

Cuadernos de
Derecho y
Comercio

DERECHO CONCURSAL: CUESTIONES ACTUALES

Extraordinario
2016



Cuadernos de Derecho y Comercio

Extraordinario 2016

«Subtítulo»

Consejo General del Notariado

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad, ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado
General Martínez Campos, 46 - 28010 Madrid
Correo de contacto: cdc@notariado.org

Distribución: Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 15757-4812
Depósito Legal: M-1339-1987

Preimpresión:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L
Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

Imprime:
JACARYAN, S. A.
Avda. Pedro Díez, 3 - 28019 Madrid

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes Notario de Madrid
Carmen Alonso Ledesma Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Rafael Illescas Ortiz Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Alberto Alonso Ureba Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid	Josep Massaguer Fuentes Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Bar- celona
M. ^a Luisa Aparicio González Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	Xavier O'Callaghan Muñoz Catedrático de Derecho Civil. Magis- trado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
José M. ^a de la Cuesta Rute Catedrático emérito de Derecho Mer- cantil de la Universidad Complutense de Madrid	Santiago Ortiz Navacerrada Catedrático de Derecho Procesal
Alberto Díaz Moreno Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla	José Cándido Paz-Ares Rodríguez Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
José Miguel Embid Irujo Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia	Fernando Rodríguez Artigas Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Salvador Torres Ruiz Notario de Granada	Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Gaudencio Esteban Velasco Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Patricio Toscano Romero Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny	Rafael Morales Gordillo
Leticia Ballester Azpitarte	Blanca Palacios Guillén
María Teresa Barea Martínez	Juan Pérez Hereza
Ana Isabel Berrocal Lanzarot	Carlos Pérez Ramos
Luis L. Bustillo Tejada	Jorge Prades López
Antonio Domínguez Mena	Francisco Javier Ramírez González
Íñigo Fernández de Córdova Claros	Cristina Requena Torrecillas
María Teresa García Ludeña	Amanay Rivas Ruiz
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Rocío Rodríguez Martín
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Fernando Rodríguez Prieto
Miguel Llorente Gonzalvo	Luis Rojas Martínez del Mármol
Antonio Lopera Perales	Jorge Sáez-Santurtún Prieto
María López Mejía	Ernesto Tarragón Albella
Manuel Lora-Tamayo Villacieros	Manuel Gerardo Tarrío Berjano
Jesús Martínez-Cortés Gimeno	José Francisco Velasco Peché
Ignacio Martínez-Gil Vich	Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto
María del Rosario de Miguel Roses	Joaquín Zejalbo Martín
	María de Zulueta Segarra

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

PRESENTACIÓN , por <i>Cristina Marqués Mosquera</i>	11

FASE PRECONCURSAL

Capitalización y refinanciación de deuda: incentivos legales, por <i>Juana Pulgar Ezquerro</i>	17
¿Son rescindibles los acuerdos de refinanciación homologados?, por <i>Santiago Hurtado Iglesias y Francisco Javier Royo Coll</i>	41
El acuerdo extrajudicial de pagos, por <i>Amanay Rivas Ruiz</i>	61
Disolución y concurso de sociedades de capital: deberes, competencia y legitimación de los órganos sociales, por <i>Javier Megías López</i>	123

EL CONCURSO

El concursado y la administración concursal: capacidad y ámbito de actuación respectivo, con especial referencia a los actos de disposición, por <i>María Teresa Barea Martínez y Cristina Marqués Mosquera</i>	159
El patrimonio familiar en el concurso de acreedores: la vivienda habitual y otros bienes conyugales, por <i>Luis L. Bustillo Tejedor</i>	221
Los efectos del concurso sobre las garantías reales y personales, por <i>Encarna Cordero</i>	245
Los contratos bilaterales con obligaciones pendientes al declararse el concurso: caracterización, cumplimiento y opciones resolutorias (arts. 61 y 62 de la ley concursal), por <i>Maite Martínez Martínez</i>	273

SUMARIO

La delimitación de las acciones de reintegración de la masa activa tras las sucesivas reformas de la ley concursal, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	313
La clasificación de los créditos en el concurso de acreedores, por <i>Jesús Leonart Castro</i>	413
El convenio concursal, por <i>Ana Belén Campuzano</i>	449
La fase de liquidación en el concurso de acreedores, por <i>Guillermo Pérez-Olivares e Ignacio Pérez-Olivares</i>	525
La exoneración del pasivo insatisfecho, por <i>Matilde Cuenca Casas</i>	575

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL CONCURSO

Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los mediadores y de los administradores concursales, por <i>Alberto J. Tapia Hermida</i>	643
La responsabilidad concursal, por <i>Miguel Martínez Muñoz</i>	667

FISCALIDAD DEL CONCURSO

Concurso de acreedores. Cuestiones fiscales, por <i>Gonzalo de Frutos</i> ...	709

PRINCIPALES SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA CONCURSAL, por *Lucía Cagigas Courel y Cristina Fernández Cámara*

749

PRESENTACIÓN

A principio del 2016 decidimos abordar la tarea de dedicar el especial de este año al derecho concursal, por ser una rama del derecho mercantil que ha sido objeto de especial atención por la doctrina y el legislador en los últimos años, sólo hay que ver el número de reformas que ha sufrido desde su publicación la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La obra colectiva que presentamos no pretende ser un estudio completo del derecho concursal, sino un compendio de artículos doctrinales que, de forma analítica y crítica, tratan aquellas materias que por su importancia en la práctica, por su carácter novedoso, o por haber suscitado polémica en nuestra doctrina, revisten especial interés.

La primera parte aglutina toda una serie de artículos doctrinales divididos en tres secciones por materias: la fase preconcursal, el concurso de acreedores y las responsabilidades derivadas del concurso. En la primera se abordan tanto los mecanismos actualmente existentes de cara a evitar el concurso de acreedores, como la disolución societaria *vs* el concurso y un cuestión en boga: la capitalización y refinanciación de la deuda y sus incentivos legales. La segunda recoge los artículos que tratan tanto el análisis de la capacidad del concursado y ámbito de actuación de la administración concursal e incidencia en el concurso sobre el patrimonio familiar; los efectos del mismo en relación con la garantías prestadas por el concursado y contratos celebrados por él; la clasificación de los créditos y acciones dirigidas a la reintegración de la masa; las dos formas en que puede acabar el concurso: el convenio concursal y la liquidación; y los requisitos y presupuestos de la exoneración del pasivo insatisfecho. Y la última analiza tanto el seguro obligatorio de responsabilidad civil de administradores y mediadores concursales como la responsabilidad concursal.

