455 del texto refundido de la Ley Concursal. Por su parte, debe indicarse que la calificación del concurso conforma la sección sexta del expediente concursal, encontrándose regulada en los artículos 441 a 464 del texto refundido de la Ley Concursal.

En lo concerniente, de manera específica, a la sentencia de calificación del concurso, el artículo 455 del cuerpo legal indicado anteriormente indica que, si se declarase el concurso como culpable, deberá dicha sentencia indicar la causa o las causas en las que se fundamenta dicha calificación.

Igualmente, si se entendiera que el concurso ha sido culpable, deberá la sentencia llevar a cabo una serie de pronunciamientos, que serán las siguientes:

- La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices.
- La inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.
- La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.
- La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa.
- La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Debe indicarse, también, que cuando la sección de calificación hubiera sido formada, o reabierta, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez deberá, en la sentencia de calificación, condenar –con o sin

solidaridad— a la cobertura, ya sea total o parcial, del déficit a todos o algunos de los administradores, liquidadores —de hecho o de derecho—, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, en la medida en que su conducta concreta se hubiera entendido como culpable, o generadora de una mayor insolvencia para la compañía.

En lo respectivo al déficit, deberá considerarse como tal cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa, según el inventario de la administración concursal, resulte inferior a la suma de los importes de los créditos que se encuentren reconocidos en la lista de acreedores.

En caso de existencia de pluralidad de condenados a la cobertura de este déficit, la sentencia deberá especificar de manera individual cuál es la cantidad que cada uno de ellos tendrá la obligación de satisfacer, en función de la participación en los hechos que hubieran sido determinados en la calificación del concurso.

Si se produjera la reapertura del concurso —cuestión que será analizada en el último punto de este tema— por incumplimiento del convenio concursal, si el concurso hubiera sido inicialmente calificado como culpable, el juez atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la apertura, para la fijación de la condena a la cobertura —total o parcial— del déficit.

Aquellas personas que no hubieran sido parte en la sección sexta dispondrán de la posibilidad de interposición de recurso de apelación contra la sentencia de calificación del concurso.

Debe reseñarse, también, que la legitimación para la solicitud de la ejecución de condena, o de las condenas, recogida en la sentencia de calificación, corresponderá a la administración concursal.

Aquellos acreedores que hubieran instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución se encontrarán legitimados para la solicitud de la misma, si la administración concursal no realizase tal acción dentro del mes siguiente al requerimiento.

Todas aquellas cantidades obtenidas en la ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso y, por tanto, responderán de todos los créditos existentes en el concurso.

2. Personas afectadas por la calificación concursal

El texto refundido de la Ley Concursal incorpora algunas novedades, en materia de determinación de quiénes serán las personas que se encontrarán afectadas por la calificación del concurso. Sin embargo, con la última reforma tampoco se han superado las dudas respecto al régimen de imputación de responsabilidades en la generación –o la agravación– de la insolvencia.

Así, el artículo 455 del texto refundido de la Ley Concursal indica la posibilidad de imputabilidad del director general, contrastando esta cuestión con la anterior mención, en el artículo 172.2.1º del mismo cuerpo legal, respecto del apoderado general.

Además, estas novedades no se encuentran tampoco exentas de problemas, por ejemplo, en su concordancia. Respecto a esto, el artículo 283.1.2º indica la consideración del director general como persona especialmente relacionada con el concursado, exigiéndole que disponga de un poder de carácter general. No obstante, no se indica nada respecto al primer precepto, lo que irremediablemente ofrece dudas de interpretación y aplicación.

Como novedades principales de la reciente reforma, en este aspecto que estamos tratando, puede destacarse la delimitación de la noción de la administración de hecho. Sirve para la exclusión de la posibilidad de imputación de responsabilidades por tal concepto, en los supuestos de atribución a algunos acreedores de facultades de fiscalización del llamado giro empresarial del deudor.

Es el caso específico de los acreedores estratégicos, reservándose a ellos derechos especiales de información y condicionamiento del cumplimiento del plan de viabilidad empresarial recogido en el convenio –tal y como refleja el artículo 455 del texto refundido de la Ley Concursal–, o en los acuerdos de refinanciación –artículo 701.2 del mismo cuerpo legal–.

Esta cuestión no es sencilla, máxime cuando se plantea en términos de ausencia de responsabilidad del empresario. No obstante, resulta muy relevante, pues puede ampliar –o no– el círculo de afectados por la calificación del concurso, extendiendo la imputación de responsabilidades incluso a entidades financieras. En estos supuestos, resultará preciso diferenciar si el acreedor a quien se pretende imputar la condición de administrador de hecho ha incurrido en un uso normal de dichas facultades de fiscalización o, en cambio, se ha prevalido de manera fraudulenta de las mismas y en su beneficio para la imposición de decisiones de gestión de la sociedad.

En cualquier caso, el sistema concursal español, que entiende la sección de calificación del concurso como un juicio de carácter singular y autónomo, carece de un sistema de imputación propio. Este problema, dicha laguna, se ha intentado solventar siempre con un tratamiento en cierto modo simplista de la responsabilidad del órgano de administración, no considerándose algunos matices que debería imponer la imputación de responsabilidades en el grupo de sociedades, la posible existencia de contratos de alta dirección o el tratamiento de la regla de complicidad, entre otros.

3. Conclusión del concurso

El concurso, en tanto que procedimiento judicial, persigue un fin concreto. Dicho fin es la satisfacción de los acreedores, en caso de producción de insolvencia del deudor común. Por lo tanto, dado que se busca la satisfacción de estos acreedores como objetivo principal –y no el de continuidad de la empresa–, el procedimiento concursal no tiene vocación de permanencia en el tiempo, sino que pretende su conclusión a la mayor brevedad posible.

Para evitar esta prolongación temporal, el texto refundido de la Ley Concursal recoge cuáles son las causas que supondrán la conclusión del procedimiento concursal. Causas que serán diversas, refiriéndose a aspectos meramente procesales, al cumplimiento de los fines del procedimiento concursal y, también, a algunas causas que ponen de manifiesto la imposibilidad de lograr el cumplimiento de los fines perseguidos por el procedimiento concursal.

En este sentido, el Título XI de la normativa regula la conclusión y la reapertura del concurso de acreedores. Las cuestiones relativas a esta conclusión comienzan su regulación, de manera concreta, en el artículo 465 del texto refundido de la Ley Concursal.

Así, encontramos como causas de conclusión del procedimiento concursal las siguientes:

- Una vez firme el Auto de la Audiencia Provincial, que se revoque en apelación el Auto de declaración de concurso; cuestión regulada en el artículo 466 del texto refundido de la Ley Concursal—.
- Cuando de la lista definitiva de acreedores resulte la existencia de único acreedor.
- Cuando se dicte auto de cumplimiento del convenio, habiendo transcurrido el plazo de caducidad de las correspondientes acciones de declaración de cumplimiento o, en su caso, siendo rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieran ejercitado.
- Una vez liquidados los bienes y derechos de la masa activa, y aplicado lo obtenido en la liquidación a la satisfacción de los créditos.
- En cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para la satisfacción de los créditos existentes contra la masa.
- En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos que se encuentren reconocidos, o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier medio distinto, o que ya no exista la situación de insolvencia.
- Finalizada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores que, en ese momento, resulten conocidos.

Encontramos, por tanto, que estas causas de disolución del procedimiento concursal se pueden sistematizar, dando lugar a tres causas distintas, como serán las causas relacionadas con la inexistencia de presupuesto para la declaración de concurso, las relacionadas con las soluciones típicas, y las anómalas.

Respecto a la primera de estas causas, las relacionadas con la inexistencia de presupuesto para la declaración del concurso, quedarán aquí incluidas la firmeza del Auto de la Audiencia Provincial que se revoque en apelación, el Auto de declaración de concurso y, también, la carencia sobrevenida de objeto.

En lo concerniente al segundo grupo, encontramos las causas relacionadas con la realización de las soluciones típicas del concurso. Serán las relativas al cumplimiento del convenio, o la finalización de la fase de liquidación.

Finalmente, entre las causas anómalas de conclusión del concurso pueden incluirse la satisfacción extraconcursal a los acreedores –es decir, estos han visto satisfecho su crédito por medios ajenos al procedimiento concursal–, y la conclusión del procedimiento concursal por insuficiencia de masa –no hay bienes suficientes–.

3.1. Causas relacionadas con la inexistencia de presupuesto para la declaración de concurso

Pueden dividirse estas causas en dos cuestiones principales, como serán la firmeza del Auto de la Audiencia Provincial, que revoque en apelación el Auto de declaración de concurso, y la carencia sobrevenida de objeto.

Así, respecto a la primera, se encuentra ligada a la posibilidad de recurrir el Auto de declaración del concurso, algo que permite la normativa, en el artículo 25.1 y 25.3 del texto refundido de la Ley Concursal. Este recurso, no obstante, carece de efectos suspensivos, excepto que el juez acuerde lo contrario. Por tanto, no impide que la declaración de concurso despliegue por completo sus efectos, tal y como se recoge en los artículos 30.1 y 32 del mismo cuerpo legal. Con lo cual, la revocación del Auto de declaración de concurso produce, de hecho, la conclusión del proceso iniciado.

Tal y como indica la normativa, se encuentran legitimados para apelar este Auto de declaración el deudor que no la hubiera solicitado, y cualquier persona que acredite un interés legítimo, aunque no hubiera comparecido en el concurso con anterioridad. En cambio, para la apelación del Auto

desestimatorio únicamente se encuentra legitimada la parte solicitante del concurso. Además, una vez interpuesto el recurso de apelación contra el Auto de desestimación de la solicitud, si el recurso es estimado por el tribunal superior, en el Auto quedará fijada como fecha de la declaración del concurso la fecha de la resolución apelada.

Respecto a la segunda de las causas relacionadas con la inexistencia de presupuesto para la declaración de concurso, debe indicarse que se corresponde con la carencia sobrevenida de objeto. En este sentido, la situación de insolvencia constituye el presupuesto objetivo de la declaración de concurso —como puede entenderse, si no hubiera existido previamente la situación de insolvencia, el deudor podría haber satisfecho los créditos y los acreedores no serían tales, pues habrían percibido la cantidad económica a que tenían derecho—.

No obstante, esta situación de insolvencia puede desaparecer —por diversos y muy distintos motivos, que no vienen al caso— a lo largo del proceso concursal, incluso por causas ajenas al mismo. En caso de producirse esta desaparición de la situación de insolvencia, el propio procedimiento carecerá de objeto, y esta falta del mismo implicará la conclusión del mismo, pues nada deberá corregirse.

3.2. Causas relacionadas con la realización de las soluciones típicas del concurso

La normativa concursal distingue entre el cumplimiento del convenio y la conclusión del concurso. El primer supuesto queda configurado como una de las causas de la segunda.

Con carácter anterior a la finalización del concurso, se exige la declaración de cumplimiento del convenio. Exigencia que será realizada por el juez del concurso, mediante Auto, tal y como indica el artículo 401.1 del texto refundido de la Ley Concursal.

Después de la correspondiente resolución, y de acuerdo a la normativa, el juez encargado del concurso tendrá la potestad, si así lo estima conveniente, de dictar el Auto de conclusión del concurso. Lo realizará, siempre y cuando el

Auto de declaración del cumplimiento del convenio hubiera ganado firmeza, y hubiera transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, se hubiera rechazado por resolución judicial firme aquella o aquellas acciones que se hubieran ejercitado.