Una segunda parte recoge de forma muy completa el impacto del concurso en la fiscalidad del deudor, tanto si es persona física como jurídica y, por tanto, en el IRPF y en el Impuesto de Sociedades; la incidencia del concurso en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, y la clasificación del crédito tributario en los procedimientos concursales y el procedimiento para su recaudación.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Finalmente, la tercera parte es un compendio de las sentencias y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado más recientes y de mayor interés.

Para poder presentarles este número especial hemos tenido la gran suerte de contar con reputados miembros del mundo académico, algunos de ellos auténticos expertos en la materia y que no necesitan presentación; abogados que cuentan con una dilatada experiencia en materia de concurso de acreedores, inclusive en su condición de administradores concursales, y con algunos de nuestros colaboradores permanentes o habituales. A todos ellos, nuestro más sincero agradecimiento por habernos ofrecido su conocimiento, dedicación y visión crítica. Sin ellos no podríamos tener hoy entre nosotros esta obra, que esperamos sea útil y clarificadora en el complejo mundo del derecho concursal.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Directora de «Cuadernos de Derecho y Comercio»

INTRODUCTION

In early 2016, we decided to devote this year's special issue to insolvency law, an area of business law that has received special attention from lawmakers and legal thinkers in recent years; suffice a glance at the number of reforms it has undergone since the enactment of the Insolvency Act (Law 22 dated July 9th, 2003).

The collective work presented here is not an attempt to provide a comprehensive study of insolvency law, but rather a compendium of articles setting out, in an analytical and critical manner, the legal thinking on those matters that, due to their importance in practice, their novel nature, or through having aroused controversy among jurists, are of particular interest.

The first section brings together a whole series of articles on legal doctrine sub-divided into three subject areas: the pre-insolvency phase, arrangements with creditors, and liabilities arising out of the insolvency. The first part deals with both the mechanisms currently in place with a view to avoiding the need for arrangements with creditors, and also the winding-up of a company as opposed to

its bankruptcy and a very topical issue: the capitalization and refinancing of the debt and its legal incentives. The second part contains articles dealing with an analysis of the insolvent party's capacity to act and the application of a Receivership and the special case of bankruptcy affecting family-owned property; the effects of such property with respect to the guarantees offered by the insolvent party and any contracts entered into by the latter; the ranking of credits and lawsuits aimed at reimbursement from the mass of the insolvency; the two ways in which agreements with creditors can conclude: a settlement or winding-up; and the requirements and specific scenarios in which the bankrupt can be exonerated from redeeming any unmet liabilities. And the last part analyses both compulsory insurance against third-party liability for receivers and mediators in insolvencies and also their legal responsibilities in the insolvency.

The second section gives a very comprehensive overview of the impact of the insolvency on the debtor's tax situation, whether it is a private individual or a body corporate and therefore with respect to Personal Income Tax (IRPF) or Corporation Tax; the impact of the insolvency on any Value Added Tax and on Stamp Duty; and the classification of tax credits in insolvency proceedings and how to collect them.

Lastly, the third section offers a compendium of the most recent and most interesting judgments and resolutions from the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public.

In order to be able to present this special issue, we have had the good fortune to call on renowned members of the world of academia, some of them such great experts in the subject matter as to require no introduction; practising lawyers with extensive experience in the practice of insolvency law, even in the capacity of court-appointed receivers; and also with some of our permanent or habitual contributors. To all of them, our most sincere gratitude or having offered us their knowledge, dedication and critical vision. Without them, it would not have been possible today to hold this work in our hands; we trust you will find it useful and that it will clarify the complex world of insolvency law.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Director of «Cuadernos de Derecho y Comercio»

FASE PRECONCURSAL

CAPITALIZACIÓN Y REFINANCIACIÓN DE DEUDA: INCENTIVOS LEGALES *

JUANA PULGAR EZQUERRA
Catedrático de Derecho Mercantil UCM

RESUMEN

En las últimas reformas de la Ley Concursal 22/2003 se han introducido, con el fin de propiciar la reestructuración de empresas en crisis, incentivos legales a la conversión de deuda en capital, en el marco de los acuerdos preconcursales de refinanciación. El objeto del presente trabajo es analizar estos incentivos, algunos de los cuales son comunes a las distintas modalidades de acuerdos y otros específicos y propios de los acuerdos homologados de refinanciación.

DEBT-TO EQUITY SWAP AND DEBT REFINANCING: LEGAL INCENTIVES

JUANA PULGAR EZQUERRA
Commercial Law Professor UCM

ABSTRACT

This paper analyzes the latest Spanish Insolvency Law reforms which introduced legal incentives to debt-to-equity-swap and take-overs in the framework of preinsolvency restructuring proceedings, in accordance with the European Commission Recommendation of 12th March 2014 on a new approach to business failure and insolvency.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación sobre «Reestructuración empresarial y Derecho de la Competencia» (DER 2015-68733-P) y concluido el 1 de octubre de 2016.

SUMARIO: I.—LOS INCENTIVOS A LA REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS EN EL MODELO ESPAÑOL. II.—INCENTIVOS COMUNES A ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y NO HOMOLOGADOS. 1.—La necesaria incentivación de la capitalización de deuda. 2.—El desplazamiento del Derecho Societario por el Derecho Preconcursal. 3.—Exclusión de la consideración de persona relacionada con el deudor del acreedor que capitaliza y administración de hecho. 4.—Capitalización de deuda y presunción de concurso culpable: la eventual responsabilidad de los socios. 5.—Incentivos fiscales. III.—CAPITALIZACIONES DE DEUDA Y ACUERDOS HOMOLOGADOS DE REFINANCIACIÓN. 1.—Disyuntiva quita/capitalización para los acreedores. 2.—Capitalización de deuda y exención de OPA. 3.—Capitalizaciones de deuda, concentraciones empresariales de recuperación o saneamiento económico y acuerdos homologados de refinanciación.

I. LOS INCENTIVOS A LA REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS EN EL MODELO ESPAÑOL

El Derecho Concursal Español, regulado en la Ley Concursal 22/2003, ha sido desde el año 2009 objeto de numerosas reformas parciales, que se intensificaron en el período comprendido entre los años 2014-2015, en gran medida «orientadas» a introducir en nuestro modelo un sistema preconcursal de tratamiento de las dificultades económicas inexistente en la originaria e inicial redacción de la Ley Concursal.

El sistema se ha «diseñado» sobre la base de la regulación de los acuerdos preconcursales de refinanciación (art. 71 bis y DA 4.^a LC), pensados para grandes empresas, aun cuando sin restricción legal expresa a esta categoría de deudores y acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 231 y ss LC), orientados y delimitados legalmente en relación a su ámbito subjetivo de aplicación a las pequeñas y medianas empresas y personas físicas (consumidores y empresarios individuales), habiéndose incorporado en este último ámbito mecanismos de exoneración de pasivo insatisfecho.