Además, se indica que la conclusión de la fase de liquidación es también una causa de conclusión del concurso.

3.3. Causas anómalas de conclusión del concurso

El procedimiento concursal puede finalizar por diversas causas, no recogidas en supuestos anteriores, que se engloban en la categorización de causas anómalas de conclusión del concurso.

En este aspecto, puede producirse la finalización del concurso por insuficiencia de masa, o también por la satisfacción extraconcursal de los acreedores.

Poca explicación requiere el primer supuesto. Simplemente, no existe suficiente cantidad económica para hacer frente a las deudas, lo que supondrá la imposibilidad de realización de pagos a los acreedores, para la satisfacción de sus créditos.

En lo concerniente al segundo supuesto, existen una serie de causas de conclusión del concurso que pueden operar una vez que ya ha sido declarado el mismo y que, sin embargo, tienen su fundamento en circunstancias que, por lo general, resultan ajenas a las que son las causas típicas de conclusión del concurso –es decir, el convenio o la liquidación–.

En este aspecto, la conclusión del concurso puede producirse, por estas causas, en cualquier estado del procedimiento, cuando se hubiera comprobado el pago o la consignación de la totalidad de los créditos que se encuentren reconocidos en el concurso, o la íntegra satisfacción de los acreedores, por cualquier otro medio. Una vez finalizada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución en la que se acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores que, en ese momento, se encuentren reconocidos.

Nos encontramos, pues, ante dos causas distintas. La primera de ellas implica la satisfacción de los acreedores, mediante el pago o la consignación total de los créditos reconocidos, o la íntegra satisfacción de los acreedores, por cualquier otro medio. En definitiva, los acreedores han percibido la cantidad económica que se les adeudaba, de modo que el crédito ya no existe, al haber sido satisfecho. Por tanto, no existe motivo alguno para continuar con el procedimiento, pues el principal objetivo del mismo –la satisfacción de los acreedores– ya se ha logrado.

La segunda de las causas reseñadas se refiere al desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos. A diferencia del supuesto anterior, únicamente puede acordarse una vez finalizada la fase común, por lo que constará en los textos definitivos quiénes son los acreedores del deudor.

En este último supuesto, el motivo de finalización, como puede observarse, es muy distinto. Los acreedores están renunciando a la satisfacción de su crédito, es decir, no percibirán nada. Como resulta lógico, queda prohibido algún tipo de acuerdo por el cual obtengan algún beneficio de modo externo al procedimiento concursal.

No obstante, de lograrse este beneficio, debería serlo para todos, pues se exige que renuncien a su crédito absolutamente todos los acreedores. Es decir, este supuesto opera de modo muy distinto a la aprobación del convenio del concurso, en el que resultaba suficiente con la obtención de la mayoría requerida en cada caso y, de alcanzarse, arrastrando al resto de acreedores que no estaban de acuerdo. Para que se produzca la finalización del concurso por la renuncia de los acreedores, todos los acreedores deberán aceptar esto, implicando que, si uno solo de ellos se niega a esta solución, no operará causa de finalización del concurso.

Esta posibilidad es la más beneficiosa para el deudor, pues sin hacer frente a sus obligaciones, finaliza el procedimiento concursal. En cambio, implica que los acreedores no percibirán nada de los créditos que tienen derecho a cobrar.

3.4. Reapertura del concurso

La reapertura del concurso únicamente resultará posible si aparecieran bienes desconocidos del deudor, que no hubieran sido liquidados. Estos bienes se encontrarían afectos al pago de los créditos concursales ordinarios o, incluso, subordinados –en función de su cuantía y cuántos acreedores hubieran cobrado sus créditos–.

En este sentido, la posición del deudor concursado persona física resulta similar a la de persona jurídica extinguida como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, en el cual la reapertura del concurso sólo opera para la liquidación de los bienes, en los términos recogidos en la normativa.

El texto refundido de la Ley Concursal recoge el supuesto de reapertura del concurso a partir del artículo 503.

Así, la norma indica que, en aquellos casos en los cuales proceda la reapertura del concurso, la misma deberá ser declarada por el juzgado que hubiera conocido del procedimiento, tramitándose además en los mismos Autos.

La normativa, además, diferencia entre la reapertura del concurso del deudor persona natural, y persona jurídica. En este sentido, dedica un artículo específico a cada uno de los supuestos, el 504 para persona natural, y el 505 para personas jurídicas.

Respecto a la persona natural, la norma indica que la reapertura del concurso del deudor únicamente podrá producirse en un plazo máximo de cinco años, desde la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Nótese cómo, por pura lógica, no cabe la reapertura del concurso si se hubieran satisfecho ya las deudas existentes, pues el deudor nada deberá y, por tanto, en caso de aparición de nuevos bienes, no quedarán sujetos a la obligación de pago de las deudas, ya que estas no existirán.

Indica la normativa, además, que, si se produjera la declaración de concurso del deudor, persona natural, una vez hubieran transcurrido cinco

años desde la conclusión de concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, se considerará que se está produciendo un nuevo concurso.

Por tanto, en lo concerniente a personas naturales, el legislador ha establecido un marco temporal igual o inferior a cinco años, para que se produzca la reapertura del concurso inicial, y se ha optado porque, una vez pasado ese tiempo, deba comenzarse un nuevo procedimiento concursal si aparecieran bienes del deudor.

Si el concursado fuera una persona jurídica, el artículo 505 del texto refundido de la Ley Concursal es el encargado de regular sus especificidades. Así, indica que únicamente podrá tener lugar esta reapertura por liquidación o insuficiencia de la masa activa, cuando aparezcan nuevos bienes. En este sentido, por tanto, como puede observarse, la normativa está refiriéndose en los mismos términos a persona natural y jurídica.

El marco temporal, en cambio, sufre modificaciones. En tal aspecto, la normativa específica que cualquiera de los acreedores insatisfechos podrá realizar la solicitud de la reapertura del concurso –si este hubiera finalizado por liquidación o por insuficiencia de la masa activa–, en el año siguiente a la fecha de la conclusión.

Además, en la solicitud de reapertura deberán indicarse las específicas acciones de reintegración que deban ejercitarse o, en su caso, se expondrán los hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, excepto que el concurso concluido ya hubiera tenido tal calificación.

Finalmente, en la resolución judicial por la cual se acuerde la reapertura del concurso, el juez deberá ordenar la liquidación de los bienes y los derechos que hubieran aparecido después de la conclusión.

Por lo tanto, además de la diferencia del marco temporal –cinco años para la reapertura cuando el deudor es persona física, y uno cuando se trata de persona jurídica–, se exige mayor rigor documental para la reapertura del procedimiento concursal cuando el deudor es una persona jurídica.

Respecto a la publicidad, la normativa es unitaria tanto para reapertura de concurso cuyo deudor sea persona física, o jurídica. De tal manera, se indica que a la reapertura del concurso se le deberá dar la misma publicidad que la que hubiera tenido inicialmente la declaración del concurso. No obstante, si nos encontramos ante un deudor persona jurídica, deberá, además, en el propio Auto en que se acuerde la reapertura, realizarse la reapertura de la hoja registral de la concursada, en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil. Este supuesto será ordenado por el juez.

El artículo 507 del texto refundido de la Ley Concursal regula el inventario y la lista de acreedores en caso de producirse la reapertura. Nuevamente, un único artículo se refiere a la reapertura de procedimientos concursales cuyo deudor sea persona natural, o persona jurídica.

Como hemos visto en temas anteriores, si resulta posible, quien ejerciera o quienes ejercieran la administración concursal serán quienes deban retomar su actividad. En este sentido, deberán proceder a la actualización de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores en un período temporal máximo de dos meses.

Esta actualización se focalizará en puntos concretos. Por ejemplo, en lo respectivo al inventario, deberán suprimirse de la relación los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor, y tendrá que corregirse la valoración de los bienes subsistentes, así como incorporar e igualmente valorar los bienes que hubieran aparecido posteriormente.

Respecto a la actualización de la lista de acreedores, se deberán indicar las cuantías adeudadas a cada uno de los acreedores, y el resto de las modificaciones que se hubieran producido en relación a los créditos subsistentes, así como incorporar a la relación los créditos posteriores.

Todas estas actualizaciones deberán realizarse y aprobarse de conformidad con lo recogido en los Títulos IV y V del Libro I de la normativa concursal para la determinación de la masa activa y la pasiva.

Cabe indicar, finalmente, respecto a la publicidad que deberá darse al informe de la administración concursal, y sobre la impugnación de los

mismos, que se regirán por los capítulos I y II del Título VI del Libro I de la normativa concursal. Además, el juez tendrá la obligación de rechazar de oficio, y sin ulterior recurso, aquellas pretensiones que no se refieran de manera estricta a las cuestiones que hubieran sido objeto de actualización. Por tanto, rige la premisa que aquello que hubiera sido conocido inicialmente el concurso se mantendrá en los mismos términos en que el juez se pronunciase en aquel momento.

13. ASPECTOS PROCESALES GENERALES

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Unidad legal / 3. Unidad de disciplina o de procedimiento / 4. Unidad de sistema / 5. Normas procesales generales

1. Introducción

La normativa concursal articula el procedimiento concursal sobre un principio básico, denominado *la unidad*. Esta unidad, que abarca todo el proceso, tiene tres vertientes diferentes, como son la unidad legal, la unidad de disciplina y la unidad de sistema. La aparición de estas tres vertientes surgió a raíz de la aprobación de la normativa de 2003, pues precisamente esta reforma se articuló respecto a este principio básico de unidad (Trigo Sierra y Cambrotero Ginés, 2003, p. 52).

En primer lugar, la llamada unidad legal implica la concentración, en un marco legal único, de absolutamente todos los preceptos relativos a la insolvencia –no lo olvidemos, inminente o actual–. Esto supone, además, que todas las normas materiales y las procesales correspondientes a la materia deban encontrarse integradas en un único cuerpo legal.

Por su parte, la unidad de disciplina –también denominada de procedimiento, de manera indistinta–, ha implicado el final de una doble vertiente normativa que existía anteriormente, en función de quién fuera o no comerciante –presupuesto de carácter subjetivo–, así como también el final de la distinción del procedimiento a seguir en función del grado de insolvencia en el cual se encontraba el deudor –presupuesto objetivo– pues, en la actualidad, el procedimiento aplicable será siempre el mismo.

Finalmente, la unidad de sistema supone que queda atribuida al juez del concurso la competencia para conocer de todas las materias que se encuentren relacionada con el procedimiento concursal, evitándose así

procedimientos paralelos, que únicamente servirían para dificultar y ralentizar el avance del concurso y la satisfacción de los créditos de los acreedores.

Quedan fuera de esta cuestión, por su relevancia, las materias penales, y algunos aspectos laborales concretos. No obstante, y si bien esto es lo que indica la normativa, la afirmación realizada tampoco es rigurosamente cierta, como veremos más adelante, en este mismo tema.

2. Unidad legal

Si bien resulta indudable la idoneidad de reunir en una sola norma todos los aspectos relevantes del procedimiento concursal, esto obedece más al ideal teórico y la voluntad del legislador que al plano práctico, debido a la enorme complejidad existente en las materias que deben ser reguladas y su amplitud.

De ahí las numerosas reformas concursales sufridas en nuestra normativa, pues se pretende alcanzar esta unidad legal y, por el momento, no se ha logrado en la realidad. Además, tampoco resultaría lo idóneo en algunos casos concretos.

De este modo, algunos aspectos que afectan a derechos fundamentales no pueden ser regulados en la normativa concursal, por ejemplo. Estas cuestiones únicamente pueden recogerse mediante ley orgánica, encontrándose, por lo tanto, en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, que implicó la modificación, entre otras normas, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Entre otras cuestiones, supuso la creación de los nuevos juzgados de lo mercantil –aunque, no lo olvidemos, no existe sala específica de lo mercantil en el Tribunal Supremo–.

Igualmente, la doctrina procesal española ya se ha pronunciado de manera crítica respecto a la unidad legal de la normativa, pues entienden que está produciéndose una duplicación e incluso, en algunas ocasiones, una falta de coherencia respecto a la regulación general que se encuentra recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En tal sentido, y sin pretender realizar un análisis exhaustivo de los distintos aspectos procesales de la normativa concursal, debe referirse que muchos de los preceptos que se encuentran recogidos en la actual normativa concursal están repitiendo de manera innecesaria figuras que ya se encuentran reguladas en la Ley de Enjuiciamiento General.

No olvidemos que, como regla general, en materia de carácter procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil actúa con carácter supletorio respecto a todos aquellos aspectos procesales del concurso que no se encuentren previstos de manera expresa en la norma concursal.

Incluso, en algunos casos concretos, la duplicación de los preceptos se realiza única y exclusivamente con pequeñas o ligeras modificaciones o matizaciones, que terminan resultando innecesarias, pues únicamente inducen confusión y, en la práctica, no logran aportar nada ni solventar problema alguno. Muy al contrario, generándose esta confusión interpretativa, únicamente aumentan los posibles problemas.

3. Unidad de disciplina o de procedimiento

Respecto a lo concerniente al sujeto pasivo que puede ser declarado en concurso –lo que sería el presupuesto subjetivo–, la normativa concursal indica que podrá serlo absolutamente cualquier tipo de deudor, independientemente de tratarse de persona natural o jurídica, comerciante o no, e incluso pudiendo entrar en tal catalogación la herencia. Como excepciones se reconocen, únicamente, las entidades integrantes de la organización territorial del país.

Por lo tanto, y bajo este criterio, se unifica el tratamiento de los deudores que ejerzan el comercio y de aquellos que no llevan a cabo esta actividad en un único procedimiento, eliminándose además problemas importantes, como sería el del cese en la condición de empresario.

Existían, también, importantes cuestiones respecto a cuál debía ser la determinación del carácter de comerciante, en relación con los distintos supuestos en los que el deudor realizaba algún tipo de actividad comercial, pero

la misma no se realizaba en nombre propio –es decir, cuando el deudor era el administrador de una sociedad, o el accionista, entre otras consideraciones–.

Por tanto, la aplicación de un procedimiento de carácter único para cualquier clase de deudores, independientemente de esta actividad que llevan a cabo, parece acertada, tal y como indica la mayoría de la doctrina, que se posiciona en esta línea. Este principio de unidad, en el ámbito procedimental, implica la consideración de un nuevo proceso de carácter civil, que será especial y que se encontrará estructurado para ofrecer una respuesta y una sustanciación a las distintas situaciones en que se produzca la insolvencia patrimonial (González Cano, 2006, p. 146).

No obstante, la perfección resulta siempre imposible de alcanzarse, y encontramos cómo, nuevamente, el principio de unidad no se ha logrado conseguir por completo en este supuesto.

Específicamente, la normativa concursal contiene peculiaridades destinadas de manera concreta a los comerciantes –como sería, por ejemplo, las que se refieren a la materia de contabilidad–.

De la misma manera, se recogen normas especiales para cierto tipo concreto de deudores –aunque es cierto que tienen unas características comunes, hasta cierto punto, encontrándose en tal supuesto las entidades emisoras de valores, las entidades de crédito o las aseguradoras– en función de la naturaleza especial de las mismas.

Actualmente, en la regulación concursal, la insolvencia constituye la piedra angular sobre la que pivota y se construye todo el procedimiento del concurso. Como deviene lógico, si no existieran las deudas, y no se incurriese en insolvencia, podrían pagarse las deudas sin mayores problemas, y no sería preciso someterse al procedimiento concursal.

Igualmente, si el deudor dispusiera de los fondos precisos para realizar el pago, pero por el motivo que fuera se negase a realizar el pago de los mismos, si bien no se estaría satisfaciendo el interés de los acreedores, como no existiría ninguna situación de insolvencia actual o inminente, la solución nunca podría ser el procedimiento concursal. El acreedor dispondría de otros

mecanismos para solicitar la satisfacción de los créditos, pero en nada intervendría el procedimiento concursal.

No obstante, una cuestión importante para dirimir esta situación consiste en la determinación de qué debe entenderse como insolvencia, pues la interpretación de este término no es unívoca, resultando interpretable, e incluso diferente, en los distintos proyectos normativos españoles y, también, en el contexto europeo.

De este modo, en el Proyecto de 1983 se recogía que debía entenderse la insolvencia en el sentido de la regulación del ordenamiento jurídico alemán. Esto implicaba que la insolvencia consistía en una impotencia patrimonial, concebida como la imposibilidad absoluta, por parte del deudor, para hacer frente al pago de sus deudas.

En la práctica, esto podría llevarnos a un segundo problema, como sería la interpretación de qué debe entenderse como imposibilidad absoluta, pues para el Derecho, la obtención de dinero no se entiende como un imposible, al ser cosa cierta y existir.

Si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se observa cómo la acepción “insolvencia” viene definida como la falta de solvencia, la incapacidad de pagar una deuda. Eso sí, no realiza más apreciaciones al respecto. Atendiendo al diccionario jurídico de la misma fuente, se indica que este concepto queda identificado con un desbalance de carácter patrimonial –resultando el activo inferior al pasivo–. Además, indica que, en un ámbito jurídico, se trata del presupuesto objetivo del concurso de acreedores. Deriva, además, a la propia normativa concursal.

Antes de la reforma del año 2020, la normativa concursal indicaba, en su artículo 2.2, que se encontraba en situación de insolvencia “el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”.

Finalmente, con la redacción actual, en el mismo artículo que anteriormente –pero en su precepto tercero, y no segundo–, se indica qué debemos entender como insolvencia. Así, y después de indicar este mismo artículo que la declaración de concurso únicamente procede cuando el deudor se encuentre

en insolvencia, fundándose en la misma, el precepto tercero indica a qué alude el término.

De este modo, la normativa indica que se encontrará en estado de insolvencia el “deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Encontramos, por tanto, un término que implica que en la actualidad, quien tenga las deudas no puede hacer frente al pago.

Existe, además, una segunda matización, como es la insolvencia inminente –es decir, que todavía no se ha producido, pero que será una realidad en un período temporal muy breve; sin especificarse, pero interpretando esta inminencia como algo inmediato–. El mismo artículo 2.3 se refiere también a qué deberá entenderse como insolvencia inminente, al indicar que se encontrará en esta situación el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Es decir, en este supuesto, aunque todavía no se ha producido la insolvencia, el deudor es consciente de la producción de la misma en un período temporal muy breve.

Otro problema interpretativo alude a cuándo existe obligación del deudor de conocer esa proximidad de la insolvencia. En la práctica es cuestión más sencilla que en la teoría, pues la llevanza de una correcta contabilidad implica el conocimiento de esta situación patrimonial.

Al margen de las cuestiones de qué entendemos como insolvencia, la normativa concursal establece algunas reglas especiales respecto a qué personas se encuentran legitimadas para la solicitud del concurso voluntario. Tanto los legitimados como las reglas especiales se encuentran recogidos en el artículo 3 del texto refundido de la Ley Concursal.

En este aspecto, encontramos inicialmente que se encuentra legitimado, para la solicitud de la declaración de concurso, el propio deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera una persona jurídica, los competentes –y responsables– para la presentación de la solicitud sería el órgano de administración, o el de liquidación.

Además, debe indicarse que no se encuentra legitimado para la presentación de la solicitud –a modo de excepción por lo indicado en el primer

epígrafe del artículo tercero de la normativa concursal—, el acreedor que hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento, en los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de concurso.

Igualmente, para la presentación de la declaración de concurso de la sociedad se encontrarán legitimados aquellos socios que sean responsables personalmente de las deudas de la misma.

En los supuestos de fallecimiento del deudor, se encontrarán también legitimados para la solicitud del concurso los herederos y el administrador de la herencia. En el caso del último, sólo se encontrará legitimado cuando la herencia no se encuentre aceptada pura y simplemente. En los casos en que la solicitud sea efectuada por un heredero, producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Parece, por tanto, que, en los supuestos de concurso voluntario, el presupuesto objetivo de insolvencia quedaría probado por el mero hecho del reconocimiento de su existencia por parte del propio deudor.

4. Unidad de sistema

La competencia para el conocimiento del concurso se atribuye únicamente a los jueces de lo mercantil, los cuales ostentan competencia exclusiva y excluyente en este ámbito, respecto del conocimiento de todas las acciones civiles y sociales que tengan algún tipo de trascendencia patrimonial y se encuentren dirigidas contra el concursado.

Así, se refiere a toda ejecución respecto al concursado y cualquier medida cautelar que afecte a su patrimonio, como también a toda cuestión prejudicial administrativa o social que directamente se encuentre relacionada con el concurso.

Conviene no olvidar, no obstante, que existen excepciones a este supuesto general, como serán el ámbito penal y algunas cuestiones del laboral.

La creación del nuevo tipo de juzgados se produjo mediante el artículo 2 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, que añadía un nuevo artículo, el 86 ter, a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, este artículo indica que los juzgados de lo mercantil conocerán de todas las cuestiones suscitadas en materia concursal, sin perjuicio del os dispuesto en el artículo 85.6 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

Debe señalarse, no obstante, que la creación de los juzgados especializados en materia mercantil no alcanza al Tribunal Supremo, que continúa dirimiendo todas las cuestiones mercantiles –dentro de las cuales, por supuesto, se incluyen los procedimientos concursales–, en la Sala de lo Civil.

Además, se indica que el juez del concurso ostentará jurisdicción exclusiva y excluyente en una serie de materias:

- Acciones civiles con trascendencia patrimonial dirigidas contra el patrimonio del concursado.
- Acciones sociales cuyo objeto sea la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Igualmente, la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección –sin perjuicio de cuestiones derivadas de convenio colectivo–.
- Ejecuciones frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado.
- Cualquier medida cautelar que afecta al patrimonio del concursado –excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueden decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral–.
- Las que en el procedimiento concursal deban adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.
- Acciones tendentes a la exigencia de responsabilidad civil a los administradores sociales, auditores o liquidadores, por los perjuicios ocasionados durante el procedimiento.

La propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en el mismo artículo reseñado, indica cuáles serán las cuestiones competencia del orden jurisdiccional civil

de las que conocerán los juzgados de lo mercantil. Así, indica que serán las siguientes:

- Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
- Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
- Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo.
- Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios.
- Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.
- De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.

Finalmente, debe indicarse que este mismo artículo indica la competencia de los juzgados de lo mercantil para el reconocimiento y la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales que se hubieran producido en el extranjero, cuando las mismas se refieran a materias objeto de su competencia, excepción hecha de la existencia de un arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacional, por el cual su conocimiento corresponda a otro juzgado o tribunal.

La creación, en definitiva, del nuevo artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial merece, en líneas generales, una valoración positiva. Porque la especialización judicial implicará la disipación de aquellas dudas que se suscitan en torno a la capacitación de los jueces de la jurisdicción ordinaria

para el conocimiento de los temas económicos y contables que, en la práctica, tan relevantes resultan en materias como la concursal.