Con ello, nuestro Derecho se ha adaptado, en gran medida y en particular en este último período de reformas legislativas, a la «hoja de ruta» diseñada por la Comisión Europea en su Recomendación de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y al fracaso empresarial, que puede constituir el primer paso hacia la armonización europea del Derecho de Reestructuraciones, en la que se trabaja actualmente en la Comisión. En este ámbito, el nuevo paradigma de tratamiento de empresas en dificultades económicas se sitúa en la reestructuración temprana de empresas viables, pero con fuerte apalancamiento financiero, así como en los mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho de empresarios personas físicas¹.

¹ Vid. HORST EIDENMÜLLER/KRISTIN VAN ZWIETEN: «Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency», en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2662213, pág. 29.

En este contexto, uno de los objetivos perseguidos por las reformas introducidas en Derecho Español ha sido, siguiendo la referida Recomendación de la Comisión Europea, la introducción de eficaces incentivos legales que propicien el referido cambio de paradigma concursal, desde la tradicional función liquidativa encomendada a los institutos concursales a la reestructuración temprana de empresas viables con dificultades económicas.

La Comisión, en su Recomendación, «sugiere» algunos de estos incentivos, entre los que se sitúan la paralización de ejecuciones en tanto en cuanto se negocia un acuerdo de reestructuración, así como la extensión del acuerdo a acreedores disidentes o no participantes, en tanto en cuanto el acuerdo se homologue judicialmente².

En la regulación legal de estos incentivos, en Derecho Español —centrándonos en los acuerdos de refinanciación, sin abordar en esta ocasión los incentivos legales introducidos en orden a propiciar la conclusión de acuerdos extrajudiciales de pagos—, debemos partir de la distinción entre, de un lado, acuerdos concluidos con una categoría concreta de acreedores, los acreedores titulares de pasivos financieros, dotándose a estos acuerdos de homologación, representando esta última una nueva clase de tutela judicial próxima a la jurisdicción voluntaria (DA 4.^a LC). De otro lado, acuerdos de refinanciación sin homologación (art. 71 bis LC), concluidos con toda clase de acreedores y no sólo con acreedores financieros y que, a su vez, pueden ser acuerdos singulares también denominados de «puerto seguro» (art. 71.bis.2 LC) y acuerdos colectivos (art. 71.bis.1 LC).

Pues bien, en relación a ambas modalidades de acuerdos de refinanciación, se han introducido incentivos legales en orden a facilitar su conclusión, en ocasiones con un carácter común a ambas tipologías de acuerdos, y en otras en relación exclusivamente a los acuerdos homologados de refinanciación.

Dentro de los incentivos comunes, a la conclusión de ambas modalidades de acuerdos y siguiendo la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014, se contempla una paralización de ejecuciones y una prórroga del plazo de exigibilidad del deber del deudor de solicitar su concurso de acreedores, sobre la base de la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación ex art. 5 bis LC, en orden a facilitar la conclusión del acuerdo.

De otro lado, una vez alcanzado el acuerdo de refinanciación y, en tanto en cuanto estos acuerdos cumplan los requisitos legales de tipicidad ex DA 4.^a y art. 71.bis LC, se contempla una exención rescisoria, así como el reconocimiento

² Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, 2.^a edición, Madrid, 2016, págs. 108-120.

de un privilegio a la nueva financiación («fresh money»), ex art. 84.2.11 LC³. Asimismo, se dota al acuerdo judicialmente homologado, en una clara superación del principio de relatividad contractual (art. 1257 CC), de una capacidad de «arrastre», en tanto en cuanto se alcancen las mayorías legales exigidas frente a acreedores titulares de pasivo financiero disidentes o no participantes, con el fin de eludir o al menos minimizar el clásico problema de «holdout» presente en toda reestructuración y neutralizar a los denominados «free riders».

No obstante, aun siendo importantes estos incentivos, hay que resaltar que en el modelo español se ha incentivado en un modo particular, en el marco de la reestructuración de empresas en crisis, el contenido de los acuerdos de refinanciación relativo a la capitalización de deuda («debt equity swap»), esto es, la conversión de deuda en capital, acciones o participaciones de la sociedad deudora, de la totalidad o parte de los créditos que los acreedores en general y en particular los financieros ostenten frente al deudor, como vía para propiciar la reestructuración de empresas viables, pero con dificultades financieras (apalancamiento financiero).

En este sentido, la referida conversión de deuda en capital fue incentivada en relación a los acuerdos de refinanciación en el marco del RD-L 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, así como a través de la Ley 38/2011. Con posterioridad, con ocasión de la Ley 17/2014 y Ley 25/2015, se extendió la normativa incentivadora de capitalizaciones en acuerdos de refinanciación también a los acuerdos extrajudiciales de pagos.

Y es que, incentivando la capitalización de deuda, esto es, la conversión de deuda en capital, se propicia la financiación de empresas con dificultades, pues aun cuando es cierto que, en virtud de esta capitalización, la sociedad no incrementa su activo a través de la entrada de nuevos recursos al patrimonio social, no es tampoco menos cierto que, en virtud de dicha operación, se produce un incremento del patrimonio neto. En efecto, la conversión de deuda en capital conlleva una disminución del pasivo exigible, en particular si son créditos exigibles a largo plazo, lo que permite la disponibilidad de recursos que de otro modo la sociedad habría tenido que destinar al cumplimiento de sus obligaciones, y de ahí la ya tradicional utilidad de la capitalización de deuda como mecanismo de saneamiento

³ El reconocimiento del privilegio de «fresh money» en Derecho Español se regula sobre la base de un período transitorio hasta el 2 de octubre de 2016, durante el que los nuevos ingresos de tesorería para financiar el plan de viabilidad serán prededucibles en un 100%, con inclusión de aportaciones en concepto de préstamo de los socios y, a partir de esa fecha, en que serán prededucibles en un 50% y tendrán privilegio general en el 50% restante, con exclusión de aportaciones en concepto de préstamo de los socios. Me he ocupado ampliamente de la regulación del privilegio a la nueva financiación, en PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y reestructuración empresarial», 2.ª edición, Madrid, 2016, págs. 643-690.

empresarial⁴. Por ello, la Comisión Europea, en el marco de la Recomendación de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque de la insolvencia y el fracaso empresarial, considera conveniente que los estados miembros acometan reformas que propicien la conversión de deuda en capital como una vía de financiación que hay que incentivar respecto de empresas viables con fuerte apalancamiento financiero.