El objetivo del legislador, con la limitación de la atribución de competencias a los nuevos juzgados en materia mercantil, es que vaya lográndose la especialización a través de la propia práctica judicial, partiendo para ello de unas bases iniciales que tienden a ser prudentes, como explica la propia Exposición de Motivos de la normativa. Así, se espera que estas bases prudentes permitan un desarrollo progresivo, de acuerdo a la experiencia que vaya acumulándose.

5. Normas procesales generales

La normativa concursal dedica, después de la modificación del año 2020, su Título XII –antes era el VIII– a la regulación de las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos. Este Título se divide en cuatro Capítulos, denominados con cada una de las cuestiones reflejadas en el propio Título.

Aunque el Título constituye el núcleo principal de la regulación procesal de la norma concursal, a lo largo de todo el texto de la normativa se encuentran dispersos varios preceptos de carácter procesal, lo que implica una mayor dificultad de la necesaria.

Además, conviene destacar que el propio procedimiento concursal es, básicamente, una institución de carácter procesal en todo su ser, lo que implica que todos y cada uno de sus aspectos quedan impregnados de normas que establecen las diferentes fases del procedimiento y su funcionamiento.

Sin embargo, y debido a la importancia, magnitud y amplitud de las repercusiones procesales derivadas que constituyen el instituto del concurso, únicamente podemos ceñirnos a las normas procesales que se encuentran recogidas en el ya referido Título XII, resultando imposible aludir a todas ellas.

El objetivo fundamental de la normativa concursal es claro, pretende la reconducción de la complejidad del concurso a un único procedimiento, que permita agilizar y simplificar los procesos de insolvencia, al tiempo que

se reducen los costes derivados de todo este proceso. A todas luces, objetivo complejo y optimista, de muy dificultosa aplicación práctica.

No obstante, y para conseguir el objetivo pretendido, el legislador establece un nuevo procedimiento, de carácter único –como ya sabemos–, para todos los supuestos de insolvencia, y que se aplicará con absoluta independencia del carácter o no de comerciante del deudor concursado.

El artículo 508 del texto refundido de la Ley Concursal se encarga de la estructuración del procedimiento concursal, dividiéndolo en seis secciones distintas. Además, pueden ordenarse las actuaciones de cada una de ellas en las piezas separadas que resulten convenientes.

Inicialmente, se establece la sección primera, que comprenderá las actuaciones del procedimiento que tengan lugar desde la declaración del concurso –incluyendo en este aspecto el propio procedimiento de solicitud de concurso– hasta la resolución final de la fase común y la conclusión e incluso, si resultase menester, la reapertura del propio concurso. Igualmente, se incluirán en esta primera sección todas las cuestiones relativas a las medidas cautelares que puedan acordarse tras la solicitud del correspondiente concurso.

La segunda sección se encargará de los diferentes órganos del concurso y, de manera particular, de lo relativo a la administración concursal, el nombramiento y el estatuto de los administradores concursales.

También quedarán incluidos en la misma la determinación de sus facultades y el ejercicio de las mismas, la rendición de cuentas y todas aquellas cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los administradores concursales.

La sección tercera comprenderá la tramitación de todas las materias relativas a la determinación de la masa activa del concurso, a su formación, las acciones de reintegración que tengan lugar y las de reducción, la realización de los bienes y derechos que integren la masa activa y, además, el pago a los acreedores y las deudas de la masa.

Si la sección tercera se encarga de la masa activa, la cuarta realiza lo propio con la masa pasiva. En este aspecto, incluye materias como la

comunicación, el reconocimiento, la graduación y la clasificación de los distintos créditos existentes en el concurso.

Además, la normativa concursal intenta ser fiel al principio de la *par conditio creditorum*, lo que implica la reducción o supresión de los numerosos privilegios que existían en normativas anteriores, que en la práctica tenían como resultado que este principio resultase apenas teórico (García Escobar, 2014).

En tal sentido, se establece en la normativa, con carácter general, que se integraran en la masa pasiva todos los acreedores del deudor, cuestión a la que se refiere el artículo 251 del texto refundido de la Ley Concursal.

Este artículo, referido al principio de universalidad de la integración de la masa pasiva, indica que todos los créditos contra el deudor ya sean o no ordinarios, existentes cuando se produzca la declaración del concurso e independientemente de cuestiones como la nacionalidad del acreedor o su domicilio, quedarán de derecho integrados en la propia masa pasiva, estuvieran o no reconocidos en el procedimiento, excepción hecha de los que tengan la consideración de créditos contra la masa. El mismo artículo establece, después, cuestiones relativas a las personas casadas en régimen de gananciales o cualquier otra comunidad de bienes.

Esta misma sección cuarta tratará otras consideraciones. Así, será la encargada de tramitar, aunque en piezas separadas, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores, en virtud de la *vis atractiva* que se concede al procedimiento concursal, así como las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

La sección quinta contiene la tramitación de las soluciones del concurso. De este modo, se refiere al convenio y la liquidación. Como ya sabemos, entre ambas soluciones, la normativa favorece la primera, entendiéndola como la más idónea, pues puede solventar la satisfacción del crédito de los acreedores, y la continuidad de la actividad de la empresa. Pero, no debe olvidarse que la normativa no obliga a la utilización de una u otra solución al concurso, dependiendo de la voluntad de los acreedores y, en ocasiones, especialmente del deudor.

Por último, la sección sexta es la encargada de la resolución respecto a la calificación del concurso y sus efectos. En esta sección, y de manera excepcional, se persona el Ministerio Fiscal, que únicamente intervendrá en el procedimiento concursal en aquellos casos en los que proceda la apertura de esta sección –que no se producirá en todos los casos– y en los supuestos en los que se persigan delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico.

Si bien el Ministerio Fiscal únicamente intervendrá de manera obligatoria únicamente en la sección sexta, todos los demás integrantes del proceso serán reconocidos como parte del mismo en todas las secciones del concurso, sin que exista necesidad de comparecencia en forma. Así se expresa el artículo 509 del texto refundido de la Ley Concursal.

Debe indicarse que, en el procedimiento concursal, el concursado siempre actuará representado por procurador y asistido de letrado, a fin de garantizar al máximo una correcta defensa y desarrollo del concurso. Además, la administración concursal será siempre oída, sin necesidad de comparecencia en forma. No obstante, cuando intervenga en incidentes o recursos, precisará siempre de asistencia de letrado.

En los casos en los que el nombrado administrador concursal o el auxiliar tengan –uno o ambos– la condición de letrado, la dirección técnica de los incidentes y recursos se entenderá ya inserta en las funciones de la administración concursal o del auxiliar delegado.

Respecto a la representación y la defensa de los acreedores y del resto de legitimados, actuarán representados por procurador y asistidos por letrado para la solicitud de la declaración de concurso, y también para comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración.

Además, tanto los acreedores como el resto de legitimados para la solicitud de la declaración de concurso tendrán la potestad de comunicar créditos y formular alegaciones, así como también la asistencia e intervención en la junta de acreedores, sin que exista la necesidad de comparecer en forma.

Por su parte, aquellos acreedores que no hubieran comparecido en forma podrán solicitar del juzgado el correspondiente examen de los documentos o los informes que consten en autos, relativos a sus respectivos créditos. Para ello, deberán acudir a la oficina judicial personalmente, o por medio de letrado o procurador que los represente, quienes no estarán obligados a personarse para dicho trámite.

14. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. REGÍMENES ESPECIALES

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Competencia internacional de los tribunales españoles: distinción entre el concurso principal y el territorial / 3. Normas específicas de carácter procesal aplicables a los concursos con elemento internacional / 4. Reconocimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros de insolvencia / 5. Coordinación entre procedimientos de insolvencia abiertos en España y procedimientos que se encuentren abiertos en el extranjero / 6. Normas de Derecho internacional privado de carácter sustantivo, para la determinación de los efectos del concurso principal, respecto a determinados bienes y negocios jurídicos

1. Introducción

La normativa concursal se refiere a los distintos aspectos internacionales del concurso en diversos artículos de su texto. Si bien antes de la normativa se referían a ello, en la parte general, los artículos 10 y 11, en la actualidad son varios más los encargados de su regulación. Así, encontramos, en la materia que nos ocupa, los artículos 45, 47 a 50 y 56.

Además, si bien anteriormente era el Título IX el encargado de esta cuestión –concretamente, los artículos 199 a 230 de la norma–, en la actualidad se estos supuestos se encuentran recogidos en el Libro tercero, titulado de “De las normas de derecho internacional privado”. Queda dividido en cuatro títulos distintos, denominándose el primero “Disposiciones generales”; el segundo “De la ley aplicable”; el tercero “Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia” y, el cuarto, “De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia”. En la práctica, esto se traduce en que se encuentran regulados entre el artículo 721 al 752.

Por lo tanto, la regulación contenida en la normativa concursal puede, como consecuencia, dividirse en cinco bloques de materias distintos, como son los siguientes:

- Competencia internacional de los tribunales españoles.
- Normas específicas de carácter procesal.
- Normativa aplicable.
- Reconocimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros de insolvencia.
- Coordinación entre procedimientos de insolvencia abiertos en España y procedimientos abiertos en el extranjero.

2. Competencia internacional de los tribunales españoles: distinción entre el concurso principal y el territorial

La normativa concursal establece, como regla general, que los tribunales españoles son los competentes para la declaración y la tramitación del concurso, cuando los deudores tengan su centro de interés principal radicado en nuestro país. Para ello, además, se realiza una presunción respecto de las personas jurídicas, permitiendo entender que dicho centro se encuentra, excepto existencia de prueba en contrario, en el mismo lugar que su domicilio social.

De este modo, los efectos del procedimiento, que será el principal, tendrán un alcance de carácter universal, y se referirán y comprenderán absolutamente a todos los bienes que ostente el deudor, independientemente que estos se encuentren en España o en cualquier otro país.

Además, el propio texto concursal, en consonancia con el esquema de la norma comunitaria –artículo 3.2 del Reglamento–, indica que serán los tribunales españoles los competentes para la declaración y tramitación del concurso de los deudores que, aunque tengan su centro de intereses principales radicado fuera de nuestro país, sean titulares en territorio nacional de un establecimiento donde ejerzan de manera no transitoria –esto es, por tanto, de carácter permanente o habitual– una actividad económica que implique la utilización de bienes y medios humanos.

Pero, debe indicarse que los efectos de este concurso, que tendrá la denominación de territorial, se limitarán simplemente a los bienes del deudor que se encuentren localizados en territorio español.

A pesar de la aparente facilidad de calificación y afección de bienes, y distribución de competencias territoriales que ofrece la normativa concursal, como el lector podrá suponer, resulta también preciso que las normas del resto de países se encuentren en consonancia con lo indicado por la normativa española. Con el territorio europeo no existen mayores problemas, pero si nos referimos a índole internacional, las complejidades pueden ser bastante más importantes.

Como resulta lógico, la normativa nacional de cada país intenta arrogarse competencias –normativas y jurisdiccionales– lo más amplias posibles, contrastando en ocasiones con otros ordenamientos jurídicos, que estipulan normas contrarias a las de ese país, pero habitualmente con la misma finalidad; arrogarse las mayores competencias normativas y jurisdiccionales posibles a sí mismos.