A esta fundamentación económica se suma, además, en el modelo español la circunstancia de que, si bien inicialmente los acuerdos de refinanciación «giraron», respecto de acreedores titulares de pasivos financieros, en torno a las daciones en pago, en particular en el sector inmobiliario, sin embargo, ello motivó un exceso de activos en poder de los acreedores financieros, planteándose la operatividad alternativa de la capitalización de deuda a dichas daciones en pago⁵.

Son diversas las cuestiones que pueden suscitarse en torno a la capitalización de deuda en el marco de un proceso reestructurador a través de un acuerdo de refinanciación, en particular en un ámbito societario, dado que la operación conlleva en todo caso un aumento de capital por compensación de créditos. Así, se plantean desde los efectos de la no adopción por los socios reunidos en Junta de dicho acuerdo, no obstante constituir la capitalización de deuda contenido del acuerdo de refinanciación, hasta el modo en que operarían los requisitos exigidos a dicho acuerdo cuando se tome en el marco de un acuerdo de refinanciación, algunos de los cuales han sido ampliamente tratados por la doctrina.

⁴ MAMBRILLA, V.: «El aumento de capital por compensación de créditos», en *Derecho de Sociedades Anónimas* (III-1.º: Modificación de estatutos, aumento y reducción del capital. Obligaciones), Madrid, 1991, pág. 413; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: «Aumento de capital por compensación de créditos», en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. ALONSO LEDESMA, Madrid, pág. 260; PULGAR EZQUERRA, J.: «El acuerdo de la Junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», *RdS* núm. 34, 2010, págs. 38-39; SÁENZ: en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VII, vol. 2.º (El aumento de capital), Cizur Menor, 2006, pág. 227 y «Aumento por compensación de créditos (art. 301)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, pág. 2.233; DÍAZ MORENO, A.: «El aumento de capital por compensación de créditos», en AAVV, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, tomo II, Dir. ROJO/CAMPUZANO, Valencia 2015, págs. 1.445-1.474; y HERNÁNDEZ SÁINZ, E.: «La capitalización de créditos como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación», en AAVV, *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Dir.) Bosch, 2013.

⁵ Así ha acontecido en el marco de importantes refinanciaciones alcanzadas respecto de sociedades cotizadas (SOS, Reyál Urbis) y no cotizadas (Cortefiel). Destaca particularmente en este ámbito la capitalización de deuda que se alcanzó en la refinanciación en Reino Unido de Metrovacesa, en la que las entidades intercambiaron deuda por acciones por un importe de 1.358,48 millones de euros como parte de una ampliación de capital de 1.377,76 millones de euros, de los que 19,28 millones se cubrieron en el período de suscripción preferente. Más tarde, *vid.* la segunda reestructuración vía refinanciación de deuda que el 5 de enero de 2012 cerró Panrico en la que se refinanciaron 380 millones de euros con una importante y destacada capitalización de deuda.

No obstante, el objeto de este trabajo es analizar los incentivos legales a la capitalización de deuda en el marco de un proceso de reestructuración, a través de un acuerdo de refinanciación, que en sede concursal se han introducido en las últimas reformas concursales pudiendo en ocasiones dichos incentivos conllevar «ventajas competitivas» que coloquen en mejor posición a quienes acuden a la capitalización de deuda, en el marco de una reestructuración preconcursal, a través de un acuerdo de refinanciación al que en nuestro modelo se puede acudir no sólo con meras dificultades financieras que podrían estar próximas a nuestra insolvencia inminente, como recomienda la Comisión, sino también con insolvencia actual, que quienes lo hacen con anterioridad a la manifestación ni siquiera de dichas dificultades económicas.

Ello conlleva el riesgo reconocido por la propia Comisión Europea, en su Recomendación, de eventuales «desviaciones» en el uso de los mecanismos incentivadores de las reestructuraciones preconcursales de deuda, de los que nos hemos ocupado en otro lugar⁶.

II. INCENTIVOS COMUNES A ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y NO HOMOLOGADOS

1. La necesaria incentivación de la capitalización de deuda

La capitalización de deuda, que en nuestro Derecho precisa en todo caso del consentimiento del acreedor, ha de ser incentivada desde el punto de vista de éste, pues conlleva mutar una opción de presente (acreedor) por una opción de futuro (socio), que puede o no ser beneficiosa.

Pero eso no es todo, porque la conversión de deuda en capital ha de ser incentivada también desde el punto de vista de los socios, dado que, como se ha adelantado, han de adoptar el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos que conlleva la operación, pudiendo dicha capitalización, según las condiciones en que se acuerde y en particular en relación al tipo de «canje» acordado, «diluir» la participación de los socios en el capital social, lo que puede operar como desincentivo en orden a la adopción por los socios del referido aumento de capital por compensación de créditos⁷.

⁶ Me he ocupado de esas eventuales desviaciones en «Reestructuraciones empresariales y Derecho Europeo de la Competencia», en *Revista Española de Derecho Europeo* (REDE Aranzadi), 2016.

⁷ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-Ley 4/2014», *La Ley Mercantil*, n.º 1, 2014, págs. 59 y ss.

En todo caso, hay que resaltar que en el modelo español, en el ámbito de los acuerdos de refinanciación, se incentivan capitalizaciones de deuda de carácter temporal, con reversión a los socios y de ahí la previsión legal respecto de éstos de un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores a favor de los antiguos socios en caso de enajenación ulterior de los mismos. Ello permite sostener que, cuando los destinatarios de la capitalización son titulares de pasivos financieros, no se trata de una vuelta a la banca industrial de los años 60 del pasado siglo.

En efecto, la posibilidad de que los referidos titulares de pasivo financiero opten por la referida conversión/capitalización no es tan sencilla, dado que el tema conecta con la regulación de provisiones bancarias, pero también de recursos propios.

Así, en materia de provisiones, la circular del Banco de España 4/2014, y en conexión con aquella la comunicación de 18 de marzo de 2014 de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, regulan el tratamiento contable de los importes debidos tras un acuerdo de refinanciación, ex art. 71 bis LC o DA 4.^a LC, contemplándose la clasificación de la operación como riesgo normal, con el consiguiente efecto sobre las provisiones. No obstante, ello no acontece en todo caso, sino sólo si provocan un efecto que mejore sustancialmente las posibilidades de cobro de la deuda, debiendo ser de otro modo los importes debidos clasificados como riesgo distinto del normal, con el consiguiente efecto sobre las provisiones.

De otro lado, una capitalización de deuda conlleva también efectos en capital, consumiendo recursos propios de la entidad que capitaliza, lo que conecta con Basilea III, esto es, con el marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios adoptado por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, de diciembre de 2010. Ello determinará que, en la medida en que una quita aplicada como alternativa a la capitalización resulte menor que el nivel de provisiones sobre la deuda canjeada y ello le permita liberar dotaciones, los titulares de pasivo financiero preferirán optar por una quita y no por capitalizar, dependiendo, por tanto, en última instancia, el éxito de esta incentivación de la capitalización de la trasposición al Derecho Español del denominado «paquete CRD-IV», integrado por la Directiva 2013/36 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013

Pues bien, algunos de los incentivos a la capitalización preconcursal de deuda son comunes a las distintas tipologías de acuerdos de refinanciación con o sin homologación, pero otros incentivos «más potentes» se introducen con un ámbito de aplicación exclusivamente limitado a los acuerdos homologados de refinanciación.

2. El desplazamiento del Derecho Societario por el Derecho Preconcursal

Dentro de los incentivos a la capitalización comunes a las distintas modalidades de acuerdos de refinanciación, se produce un desplazamiento del Derecho Societario desde la regulación preconcursal de los acuerdos de refinanciación⁸, con el fin de facilitar la adopción por los socios reunidos en Junta del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos que conlleva toda conversión de deuda en capital⁹.

De un lado, se sustituye el régimen establecido para la aprobación por la Junta de los acuerdos de modificación de estatutos, por el procedimiento más sencillo previsto para la aprobación de acuerdos ordinarios (rebaja de mayorías exigidas)¹⁰.

De otro lado, en relación con los créditos que son objeto de compensación, éstos se considerarán líquidos, vencidos y exigibles, respecto de lo dispuesto en el art. 301 LSC, que exige que al menos el 25% de los créditos sean vencidos, líquidos y exigibles. No obstante, parece que ello deba entenderse a los solos efectos de anticipar en el marco de acuerdos de refinanciación los requisitos a los que el Derecho de Sociedades condiciona la posibilidad de compensar créditos por acciones o participaciones de nueva emisión. Ello significa que no se produciría un vencimiento anticipado de los créditos a todos los efectos, lo que sólo acontecería en supuestos en que, declarado el concurso, se abriese la fase de liquidación (art. 146 LC).

No obstante, el principal problema interpretativo que se plantea en torno al desplazamiento de las normas generales societarias, por las analizadas especialidades preconcursales en materia de aumento de capital por compensación de créditos, es determinar cuál sería su ámbito de aplicación material.

⁸ Vid. SCHMIDT, K.: «¿Desbanca el Derecho Concursal al Derecho de Sociedades? Disputas societarias, «debt-to-equity swap y take over», *RcP* 22/2015, traducción de BORJA ALCÁZAR PÉREZ, págs. 303-314.

⁹ Vid. DÍAZ MORENO, A.: «Sobre el aumento de capital por compensación de créditos», en AAVV, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Liber Amicorum, tomo II, op. cit., págs. 1.445 y ss. Me he ocupado del aumento de capital por compensación de créditos desde una perspectiva societaria, en PULGAR EZQUERRA, J.: «El acuerdo de la Junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», *RdS* 34/2010, págs. 38 y ss. Vid. bibliografía especializada citada en este trabajo.

¹⁰ Vid., cuestionando que la derogación en estos casos de la mayoría reforzada resulte compatible con el Derecho Europeo (Directiva para los acuerdos de aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente), entendiendo que la norma que el Real Decreto-Ley debería haber declarado inaplicable, debería haber sido más bien el quórum de constitución de la Junta RECALDE CASTELLS, A.: «Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deuda en capital», *ADCo*, 33/2014, pág. 45.

En este marco se suscita si la ubicación material de las analizadas especialidades en la DA 4.^a3.3.ºii) LC conllevaría su aplicación sólo en el ámbito de los acuerdos colectivos con homologación o si serían también aplicables por analogía cuando la conversión de deuda en capital se produzca, en el ámbito de los acuerdos colectivos sin homologación judicial (art. 71 bis.1 LC) o acuerdos singulares de refinanciación (art. 71 bis.2 LC).

Entendemos que la ubicación de estas especialidades, en el ámbito de la DA 4.^a LC, podría deberse más a una falta de coordinación de las sucesivas reformas introducidas en esta materia entre las distintas tipologías de acuerdos de refinanciación, que a una opción del redactor de la norma. Sobre la base de esta interpretación, las referidas especialidades resultarían aplicables no sólo en el ámbito de acuerdos homologados de refinanciación, sino también en el marco de acuerdos colectivos sin homologación y acuerdos singulares ex art. 71 bis.2 LC. Ello resultaría justificado, dado que el fundamento de política jurídica que subyace a la introducción de estas especialidades, que no sería sino propiciar las conversiones preconcursales de deuda en capital, sería sostenible respecto de cualquiera de la tipología de acuerdos típicos preconcursales de refinanciación regulados en el modelo español¹¹.

3. Exclusión de la consideración de persona relacionada con el deudor del acreedor que capitaliza y administración de hecho

En el art. 93.2.2.º LC, en conexión con el art. 92.5.º LC, que recoge la subordinación de los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, se establece:

«Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con plan de viabilidad, salvo que se probase la existencia de circunstancia que pudiera justificar esta condición.»

¹¹ He sostenido esta postura con anterioridad en PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad y reestructuración de empresas*, 2.^a edición, Madrid, 2016, págs. 322-344.

Respecto de concursos ya declarados, esta previsión, con arreglo al régimen transitorio introducido, sólo operaría en tanto en cuanto no hubieran sido aprobados los textos definitivos, de donde deriva que, habiendo concurrido dicha aprobación, no operaría la exclusión de la subordinación con la que se persigue incentivar la capitalización de deuda.

Se excluye así, con este incentivo legal, uno de los elementos que podrían disuadir de capitalizar, situado en la subordinación concursal crediticia, respecto de los acreedores titulares de pasivos financieros que hayan capitalizado sus créditos como consecuencia de un acuerdo de refinanciación —y sólo a estos acreedores— respecto de los créditos que concedan en el marco de este acuerdo y sólo respecto de estos créditos.

Con ello se persigue incentivar las capitalizaciones de deuda, no tanto en virtud de una opción de técnica legislativa consistente en excluir concretas causas de subordinación (por ejemplo, relativas a participaciones significativas adquiridas en función de la capitalización) cuanto, acertadamente, por la vía más amplia de excluir, respecto de esos acreedores, la consideración misma de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

Ello permite sostener que los acreedores que capitalicen en el marco de un acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis o DA 4.^a LC, no podrán resultar subordinados en un eventual concurso de acreedores, con las limitaciones antes indicadas, por ninguna de las causas recogidas en los arts. 93.2.2.^o LC¹². Ello sin perjuicio de que los créditos de los que fueran titulares los acreedores que posteriormente hayan capitalizado en virtud del acuerdo, así como los nacidos con posterioridad y al margen del acuerdo de refinanciación, se califiquen conforme a las reglas ordinarias del art. 93.2.2.^o LC.