3. Normas específicas de carácter procesal aplicables a los concursos con elemento internacional

Independientemente de tratarse de un procedimiento concursal con elemento internacional de carácter principal o territorial, el legislador no ha pretendido el establecimiento de una tramitación distinta para uno u otro tipo, sino que se ha buscado lograr cierta uniformidad. Para ello, se han previsto una serie de especificidades respecto al sistema general (Trigo Sierra y Cambroneró Ginés, 2003, p. 72).

A modo de resumen sucinto, pueden indicarse las siguientes especialidades en el procedimiento:

- Se permite la apertura de concursos territoriales sin que exista necesidad alguna del examen de la insolvencia del deudor por parte del tribunal. Esto será así siempre que de manera previa existiera un reconocimiento en España un procedimiento extranjero que ostente la condición de principal.
- Se amplía la legitimación para la solicitud de la declaración de concursos territoriales a quienes ostenten la condición de representantes de un procedimiento extranjero principal.

- Se regula la obligación de información a los acreedores del deudor, si estos residen en el extranjero. Para la obtención de tales efectos, la normativa concursal establece que, una vez ya se encuentre declarado el concurso, la administración concursal deberá informar respecto a dicho procedimiento, por escrito y de manera individual, a todos los acreedores conocidos del deudor que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede, en el extranjero.
- Queda establecida la posibilidad que el juez –por tanto, no se establece como obligación, sino como una mera decisión del juez–, bien de oficio o a instancia del interesado, de acordarse la publicación del contenido esencial del Auto de declaración del concurso en cualquier país donde convenga a los intereses del procedimiento. La determinación de estos intereses, no obstante, puede resultar una cuestión compleja en algunos casos.
- Respecto a la comunicación de los créditos, la norma indica que cualquier acreedor podrá realizar la comunicación de su crédito en un procedimiento seguido ante tribunales españoles –dicho procedimiento podrá ser principal o territorial–. Esta posibilidad podrá realizarse con independencia de que igualmente lo hubiera presentado en un procedimiento de insolvencia que ya se encuentre abierto en el extranjero. No obstante, debe indicarse cuestión especial existente respecto a los créditos tributarios y los de la Seguridad Social, pues sólo se admitirán como créditos de carácter ordinario, quedando además sujetos a la condición de reciprocidad.
- Existe también la cuestión de la restitución y la imputación de pagos. En este aspecto, la normativa indica que el acreedor que obtenga un pago de carácter total o parcial de su crédito, tras la apertura de un concurso principal en nuestro país, con cargo a bienes del deudor situados en el extranjero, tendrá la obligación de restitución a la masa lo que hubiera obtenido. Conviene, no obstante, precisar que, si este pago se hubiera realizado dentro del marco de un procedimiento de insolvencia que se encontrase abierto en el extranjero, sería de aplicación la llamada regla de pago.

- Se encuentra facultado el juez del concurso, en ciertas circunstancias concretas, a la autorización a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual de determinados bienes, con la aplicación –en todo caso– de la regla de pago.

La referida regla de pago se encuentra regulada en el artículo 751 del texto refundido de la Ley Concursal. En este aspecto, se indica que el acreedor que obtenga, en un procedimiento extranjero de insolvencia, algún tipo de pago parcial de su crédito no podrá pretender en el concurso que se hubiera declarado en España, ningún pago adicional, hasta que los restantes acreedores de la misma clase y rango hubieran obtenido en este una cantidad porcentualmente equivalente.

En esencia, el legislador español pretende, con este mecanismo, evitar que un acreedor avezado –o con los suficientes recursos económicos como para disponer de un importante asesoramiento judicial– obtenga una mayor satisfacción de su crédito, cuando se trate de un procedimiento concursal internacional, que cualquier otro acreedor en el mismo procedimiento.

Por tanto, tal y como indica la normativa, el reconocimiento de un procedimiento extranjero permitirá la apertura de un concurso territorial en España, sin necesidad de examinar la insolvencia del deudor –artículo 733 del texto refundido de la Ley Concursal–. Además, debe indicarse, tal y como recoge el artículo 735 del mismo cuerpo legal, que existe un límite al alcance de un convenio con los acreedores.

En tal sentido, cuando nos encontremos ante limitaciones de los derechos de los acreedores que deriven de un convenio aprobado en el concurso territorial, la quita y la espera únicamente producirán efectos con respecto a aquellos bienes y derechos de la masa activa que no se encuentren comprendidos en el concurso en cuestión, si existe conformidad de todos los acreedores interesados.

Respecto a la publicidad y registro en el extranjero, se podrá acordar la publicación en país extranjero del contenido esencial del Auto de declaración del concurso. Igualmente, la administración concursal tendrá la potestad de solicitud de la publicidad registral en el extranjero del Auto de declaración

y de otros actos del procedimiento, siempre y cuando esta publicidad convenga a los intereses del concurso, tal y como señala el artículo 736 del texto refundido de la Ley Concursal.

Realmente, y debido a que se pretende la participación del mayor número posible de acreedores en el procedimiento concursal, y en este ámbito quedan incluidos tanto los acreedores nacionales como extranjeros –ya sean personas naturales o jurídicas–, resulta difícil imaginar un contexto en que se entienda que no convenga a los intereses del concurso la publicidad del Auto de declaración del mismo.

Indica la normativa, además, en su artículo 737, que el pago realizado al concursado en el extranjero, por algún deudor con residencia habitual –o domicilio, o sede en el extranjero–, únicamente liberará a quien lo hiciese si ignorase la apertura de procedimiento concursal en nuestro país. Entendiendo que lo habitual será que el pago se realice de buena fe, la propia normativa establece que se presumirá este desconocimiento por quien realice el pago, si se hubiera realizado dicho pago antes de la publicidad de la apertura del concurso. Cabe, respecto a esta presunción de buena fe, no obstante, prueba en contrario.

Para la comunicación a los acreedores que se encuentren en el extranjero, se indica que, una vez declarado el concurso, la propia administración concursal deberá realizar, de manera individualizada y sin demora injustificada, la comunicación con cada uno de ellos. Para ello, se basarán en la información que conste en los libros y documentos del deudor, o por cualquier otra razón que conste en el concurso y permita conocer la información correspondiente. En caso de constar la dirección electrónica del acreedor, se indica que esta comunicación deberá efectuarse por medios telemáticos, informáticos o electrónicos.

Por su parte, el artículo 740 del texto refundido de la Ley Concursal indica que la comunicación a los acreedores extranjeros deberá realizarse siempre en idioma castellano y, en su caso –entendiéndose como tal la nacionalidad o lugar de residencia del afectado– en cualquiera de las lenguas

oficiales. No obstante, el encabezamiento del texto deberá obligatoriamente figurar también en inglés y francés.

4. Reconocimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros de insolvencia

Regulados en el artículo 742 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, la normativa se encarga en ellos del reconocimiento y la ejecución de las resoluciones que sean dictadas en procedimientos de insolvencia que se hubieran seguido en el extranjero. También se indican las facultades de actuación en España de los administradores y los representantes nombrados en aquellos procedimientos.

En primer lugar, debe indicarse que la aplicación de estas normas se encuentra sujeta al llamado principio de reciprocidad. Es decir, que tal y como prescribe esta cuestión, la falta de reciprocidad, o la existencia de una falta sistemática de cooperación por las autoridades de cualquier estado extranjero, implicarán la no aplicación de los procedimientos seguidos en el país en cuestión.

En lo concerniente al reconocimiento de resoluciones extranjeras, nuestra normativa concursal establece una regulación de carácter doble, distinguiendo entre las resoluciones que declaran la apertura de un procedimiento extranjero de insolvencia y el resto de las resoluciones que puedan dictarse en tales procedimientos con posterioridad a su apertura.

De esta manera, las primeras quedarán reconocidas en España mediante un procedimiento denominado *exequátur*, que se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El reconocimiento de las segundas no requerirá de la existencia de este trámite, siempre y cuando de manera previa se hubiera obtenido el correspondiente *exequátur* de la resolución de apertura del procedimiento concursal extranjero del cual procedan.

El *exequátur* es el mecanismo por el cual puede realizarse el reconocimiento y la ejecución en nuestro país de resoluciones extranjeras firmes, así como de resoluciones extranjeras definitivas, que se hubieran adoptado en un

procedimiento de jurisdicción voluntaria o de las medidas cautelares y provisionales. Para que se homologuen teniendo plena eficacia, los tribunales españoles examinarán si se cumplen determinados requisitos.

El *exequátur*, como tal, se encuentra recogido en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denominado “De los títulos ejecutivos extranjeros”. No se extiende únicamente a sentencias firmes, sino que también alcanza a los demás títulos ejecutivos extranjeros, siempre y cuando, lógicamente, todo resulte conforme a lo recogido en los tratados internacionales y las disposiciones legales respecto cooperación jurídica internacional.

La configuración del *exequátur* responde a una doble finalidad. En primer lugar, la principal consiste en la homologación de una resolución judicial extranjera. De este modo, una vez concedido el *exequátur*, la resolución judicial emitida en otro país obtendrá el reconocimiento en nuestro país, siendo ejecutada como si se tratase de una resolución judicial española –tal y como establece el artículo 42 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil–. En segundo lugar, también puede utilizarse este procedimiento para declarar que una resolución no resulta susceptible de reconocimiento y/o ejecución en nuestro país. Puede, por tanto, emitirse tanto favorable como desfavorablemente respecto a este reconocimiento o ejecución de resoluciones judiciales.

Retornando a la cuestión específica de las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros de insolvencia, con la finalidad de paliar los distintos efectos que puede ocasionar este reconocimiento de apertura de concursos mediante *exequátur*, la normativa concursal recoge la posibilidad de solicitud de la adopción de medidas cautelares de manera previa a la presentación de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia.

Respecto a la ejecución, el propio texto concursal recoge que las resoluciones extranjeras que tengan carácter ejecutorio –en función de lo recogido en la ley del estado de apertura del procedimiento en el que se hubieran dictado– requerirán, cualquiera que sea el caso, de un *exequátur* de manera previa a su ejecución en nuestro país.

5. Coordinación entre procedimientos de insolvencia abiertos en España y procedimientos que se encuentren abiertos en el extranjero

La normativa concursal recoge una serie de mecanismos de cooperación, cuya finalidad radica en facilitar la coordinación entre los distintos procedimientos de insolvencia que se encuentren abiertos en España y aquellos que estén abiertos en el extranjero, afectando al mismo deudor.

El límite de esta colaboración viene determinado, una vez más, por el principio de reciprocidad, ya señalado con anterioridad en esta misma obra.

En esencia, los distintos mecanismos de cooperación contemplados en la normativa se concretan en las siguientes cuestiones:

- Tanto la administración del concurso que se encuentre declarado en España, como el administrador o representante de un procedimiento extranjero de insolvencia, relativo al mismo y deudor y reconocido en nuestro país, se encuentran sometidos a un deber de cooperación de carácter recíproco en el ejercicio de sus funciones. Así, la administración del concurso territorial deberá permitir al administrador de un procedimiento extranjero principal, o su representante, la presentación de propuestas de convenio, planes de liquidación o cualquier otra forma de realización de bienes y derechos de la masa activa o de pago de los créditos. De la misma manera, se prevé que la administración del concurso principal que se hubiera declarado en nuestro país reclamará iguales medidas en cualquier otro procedimiento que se encuentre abierto en el extranjero.
- En la medida en que resulte posible, por permitirlo así la ley aplicable al procedimiento extranjero de insolvencia, su administrador o representante podrá comunicar en el concurso declarado en España aquellos créditos que se encuentren reconocidos en el mismo y, tras ello, participar en el concurso español en representación de los acreedores cuyos créditos hubieran sido comunicados. Igualmente, la administración del concurso que se hubiera declarado en España podrá presentar, en un procedimiento extranjero de insolvencia, ya sea principal o territorial, aquellos créditos que se

encuentren reconocidos en el concurso español, e intervenir en el procedimiento extranjero.