Asimismo, se ha excluido la eventual consideración como administradores de hecho de los acreedores, en el marco de un acuerdo típico de refinanciación, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.

Con ello se evita un riesgo importante en la práctica, dado que los acuerdos de refinanciación suelen conllevar la revisión del plan de negocio y un amplio plan de reestructuración que permita asegurar la viabilidad de la actividad ordinaria de los deudores en el que se contemplan diversas medidas orientadas a que el deudor pueda seguir desarrollando su actividad, entre las que se situarían medi-

¹² La exclusión de la subordinación por la vía de la capitalización ya parecía derivarse de la nueva redacción que al art. 93.2.1.^a LC se dio en virtud de la Ley de Reforma 38/2011, al no detentarse en función de la capitalización dicha posición próxima al deudor en el momento de nacimiento del crédito, sino en un momento posterior en el contexto de la refinanciación de la deuda. No obstante, ello se hizo explícito en virtud de la reforma introducida en este marco por el RD-L 4/2014, posteriormente convertido en Ley 17/2014.

das de reducción de la deuda mediante disposición de activos y refinanciación de toda o parte de la deuda, lo que suele acompañarse de mecanismos de aportación de liquidez adicional para cubrir eventuales desfases de caja. Se insertan así en los contratos de préstamo cláusulas contractuales mediante las cuales se imponen a la sociedad obligaciones de hacer o de no hacer («affirmative o negative covenants») con el objetivo fundamental de limitar su libertad de endeudamiento y reducir su capacidad de efectuar distribuciones a los accionistas¹³.

También es frecuente en este marco, como se ha analizado, que los acreedores profesionales acuerden constituirse en un comité de seguimiento («Steering Committee») cuyo objetivo fundamental sería discutir, definir y, en su caso, ejecutar una línea de actuación común de los acreedores que facilite los ajustes precisos para que el deudor pueda seguir desarrollando su actividad ordinaria.

Pues bien, en el marco de los referidos «covenants» y los «Steering Committees», en conexión con capitalizaciones de deuda, se pueden acordar, en orden a hacer efectivo el plan de reestructuración y refinanciación del deudor, entre otras, medidas como compra por los acreedores o por terceros de activos de los deudores, concesión de líneas de crédito «revolving» adicionales, análisis de la situación de los derivados y otros compromisos fuera del balance del grupo, revisión de las principales fuentes de financiación del deudor y, en particular, en su caso de los créditos sindicados con el fin de evitar su vencimiento anticipado o su resolución, acordándose la refinanciación tras la aprobación del plan de reestructuración por los miembros del comité de seguimiento, previa culminación del proceso de «due diligence» de los deudores.

Es en este ámbito en el que se suscita, dada la eventual posición de dependencia en que podría entenderse se encontraría el deudor frente a las entidades que han de acordar el plan de reestructuración y de refinanciación, si la actuación de dichos acreedores profesionales podría constituir un supuesto de administración de hecho. Ello, si bien es cierto que ha encontrado en nuestro Derecho, hasta el momento, su campo de aplicación por los jueces y tribunales mercantiles en el marco de un procedimiento concursal, más en el ámbito de los grupos de sociedades por la vía de considerar a la matriz administradora de hecho de la filial, así como en el marco de relaciones contractuales de distribución, concesión o franquicia, que en referencia a la actuación de los acreedores profesionales en el marco de las refinanciaciones, no deja de ser una eventualidad que puede actualizarse. Ello particularmente como mecanismo de depuración de responsabilidad de la banca en situaciones de crisis económicas, dada la ausencia ya mencionada

¹³ Vid. sobre la introducción de *covenants* en contratos de préstamo, ALONSO LEDESMA, C.: «Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores», en *Libro Homenaje a Rafael García Villaverde*, Madrid, 2007, tomo I, págs. 127-157.

de tipificación hasta el momento en nuestro derecho de lo que en otros ordenamientos se tipifica como «concesión abusiva de crédito» («soutien abusif») y el hecho de que frente a lo que acontece en modelos como el italiano (DL 31 de mayo de 2010) o francés, el carácter típico de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación colectivo o singular por adecuación a lo dispuesto en el art. 71 bis y DA 4.^a LC, no conlleva la exclusión de eventuales imputaciones por agravamiento de la insolvencia en sede de calificación concursal o la eventual consideración de un supuesto de concesión abusiva de crédito.

La cuestión es relevante, pues en el marco del concurso de acreedores el administrador de hecho se inserta en el doble ámbito —introducido como novedad por la Ley Concursal 22/2003— de «personas relacionadas con el deudor» (arts. 92.5.º y 93.2.2.º LC) y «personas afectadas por la sentencia de calificación» (art. 172.2.1.º LC), constituyendo esta vía un importante mecanismo de completamiento de la masa activa del concurso. En efecto, conforme dispone el art. 93.2.2.º LC, se considera persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica «*los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso*», subordinándose en la clasificación concursal los créditos de que fueran titulares dichas personas relacionadas con el deudor en general y, en particular, de los que fueran titulares dichos administradores o liquidadores.

Dicha subordinación conlleva importantes y restrictivos efectos, como la postergación en el cobro en una eventual liquidación, ausencia de derecho de voto del convenio y, no obstante, sometimiento a éste en las condiciones de los acreedores ordinarios, no computándose los plazos de espera hasta que éstos no hayan resultado satisfechos (art. 134.1 LC) y extinción de las garantías reales de que fuera titular (art. 97.2 LC), así como la presunción «*iuris tantum*» de perjuicio patrimonial a efectos de rescisión concursal respecto de «*actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*» (art. 71.3.1.º LC).

Todo ello, en definitiva, lo que trasluce es una desconfianza frente al «insider» o sujeto considerado privilegiado conocedor de la situación financiera y patrimonial de la persona jurídica.

Asimismo, el administrador de hecho constituiría una de las «*personas que podrían resultar afectadas por la sentencia de calificación del concurso*», estableciendo el art. 172.2.1.º LC que «*si alguna de las personas afectadas lo fuere como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición*». En este marco, al administrador de hecho se podría extender la responsabilidad concursal por déficit patrimonial configurada en el art. 172 bis LC, conforme al cual en

supuestos de apertura de la sección de calificación del concurso en conexión con la liquidación, el juez podrá condenar en la sentencia de calificación *«a todos o a algunos de los administradores, liquidadores de derecho o de hecho o apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declaradas personas afectadas por la calificación a la cobertura total o parcial del déficit»*.