- Aquel acreedor que obtenga, en un procedimiento extranjero de insolvencia, el pago parcial de su crédito, no se encontrará legitimado para la solicitud, en el concurso abierto en España, de ningún pago adicional, hasta que los demás acreedores de idéntica clase y rango a la que él ostenta en el proceso no hubieran visto satisfechos sus créditos en una cantidad porcentualmente equivalente.
- El activo remanente en un concurso territorial se pondrá a disposición del administrador o representante del procedimiento extranjero principal, siempre que este último haya sido reconocido en España. La misma medida podrá ser reclamada, en su caso, y respecto al remanente de un procedimiento territorial abierto en el extranjero, por la administración de un concurso principal que se hubiera declarado en España.

La cuestión más importante de las recogidas en estos preceptos implica las obligaciones de cooperación, recogidas en el artículo 749 del texto refundido de la Ley Concursal.

En este aspecto, se indica que, sin perjuicio del respeto de las normas aplicables en cada uno de los procedimientos, la administración concursal, de aquel concurso que se hubiera declarado en España, y el representante o administrador de un procedimiento de insolvencia declarado en el extranjero, pero relativo al mismo deudor y que además sea reconocido en España, se encuentran sometidos a un deber de cooperación recíproca, en el ejercicio de sus funciones. Además, esta cooperación se realizará bajo la supervisión de los correspondientes jueces, tribunales o autoridades competentes. Dicha cooperación podrá consistir en diversas cuestiones, destacándose las siguientes:

- Intercambio, por cualquier medio considerado oportuno, de informaciones que puedan ser útiles para el otro procedimiento, sin perjuicio del obligado respecto de las normas que amparen tanto el

secreto como la confidencialidad de los datos que sean objeto de la información, o que los protejan de cualquier otro modo.

- Coordinación de la administración y del control o supervisión de los bienes y actividades del deudor.
- Aprobación y aplicación por los tribunales o autoridades competentes de acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos.

Este principio de reciprocidad en la aplicación de las distintas disposiciones que la normativa determina para la coordinación de los procedimientos seguidos en distintos países, igual que el reconocimiento de las resoluciones extranjeras, determina que, cuando nos encontramos fuera del ámbito de la Unión Europea, su eficacia se encuentre condicionada a los distintos vínculos de cooperación que se establezcan con los tribunales y las autoridades de otros países.

6. Normas de Derecho internacional privado de carácter sustantivo, para la determinación de los efectos del concurso principal, respecto a determinados bienes y negocios jurídicos

La normativa concursal recoge normas de Derecho internacional privado que resultan muy similares a las que se encuentran en los artículos 4 a 15 del Reglamento CE 1346/2000. Por otra parte, en buena lógica, pues precisamente están regulando cuestiones relativas a la colaboración entre países.

Nos encontramos ante el primer capítulo del Título II del Libro Tercero, dedicado al procedimiento principal, y cuya regulación comienza en el artículo 723 del texto refundido de la Ley Concursal. Esencialmente, tiene carácter sustantivo y, como consecuencia, poco tiene que ver con las especialidades procesales del mencionado procedimiento.

Por tal razón, y con el objetivo de lograr la mayor claridad posible en el repaso realizado a la materia, se ha optado por no seguir en este estudio el orden determinado por la normativa, como ha sido la tónica habitual de esta obra.

De tal modo, los artículos que recogen estos supuestos establecen una serie de normas de conflicto, que se encuentran tendentes a la identificación de cuál debe ser la ley aplicable a los efectos de un concurso principal, respecto a determinados derechos y negocios jurídicos.

Así pues, el texto concursal recoge diversas normas de conflicto, en relación con los efectos del concurso principal declarado en España, sobre determinados bienes, derechos y negocios jurídicos, siendo las siguientes:

- En materia de derechos reales, de un acreedor o de un tercero, respecto bienes o derechos de cualquier clase que pertenezcan al deudor y que, en el momento en que se produzca la declaración del concurso, se encuentren en territorio de otro estado, resultará aplicable la normativa del estado correspondiente. Dicha norma también será aplicable a aquellos derechos del vendedor respecto a bienes vendidos al concursado con reserva de dominio.
- Los derechos del deudor que recaigan sobre bienes inmuebles, buques o aeronaves, sujetos a inscripción en registro público, se regularán por la ley del país bajo cuya autoridad se realice tal registro.
- La validez de los actos de disposición a título oneroso efectuados por el deudor, con posterioridad a la declaración de concurso, respecto de bienes inmuebles, buques o aeronaves que se encuentren sujetos a inscripción en registro público quedará regida, en el caso de bienes inmuebles, por la normativa del país en que se encuentren. En cambio, si nos referimos a buques o aeronaves, resultará de aplicación la ley del país bajo cuya autoridad se lleve el registro en que se encuentren inscritos.
- En materia de aquellos derechos que recaigan sobre valores negociables representados por anotaciones en cuenta, resultará de aplicación la ley del país del registro en que dichos valores estuviesen anotados. En lo concerniente a derechos y obligaciones de los participantes, en un sistema de pago o compensación en un mercado financiero, los efectos del concurso se registrarán, con carácter

exclusivo, por la ley del país que resulte aplicable a dicho sistema o mercado.

- Como excepción a la prohibición de compensación establecida en la normativa concursal –concretamente en su artículo 153–, la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado permita que se realice la compensación en situaciones de insolvencia. Todo esto, sin perjuicio de las acciones de reintegración que, en su caso, pudieran producirse.
- Respecto a los contratos que tengan por objeto la atribución de un derecho de uso, o de adquisición de un bien inmueble, la normativa concursal establece que los efectos del concurso quedarán regidos única y exclusivamente por la ley del lugar en que dicho inmueble se encuentre.
- Además, la ley aplicable a los efectos del concurso, respecto a los contratos de trabajo, será la ley del país aplicable al contrato correspondiente.
- Existe, finalmente, una norma de gran importancia, respecto a las acciones de reintegración que afecten a actos que sean perjudiciales para la masa, y que se encuentren afectos a la ley de otro país. En tal sentido, como prescribe la normativa, no procederán acciones de reintegración cuando el beneficiado del acto que resulte afectado acredite que la ley aplicable a tal acto no permite, en ningún caso, la impugnación del mismo.

Respecto a las cuestiones recientemente tratadas, conviene destacarse algunas de ellas. En primer lugar, lo relativo a los derechos reales y las reservas de dominio se encuentra regulado en el artículo 723 del texto refundido de la Ley Concursal. En este aspecto, indica la normativa, además de lo referido anteriormente, que la declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio, que hubiera ya sido entregado, y que al momento de producirse la declaración se encontrase en territorio de otro país, no implicara, por sí misma, causa de resolución, ni tampoco de rescisión de la venta. Ello, por tanto, no impedirá al comprador que se produzca la adquisición de su

propiedad. Todo ello, no obstante, sin perjuicio de las correspondientes acciones de reintegración que puedan producirse.

En lo concerniente a la compensación –artículo 727 del texto refundido de la Ley Concursal–, la permisión de la misma implica cierta facilidad para la satisfacción del crédito de algunos acreedores. No obstante, y a pesar de que pueda inferirse como resultado cierta ventaja en la obtención de esta satisfacción por parte de algunos acreedores –que, por otra parte, serán los menos–, se entiende en la práctica que es un mecanismo que simplifica el desarrollo del procedimiento concursal.

15. RESUMEN GENERAL

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Cuestiones principales

1. Introducción

Como ha podido observarse a lo largo de esta obra, el Derecho concursal constituye un entramado ciertamente complejo. La intención del legislador, consistente en agrupar en un solo procedimiento todas las cuestiones relativas a al concurso, ha chocado con la dificultad de la práctica.

Precisamente por ello, se han producido múltiples modificaciones normativas en materia de Derecho concursal. La más reciente, que como ya sabemos data del año 2020, ha intentado solventar los problemas y lagunas existentes, lográndolo sólo de manera parcial, pero también dotando de mayor complejidad a algunos puntos concretos.

Por ejemplo, la extensión de la normativa actual es mucho mayor, y algunos artículos han visto su redacción dividida en varios epígrafes más, dificultando su seguimiento y buena aplicación.

No obstante, la materia concursal sigue siendo el procedimiento más certero que hemos tenido nunca en nuestro ordenamiento jurídico para intentar lograr la satisfacción de los acreedores. Pues, y esto es muy importante, el objetivo último de la normativa concursal no consiste en la continuidad de la actividad empresarial o la supervivencia de la compañía que no pueda hacer frente a sus pagos –esto es secundario y, si bien no intenta dificultarse, tampoco se establece como el objetivo principal–. El verdadero objetivo de nuestra normativa concursal consiste, por tanto, precisamente en esta satisfacción de los intereses de los acreedores que, en el mejor de los casos, será plena y, en otros muchos, únicamente de carácter parcial.

Recogemos, a continuación, algunas de las principales cuestiones recogidas a lo largo de toda la extensión de esta obra.

2. Cuestiones principales

El Derecho concursal se configura como una mezcla de normativas que aluden al derecho civil y mercantil, pero también al derecho procesal, al administrativo y al penal. Supone, por tanto, un nexo de unión entre el derecho público y el privado, pero sin alcanzar la calificación de rama jurídica autónoma, sino que se encuentra inserta dentro del Derecho mercantil.

El concurso de acreedores es un procedimiento jurídico que tiene como finalidad la resolución de los problemas de insolvencia o falta de liquidez de una sociedad. Resulta aplicable tanto a una persona física como jurídica –si bien es cierto que en la práctica, y en el acervo popular, tiene mucho más desarrollo respecto a las personas jurídicas que en referencia a las físicas–, englobando desde las pequeñas y medianas empresas hasta a las grandes compañías. La gran mayoría de los concursos de acreedores solicitados en nuestro país corresponde a empresas.

Por tanto, el concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva por el cual, los distintos acreedores de un deudor único, que se encuentre en estado de insolvencia, intentan la satisfacción de sus deudas. El concurso de acreedores podrá ser voluntario –solicitado por el propio deudor– o necesario –a instancia de uno cualquiera de los acreedores, de varios, o de todos ellos–.

En atención a la importancia de la magnitud patrimonial sobre la que puede producirse el concurso, la doctrina distingue dos tipos distintos; la ejecución singular y la ejecución universal.

La primera de ellas se refiere a unos bienes concretos y determinados del deudor, cuyo valor resulta inferior al patrimonio del que dispone este deudor. Así, con todo el patrimonio del deudor puede hacerse frente a las deudas, quedando todavía algo de patrimonio después de su satisfacción.

Lógicamente, el patrimonio sobrante, una vez pagadas las deudas, continuará perteneciendo al deudor –antiguo deudor, si ya ha satisfecho dichas deudas.

En segundo lugar, encontramos la ejecución universal. En este supuesto, no bastan unos cuantos bienes para la satisfacción de las deudas, sino que se precisa de todo el patrimonio del deudor.

La liquidación del patrimonio del deudor puede resultar perjudicial para los intereses de los acreedores, por lo que en ocasiones pueden preferir la conservación de la actividad o de la actividad económica –en esencia, porque de lo contrario, podrían ver en menor medida satisfechos sus intereses–.