Precisamente en garantía del aseguramiento de este régimen de responsabilidad ex art. 172 bis LC, el legislador en el art. 48 ter LC, en su redacción en virtud de la Ley de Reforma 38/2011, admite que el juez, desde la declaración del concurso de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, ordene el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho y de quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la fecha de declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable (*«fumus bonus iuris»*) y que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas. Se extenderían, por tanto, en su caso, los efectos de la sentencia de calificación y también la subordinación a efectos de clasificación no sólo a los administradores de derecho o de hecho actuales, sino también a quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso. En este marco han de resaltarse las dificultades que conlleva la aplicación de la temporalidad de los dos años anteriores a la declaración del concurso al administrador de hecho, dado que por propio concepto no recae sobre este nombramiento alguno que pueda concretar ese plazo de dos años dentro de los que la Ley Concursal extiende los efectos concursales de la calificación como administrador de hecho.

No obstante, habría que adelantar que una imputación a la Banca como administradora de hecho u oculta, en la medida en que pueda entenderse admitida en nuestro Derecho esta última figura, sólo podría prosperar si en la actuación de las entidades financieras concurrieron los elementos que tipifican el concepto de administrador de hecho, que desde luego hay que adelantar van más allá de las meras instrucciones impartidas ocasionalmente por dichos comités o en el marco de los referidos *«covenants»* en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos o de una refinanciación bancaria. En este sentido, se ha ido consolidando en el marco del Derecho comparado una jurisprudencia, particularmente en el Derecho francés y del Reino Unido, donde los CRO en modo alguno son considerados administradores de hecho, que rechaza la equiparación apriorística de la actuación de las entidades financieras en procesos de refinanciación y la administración de hecho.

No sería, por tanto, identificable en todo caso refinanciador y administrador de hecho, no obstante lo cual, en las sucesivas reformas de la Ley Concursal en materia de acuerdos de refinanciación, se ha perseguido acertadamente proteger al refinanciador del eventual riesgo de ser considerado administrador de hecho en

el referido art. 93.2.º2.^a LC, con el fin de incentivar las refinanciaciones precursores de deuda.

4. Capitalización de deuda y presunción de concurso culpable: la eventual responsabilidad de los socios

Por otro lado, para incentivar capitalizaciones de deuda, es preciso minimizar el riesgo de «holdout» de accionistas, que a veces no tienen interés en la capitalización, bien porque pueden ver diluida su posición, bien porque ésta suponga «tomas de control» por parte de competidores, lo que puede dificultar la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos necesario para proceder a la capitalización de deuda.

Frente a este eventual «holdout» accionarial, no se ha introducido, como en Derecho Alemán, la posibilidad de que el juez, en determinadas condiciones, pueda sustituir a la voluntad de los socios reunidos en Junta. Esta facultad del juez no se ha regulado hasta el momento en nuestro Derecho, entre otros aspectos porque en el modelo español los acuerdos homologados no son acuerdos en puridad judiciales, representando una instancia intermedia entre la extrajudicialidad y la judicialidad, esto es, en una nueva clase de tutela judicial próxima a la jurisdicción voluntaria, pero sin ser equiparable a ésta, frente a la opción presente en el modelo alemán por dotar de un carácter judicial los procesos de reestructuración de empresas en crisis que se insertan en el marco de un procedimiento concursal.

No obstante, en el modelo español y con el fin de incentivar a los socios a adoptar el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos, consustancial a la capitalización, se introducen «incentivos negativos», ex art. 165.2 LC, a través de una presunción «iuris tantum» de concurso culpable respecto de los socios que se nieguen —sin causa razonable— a la capitalización de sus créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles, en los términos del art. 71bis.1 o en la DA 4.^a LC, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación. Asimismo, estos socios serán considerados, en su caso, personas afectadas por la calificación ex art. 172.2.1.º LC, pudiendo extender el juez también a éstos, en supuestos en que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta a consecuencia de la apertura de la liquidación, el régimen de responsabilidad concursal por déficit patrimonial previsto para los administradores sociales o liquidadores de derecho o de hecho y apoderados generales de la persona física (art. 172 bis LC). De esta presunción, se excluiría, no obstante, ex art. 172.2.1.º «in fine» LC, a los administradores sociales que hubieran «recomendado» la capitalización basada en causa razonable, aunque posteriormente haya sido rechazada por los socios.

Se regula, por tanto, en las condiciones expuestas una presunción «iuris tantum» de concurso culpable que persigue incentivar la capitalización de créditos

en el ámbito preconcursal de acuerdos de refinanciación, no operando, sin embargo esta presunción cuando la negativa de los socios a capitalizar se produce en el marco de un convenio concursal¹⁴.

En el fondo, lo que parece subyacer a este distinto tratamiento de los incentivos negativos, en sede de acuerdos preconcursales de refinanciación y convenio concursal, vía eventual calificación culpable del concurso, respecto de los socios que sin causa razonable se nieguen a capitalizar, sería la idea de que es en el ámbito preconcursal en el que hay prevalentemente que incentivar dicha conversión de crédito en capital. Ello con el fin de evitar la declaración en concurso del deudor, decayendo dicha finalidad una vez que el concurso se ha declarado y ello no obstante la vertiente de reestructuración que puede conllevar o se puede, en su caso, asignar al convenio concursal.

Hay que resaltar que los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización o a la emisión de valores convertibles sólo responderán «*en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo*», encontrándonos, por tanto, en el ámbito de una responsabilidad indemnizatoria por daño.

Esta previsión —que viene a reconocer el pluralismo societario en el que no es lo mismo un socio de control que un socio minoritario— planteará, no obstante, una particular problemática en la práctica, dado que no se concreta en la norma si la graduación de la responsabilidad operará en función de la participación del socio en el capital o si habría de entenderse que quienes carecen por sí mismos y por sí solos del poder suficiente para conformar la mayoría necesaria (socio minoritario), podrían excluir su responsabilidad alegando esta circunstancia.

Nos inclinamos por esta segunda opción —advirtiendo no obstante de la amplia «fenomenología» que podría darse en este ámbito cuando se habla de socios minoritarios—, que, por otro lado, concordaría con la exclusión de los administradores sociales de su responsabilidad si recomendaron la capitalización. En efecto, tras ello subyacería la idea de que sólo sería sancionable quienes puedan «bloquear» la capitalización y lo hagan, lo que no puede sostenerse respecto del socio minoritario, que por sí mismo no tiene capacidad para aprobar o impedir la adopción del acuerdo social de aumento de capital por compensación de créditos que conllevaría la conversión de deuda en capital¹⁵.

¹⁴ Vid. sobre las dudas que general este nuevo régimen de responsabilidad de los socios, en conexión con la capitalización de deuda, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización...», *op. cit.*, págs. 11-19 (versión electrónica); VILLENA CORTÉS/ NIETO DELGADO: «Capitalización de créditos y calificación concursal», en diario *La Ley*, 18 de julio de 2014, n.º 8.357.