En estos supuestos, en los que los acreedores verán más beneficioso para sus intereses la continuidad de la actividad, no se procederá a la liquidación del patrimonio. Muy al contrario, lo que ocurrirá será la búsqueda de un convenio con el deudor para la realización del pago de las deudas.

Este convenio puede realizarse desde el principio –entendiéndose, desde el momento en que queda clara la imposibilidad de satisfacción de las deudas, que podría dar inicio al procedimiento concursal–, o bien con el objetivo de poner fin a un proceso de ejecución general que ya se encuentre iniciado.

Por todo esto, en la actualidad, la expresión utilizada por la doctrina acostumbra a ser la de “procedimiento concursal”, en lugar de la expresión de “proceso de ejecución universal o colectiva”.

Cabe concluir, por tanto, que el proceso concursal es el que tiene como objeto la satisfacción, en la medida de lo posible –pues no siempre resultará posible el cobro de lo que se adeuda– y en igualdad de condiciones, de los derechos de crédito de una pluralidad de acreedores de un deudor común que se encuentre en estado de insolvencia. Estos acreedores concurrirán al procedimiento –mediante la realización del patrimonio del deudor, o mediante la obtención de un convenio que evite esto y haga posible el pago de las deudas existentes–.

En lo concerniente a los órganos del procedimiento concursal, debe señalarse que estos no son idénticos en todos los casos, estableciéndose una

clara diferencia entre los que siempre existirán –juez de lo mercantil y administración concursal– y aquellos que únicamente se formarán en algunas situaciones concretas –junta de acreedores y Ministerio Fiscal–.

No obstante, antes de entrar en la consideración de cuáles serán los órganos del procedimiento concursal y sus respectivas funciones, conviene reseñar cuándo puede solicitarse el concurso.

Lo primero que deberá tenerse en cuenta para esta solicitud es que la empresa se encuentre en una situación que le impida cumplir regularmente – en tiempo y forma– sus obligaciones, ya sean crediticias, tributarias o de cualquier otra índole. No estamos, por lo tanto, refiriéndonos a una situación meramente puntual de un impago concreto, sino a una cuestión de carácter más general. La Ley es explícita cuando indica que se refiere a insolvencia como a la imposibilidad de continuar con las obligaciones crediticias de la empresa, estableciendo al respecto una diferencia con lo que podría considerarse como un mero *bache temporal*.

Además, la normativa diferencia entre insolvencia actual e inminente. La empresa que se encuentre en insolvencia actual es aquella que se muestra ya incapaz de cumplir con sus obligaciones, mientras que la que se encuentra en situación de insolvencia inminente es la que prevé la imposibilidad de cumplimiento regular y puntual de sus obligaciones más próximas.

Respecto a quién se encuentra legitimado para la realización de la solicitud de concurso, encontramos varias personas que disponen de esta capacidad. En primer lugar, como es lógico, el propio deudor, pudiendo además ser requerido por cualquiera de sus acreedores y también por el mediador concursal, en los supuestos en que se inicie el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. En los casos en que el deudor sea una persona jurídica, los órganos competentes para la solicitud de la declaración de concurso serán el órgano de administración o el de liquidación.

La normativa no establece única y exclusivamente quiénes tienen la legitimación para la solicitud del concurso, sino que también recoge cuáles son los plazos que deben seguirse. Así, una vez el deudor conozca su estado

de insolvencia, tiene la obligación legal de solicitud, en el plazo máximo de dos meses, de la declaración de concurso de acreedores.

Antes de la finalización del plazo de la solicitud, el deudor tiene la posibilidad de poner en conocimiento del juzgado que ha iniciado las negociaciones para lograr un acuerdo de refinanciación, o bien para la obtención de las adhesiones necesarias para continuar adelante con el concurso de acreedores.

Además, debe tenerse en cuenta que, desde la presentación de esta comunicación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para que continúe la actividad profesional o empresarial del deudor.

Cuestión fundamental, en el procedimiento concursal, es la constitución del propio concurso. En este aspecto, la constitución de un empresario en concursado, y el posterior inicio del procedimiento concursal se producirán, únicamente y sin ningún tipo de excepción, mediante una resolución judicial. Por tanto, no existirá ningún tercero con capacidad de decisión al respecto.

La función principal que cumple en el procedimiento esta declaración judicial de concurso estriba en la constatación de la situación patrimonial en que se encuentra el empresario. Es decir, se busca la comprobación de esta situación económica que plantea el problema y que, por lo tanto, se intentará solventar mediante el procedimiento concursal.

Así, la función del presupuesto objetivo de la declaración judicial de concurso consiste en asegurar que el procedimiento concursal se inicie solo cuando resulte necesario –ni antes, ni después, ni por mero capricho de alguna de las partes–, pues la realización del inicio en período extemporáneo de este procedimiento perjudicará a todas las partes afectas –esto es, tanto al deudor, como al conjunto de acreedores del mismo–. No obstante, la consecución de este presupuesto se encuentra plagada de dificultades.

Deben considerarse, además, de cara al inicio del procedimiento concursal, que los distintos incentivos que condicionan la conducta individual de

los acreedores y del deudor también influirán y dificultarán, en algunas ocasiones, el inicio del procedimiento propiamente dicho.

Los acreedores, si los analizamos de manera individual, preferirán el ejercicio individual de sus derechos –especialmente si han iniciado ya algún trámite o se encuentran próximos al cobro de aquella cantidad que se les adeuda– respecto al ejercicio colectivo. Al fin y al cabo, si actúan de manera individual, cabe la posibilidad de obtención de la satisfacción de su crédito, incluso aunque el patrimonio del concursado no resulte suficiente para la satisfacción del crédito de todos los acreedores.

De este modo, la tendencia de los acreedores será preferir el ejercicio individual si entienden que así podrán cobrar toda la deuda –aunque esta apreciación no siempre se corresponda con la realidad–. Entenderán, además –incluso con total certeza en algunas ocasiones–, que el ejercicio colectivo implicará únicamente la satisfacción parcial de sus intereses, especialmente cuando sean conocedores del patrimonio del concursado y de la cuantía económica de las deudas generadas.

Por su parte, el empresario que se encuentre en situación de insolvencia tampoco tendrá, en principio, interés alguno en someterse al procedimiento concursal. Entenderá que, si continúa con el ejercicio de la actividad empresarial, dispondrá de la posibilidad de superar la situación económica de insolvencia en que se encuentra, arriesgando única y exclusivamente un patrimonio empresarial que, realmente, ya no le pertenece, pues estará invirtiendo un capital que es propiedad de los acreedores. De este modo, el riesgo no será tal, pues si nada le pertenece, nada puede perder.

Declarado el concurso, sus efectos serán diversos, y recaerán sobre distintos sujetos. La normativa concursal regula los efectos de la declaración de concurso, estableciendo una división por cada uno de los grandes efectos que produce dicha declaración.

Deben, por tanto, distinguirse los efectos de la declaración de concurso según a qué elemento o sujeto afecten, siendo estos el deudor, los acreedores, los contratos y los actos perjudiciales sobre la masa activa.

En lo respectivo al deudor, se producen efectos respecto a las facultades del deudor –si podrá o no continuar con la administración de su patrimonio–, respecto al deber de colaboración –se espera que colabore para alcanzar un resultado positivo en el procedimiento concursal–, en lo concerniente o no a la continuidad de la actividad empresarial –bien se continuará con dicha actividad, si se considera que puede tener éxito y servir para el pago de las deudas, bien se optará por la liquidación, si se entiende esta posibilidad como inviable–.

En lo concerniente a los contratos perfeccionados por el concursado, se producirán efectos respecto a la vigencia de los mismos, cuando contengan obligaciones recíprocas –si bien, la regla general implica que estas obligaciones deberán continuar cumpliéndose, estableciendo la norma especificidades si una de las partes ya las ha cumplido, y la otra no–, tiene incidencia sobre otros contratos y, también, respecto a los contratos laborales de la persona jurídica.

Refiriéndonos a los acreedores, se producen efectos respecto a los procedimientos individuales –dejarán de continuar en su tramitación–, sobre las ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales –que, como regla general, se paralizarán también–, y efectos sobre los créditos en particular.

Como siguiente consideración importante en la materia, encontramos la necesaria distinción de las masas activa y pasiva, que resultarán fundamentales para la configuración del concurso y que los acreedores conozcan qué porcentaje de lo que se les adeuda podrá directamente pagar el concursado – en caso de producirse la liquidación–, y cuál no.

La composición de la masa activa del concurso se inspira por el denominado principio de universalidad. Esto implica que conforman la masa activa del concurso los bienes y los derechos que se encuentran integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de declaración de concurso, así como los que se reintegren al propio patrimonio, o adquiera el deudor hasta la conclusión del procedimiento.

Pero, no todos los bienes del deudor integran obligatoriamente la masa activa. Se exceptúan algunos bienes y derechos que, a pesar de tener carácter patrimonial, se entienden como legalmente inembargables.

Se expresan en este sentido los artículos 605 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando como inembargables, entre otros bienes, los inalienables, el mobiliario el menaje de la casa, las ropas de deudor y las de su familia, los distintos libros e instrumentos que resulten necesarios para el ejercicio de la profesión de su arte u oficio, entre otros.

Por su parte, aquellos que sean titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso. Para la realización de esto, deberán proceder al ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que se encuentren recogidas en su legislación específica.

De producirse la ejecución, existirá un remanente a favor del concursado, que por tanto deberá integrarse en la masa activa, para que responda de las deudas existentes.

De otro lado, la masa pasiva se constituye como el supuesto contrario a la masa activa. Así, constituirán la masa pasiva del concursado todos los créditos existentes contra el concursado deudor común, que en función de la normativa concursal no tengan la consideración de créditos contra la masa.

En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales, o cualquier otro tipo de comunidad de bienes, no quedarán integrados en la masa pasiva aquellos créditos contra el cónyuge del concursado –pues no serán deudas achacables a este–, incluso aunque sean, además, créditos constituidos a cargo de la sociedad o la comunidad conyugal. En definitiva, constituyen la masa pasiva del concurso todo el conjunto de obligaciones a cargo del deudor concursado.

Una vez iniciado el procedimiento concursal, como ya sabemos, existen dos posibilidades diferentes. La primera es la obtención de algún tipo de convenio, en la negociación llevada a cabo entre deudor y acreedores, suponiendo la continuidad de la actividad empresarial –si se trata de una persona

jurídica– y el establecimiento de un plan de pagos. La segunda opción es la liquidación.

El convenio es un acuerdo que modifica las circunstancias de los créditos de los acreedores del concursado. De cumplirse, constituye una forma de finalizar un concurso de acreedores. La propuesta del convenio debe formularse por escrito y firmado por el deudor o todos los acreedores que lo proponga.

La finalidad perseguida con el procedimiento concursal consiste en la consecución de un convenio entre los acreedores y el deudor, con el objetivo de lograr la satisfacción de los créditos reconocidos, en la medida en que resulte posible y en las mejores condiciones para todos los afectados. En su defecto, la otra opción consistirá en proceder, de manera ordenada, a la liquidación del patrimonio del deudor, con el mismo objetivo.

El posible contenido del convenio consistirá en la proposición de los siguientes puntos:

- Quita y/o espera –o ambos–.
- Propositiones con carácter alternativo para todos o para una o varias clases de acreedores. Entre estas opciones podrán incluirse las ofertas de conversión del crédito en acciones, las obligaciones convertibles o los créditos subordinados, entre otras.
- Propositiones de enajenación de bienes y derechos que no sean necesarios para la continuidad del ejercicio de la actividad del concursado.
- Plan de pagos.
- Plan de viabilidad económica.

Existen tres posibilidades distintas a este respecto, como serían la propuesta anticipada de convenio, la proposición ordinaria de convenio y la posibilidad de tramitación escrita.

Para la aprobación del convenio, no resultará suficiente la aceptación por parte de los acreedores, sino que también tendrá que ser aprobado por el Juez del concurso. Ello implicará que se hubieran logrado las mayorías

necesarias, y la inexistencia de oposición –por los acreedores, el deudor o la administración concursal– a la aprobación del convenio. O, de haberse formulado oposición, se fuera rechazada en la sentencia. Resulta necesario, también, que el concursado no solicite la liquidación, y que no proceda el rechazo del convenio de oficio.

La existencia de esta mayoría exigida se constatará mediante la proclamación del resultado, realizada por el secretario judicial, y que requiere un mecanismo distinto, según sea tramitación escrita o a través de junta de acreedores.

Como regla general, el convenio adquirirá eficacia plena desde la fecha de la sentencia de aprobación del mismo, resultando irrelevante que dicha sentencia aprobatoria sea notificada o no a las partes.

A partir de este momento desplegará el convenio todos sus efectos, tanto materiales como procesales, respecto a aquellos sujetos a los que vincule, excepto que la sentencia se encuentre recurrida en apelación, y el Juez del concurso, en atención al contenido del convenio, acuerde de oficio a instancia de parte la suspensión total o parcial de la eficacia de la sentencia. Esto supondrá, si se produce una suspensión parcial, la ejecución provisional del convenio.

Existe una excepción a esta regla general de eficacia en relación al cómputo del plazo de las esperas, pues la eficacia para el cómputo del *dies a quo* de las esperas pactadas en el convenio se computa desde la fecha de la firmeza de la sentencia de aprobación del convenio.

La aprobación judicial del convenio no determina la conclusión del procedimiento concursal, lo que si acontecía con la quiebra. Solo el cumplimiento del convenio llevará aparejada la conclusión del procedimiento concursal.

En cambio, si en lugar de la opción del convenio –bien porque se ha rechazado de pleno esta opción por el deudor, bien porque no se hubiera alcanzado acuerdo alguno entre deudor y acreedores– se opta por la liquidación, nos encontraremos ante una situación radicalmente distinta.

La apertura de la liquidación produce un efecto general sobre las facultades de administración y disposición del concursado respecto a su patrimonio, estableciéndose que el régimen aplicable será, en todo caso, el de suspensión de facultades. Estas facultades serán asumidas por la administración concursal, siempre y cuando no se hubiera previamente acordado este régimen.

De esta manera, el deudor, independientemente de tratarse de persona natural o jurídica, se encontrará desposeído de su patrimonio, lo que resulta coherente y compatible con la finalidad de fase de concurso en la cual nos encontramos en estos momentos, cuya finalidad radica en la liquidación de los bienes del deudor, con el objetivo de convertirlos en dinero para la realización del pago a los acreedores. La normativa encomienda esta actividad, como ya sabemos, a la administración concursal.

Por todo ello, si como consecuencia de la aprobación de un convenio que posteriormente deviene incumplido por el deudor, se hubiera cesado en su cargo a la administración concursal, se procederá en el mismo Auto a la reposición en el cargo de los anteriormente cesados –o del cesado, según la composición de esta administración concursal–. Si esta reposición en el cargo no resultase posible, por cualquier motivo, se procederá al nombramiento de otro u otros para el cargo.

Independientemente de alcanzarse un acuerdo de convenio u optarse por la liquidación, también deberá delimitarse cuál es la calificación del concurso, lo que implicará un mayor grado o menor grado de responsabilidad del deudor.

Esta calificación del concurso puede ser fortuita o culpable –según indica el artículo 441 del texto refundido de la Ley Concursal–, en función de si se entiende que ha existido o no responsabilidad por parte del concursado en la producción del estado de insolvencia.

Dicha calificación se realiza por el juez civil, sin que suponga vinculación para el juez penal. De este modo, la calificación civil no excluye, pero tampoco impide, que exista trascendencia penal por la conducta del concursado.

En esencia, la calificación del concurso aborda o se encarga de dar respuesta a tres cuestiones fundamentales, como son:

- Cómo debe calificarse la insolvencia del concursado.
- Cuál es la vinculación para el juez penal de la calificación del concurso realizada por el juez civil.
- Cuáles son los efectos o consecuencias derivados de la calificación del concurso, tanto para el concursado, como para sus representantes –y, de manera indirecta, también para los acreedores–.

De modo sucinto, puede indicarse que, en nuestro sistema actual, la insolvencia –esto es, el concurso–, únicamente admite una calificación de dos posibles; fortuito o culpable.

La calificación del concurso realizada por el juez civil, como se ha indicado, no vinculará al juez penal –cuestión recogida en el artículo 462 del texto refundido de la Ley Concursal–. Precisamente, en base a ello, puede producirse una distinta calificación en un ámbito y otro.

La regulación de los efectos de la calificación de concurso como culpable, para el concursado y sus representantes, se encuentra recogida en el artículo 455 del texto refundido de la Ley Concursal. Por su parte, debe indicarse que la calificación del concurso conforma la sección sexta del expediente concursal, encontrándose regulada en los artículos 441 a 464 del texto refundido de la Ley Concursal.

Debe también aludirse a los aspectos procesales generales del procedimiento concursal. En este sentido, la normativa concursal articula el procedimiento concursal sobre un principio básico, denominado *la unidad*. Esta unidad, que abarca todo el proceso, tiene tres vertientes diferentes, como son la unidad legal, la unidad de disciplina y la unidad de sistema.

En primer lugar, la llamada unidad legal implica la concentración, en un marco legal único, de absolutamente todos los preceptos relativos a la insolvencia –no lo olvidemos, inminente o actual–. Esto supone, además, que todas las normas materiales y las procesales correspondientes a la materia deban encontrarse integradas en un único cuerpo legal.

Por su parte, la unidad de disciplina –también denominada de procedimiento, de manera indistinta–, ha implicado el final de una doble vertiente normativa que existía anteriormente, en función de quién fuera o no comerciante –presupuesto de carácter subjetivo–, así como también el final de la distinción del procedimiento a seguir en función del grado de insolvencia en el cual se encontraba el deudor –presupuesto objetivo– pues, en la actualidad, el procedimiento aplicable será siempre el mismo.

Finalmente, la unidad de sistema supone que queda atribuida al juez del concurso la competencia para conocer de todas las materias que se encuentren relacionada con el procedimiento concursal, evitándose así procedimientos paralelos, que únicamente servirían para dificultar y ralentizar el avance del concurso y la satisfacción de los créditos de los acreedores.

Como última cuestión, se han analizado en esta obra los regímenes especiales existentes, en relación con las normas de Derecho internacional en la materia.

Respecto a los mismos, la normativa concursal se refiere a los distintos aspectos internacionales del concurso en diversos artículos de su texto. Si bien antes de la normativa se referían a ello, en la parte general, los artículos 10 y 11, en la actualidad son varios más los encargados de su regulación. Así, encontramos, en la materia que nos ocupa, los artículos 45, 47 a 50 y 56.

Además, si bien anteriormente era el Título IX el encargado de esta cuestión –concretamente, los artículos 199 a 230 de la norma–, en la actualidad se estos supuestos se encuentran recogidos en el Libro tercero, titulado de “De las normas de derecho internacional privado”. Queda dividido en cuatro títulos distintos, denominándose el primero “Disposiciones generales”; el segundo “De la ley aplicable”; el tercero “Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia” y, el cuarto, “De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia”. En la práctica, esto se traduce en que se encuentran regulados entre el artículo 721 al 752.

Por lo tanto, la regulación contenida en la normativa concursal puede, como consecuencia, dividirse en cinco bloques de materias distintos, como son los siguientes:

- Competencia internacional de los tribunales españoles.
- Normas específicas de carácter procesal.
- Normativa aplicable.
- Reconocimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros de insolvencia.
- Coordinación entre procedimientos de insolvencia abiertos en España y procedimientos abiertos en el extranjero.

Una vez alcanzado este punto, debe indicarse que, si bien de manera sucinta, por el objetivo perseguido por esta obra, se ha alcanzado el objetivo planteado de inicio; la revisión, de manera general, de las principales cuestiones relacionadas con el Derecho concursal y su problemática en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Martínez I. y Morral Soldevilla, R. (2014). *Teoría y práctica del Derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Tecnos.
- Caballero Lozano, J. M. (2009). “Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos”, en Pasquau Liaño, M. (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo III. Arts. 1315 a 1976*, Comares, 2ª ed.
- Candelario Macías, M. I. (2012). *Lecciones de Derecho concursal*, Tecnos.
- Cerdá Alberó, F. (2005). “La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso”, en Jiménez Sánchez, G. J., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I, Marcial Pons.
- Duque Domínguez J. F. (2005). “Sobre el concepto básico de insolvencia”, en Jiménez Sánchez, G. J. *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. tomo I, Marcial Pons.
- Fernández Seijo, J. M. (2021). FERNÁNDEZ SEIJO, J. M, *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad*. La Ley.
- García Escobar, G. A. (2014). “El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. n. 5, artículo tercero.
- Gómez Pomar, F. (2015). “La segunda oportunidad del deudor persona individual en Derecho español y el Real Decreto–Ley 1/2015”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 40.
- González Cano, M. I. (2006). *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant lo Blanch.
- González Navarro, B. (2015). “La Ley Concursal en constante evolución: últimas reformas”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*. n. 75.
- Gurrea Martínez, A. (2014). “La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores”, en Quijano, J./Campuzano, B./Rojo, Á. (Dirs.), *La liquidación de la masa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia: “In memoriam Emilio Beltrán”*. Cizur Menor, Aranzadi.
- Llebot Majó, J. O. (2005). *Derecho concursal*, UOC.
- Lopera Rodríguez, M. (2015). *Manual Concursal. Marco legal vigente tras las reformas de 2014 y 2015. Una visión práctica sobre la refinanciación, el convenio y la liquidación*., Marimón Abogados.
- Muñoz Paredes, M. L. y Flores Segura, M. (2020). *Lecciones de Derecho concursal conforme al nuevo Texto refundido de la Ley Concursal*. Civitas.

- Núñez Lagos, A. (2003). “El convenio del concurso: contenido y procedimiento”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n. 6.
- Pérez Pérez E. (2021). *Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas*, Ed. Boletín Oficial del Estado.
- Rojo Fernández, A. J. y Beltrán Sánchez E. M. (2006). “Los efectos del concurso de acreedores”, en Menéndez Menéndez, A. (Coord.), Civitas.
- Rojo Fernández-Río, A. y Campuzano Laguillo A. B. (2021). *Legislación concursal*. Cizur Menor, Aranzadi.
- Senent Martínez, S. (2017). “El convenio, liquidación y conclusión del concurso”. *Guías Concursales. Consejo General de Economistas. REFOR, Expertos en Economía Forense*, n. 4.
- Trigo Sierra, E. y Cambroneró Ginés, A. (2003). “Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. n. 6.
- Veiga Copo, A. B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas.
- Vercher Moll, J. (2021). *La posición jurídica del liquidador de la sociedad de capital*, Marcial Pons.