¹⁵ Vid. MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Comentario al art. 165 LC» y ALONSO UREBA, A.: «Comentario al art. 172.bis LC», en AAVV, *Comentario a la Ley Concursal*, Dir. PULGAR EZQUERRA/Coordinación GUTIÉRREZ GILSANZ/ARIAS VARONA/MEGÍAS LÓPEZ, *La Ley*, 2016.

No obstante, para propiciar la apreciación de la presunción de concurso culpable y, en su caso, el régimen de responsabilidad de los socios resultaría operativa la opción de deudor o acreedores de optar por el nombramiento de un experto independiente, dado que ello permitiría presumir que la capitalización obedeció a una causa razonable.

En este marco, la presentación del informe, que pudo ser solicitado por los acreedores, facilita la prueba sobre la causa razonable a la que obedece la capitalización —pudiendo, a su vez, los socios presentar otro informe de experto que acredite que existe causa razonable para rechazar la capitalización—. Sin embargo, ello no conlleva «a sensu contrario» que pueda deducirse que, si no se acompaña dicho informe, la capitalización no obedecería a causa razonable, tan sólo en estos supuestos habrá que aportar por otros medios, prueba la causa razonable de dicha decapitalización.

Asimismo, la presunción de concurso culpable seguiría operando ex art. 165.2 LC, aun cuando no se presente informe de experto independiente en torno a la causa razonable de la capitalización, pudiendo demostrarse el dolo o la culpa en conexión con la ausencia de capitalización por otras vías.

Obsérvese que la presunción de concurso culpable operaría sólo cuando concurra cumulativamente la negativa sin causa razonable de los socios a la conversión de deuda en capital y se hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis.1 LC o DA 4.^a LC y, por tanto, acuerdos colectivos, con o sin homologación, sin que la presunción se refiera a los acuerdos singulares ex art. 71 bis.1 LC.

Es preciso que la negativa «frustre» la consecución del acuerdo sin causa razonable, no operando la presunción, por tanto, en supuestos en que los socios que representen los porcentajes exigidos en la Ley de Sociedades de Capital impugnen con éxito el acuerdo social de aumento de capital por compensación de créditos por abuso de la mayoría sobre la base del art. 204.1, párrafo 2.º, LSC (p. e., la capitalización puede responder a una necesidad razonable, pero no serían «razonables» las condiciones —tipo de canje— en que esta conversión de deuda en capital se pacta). El éxito de la referida impugnación conllevaría como consecuencia la «desactivación» de la homologación y podría considerarse «causa razonable» para negarse el socio a la conversión de deuda en capital¹⁶.

En todo caso, conforme se dispone en el art. 165.2, párrafo 2.º, LC, la presunción de concurso culpable se vincula a que el acuerdo de refinanciación atribuya a los socios de la sociedad deudora un derecho a adquirir con preferencia «las

¹⁶ Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: «Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada», *RdS*, 44/2015, págs. 69 y ss.

acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos», siendo por tanto causa razonable para negarse a la conversión la ausencia de un derecho de adquisición de los socios.

En definitiva, se trata de un tema de «Governance», obedeciendo la entrada de los acreedores como socios en la sociedad a razones de reestructuración de la deuda, pero si el acreedor/financiador pretende transmitir a terceros sus acciones, los socios deben tener un derecho preferente a adquirir dichas acciones.

Tema distinto es que pueda resultar cuestionable la operatividad para el socio de eludir la calificación culpable, en un eventual concurso, si ha resultado excluido de la sociedad, al no haberle sido reconocido un derecho preferente de adquisición de las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de ulterior enajenación de éstos.

En cualquier caso, nos hallamos ante una medida que previsiblemente tendrá un reducido ámbito de aplicación en la práctica, dado que para ello habrá sido necesario que concurran cumulativamente diversas circunstancias: que haya prosperado la opción de la capitalización, lo que, en relación a titulares de pasivo financiero, por las razones argumentadas que conectan con régimen de provisiones y recursos propios, no siempre resultará operativo para éstos; ha de haber fracasado la reestructuración; y ha de haberse declarado el concurso, calificarse culpable y estimar el juez esta responsabilidad.

Parece que nos encontramos, por tanto, ante un incentivo negativo, con eficacia más en sede de negociación y efecto indirecto de anticipación por el socio en la adopción temprana de medidas de saneamiento en sede societaria, con el fin de evitar tener que alcanzar acuerdos homologados de refinanciación que pueden conllevar capitalización, que ante una medida que pueda tener un amplio ámbito de aplicación. Todo ello sin obviar, desde luego, el riesgo de que en su caso la capitalización pre-concursal de deuda pueda ser utilizada en orden a tomas de control empresarial, sobre la base de los incentivos que para ello se introducen, en particular en el marco de acuerdos homologados de refinanciación¹⁷ y que se analizarán a continuación.

5. Incentivos fiscales

Asimismo, como incentivo a la capitalización de deuda, común a las distintas tipologías de acuerdos de refinanciación, se contemplan «ventajas fiscales» y es

¹⁷ Me he ocupado ampliamente de estos temas en PULGAR EZQUERRA, J.: «Reestructuraciones empresariales y Derecho Europeo de la Competencia», *op. cit.*

que no se incentivan las capitalizaciones preconcursales de deuda si no hay «neutralidad fiscal». Con ese fin se reforman, en virtud de la Disposición Final Segunda del Real Decreto Ley 4/2014, los apartados 1, 2 y 3 del art. 15, así como el apartado 14 del art. 19 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, operando los efectos derivados de estas reformas para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2014.

En este marco, las principales modificaciones se centran en el reconocimiento de que, en virtud de la capitalización, el deudor no tiene un ingreso real (último párrafo añadido al art. 15.1 Ley de Impuesto sobre Sociedades), calculándose el efecto en base imponible del Impuesto sobre Sociedades, sin tener en cuenta el tratamiento contable de la compensación de créditos. Sobre la base de ello se distingue, de un lado, el efecto en la sociedad en la que se capitaliza el crédito, que determinará su efecto en la base imponible del impuesto sobre sociedades por la diferencia entre el valor mercantil de la ampliación de capital (capital más prima) y el valor del crédito a efectos fiscales. De otro, el efecto en las sociedades que suscriben el aumento de capital por compensación de créditos, las cuales calcularán sus efectos en la base imponible del impuesto sobre sociedades por la diferencia entre la parte proporcional del valor de la ampliación de capital y el valor fiscal del crédito aportado (art. 15.2.b Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Asimismo, en relación a quitas y esperas acordadas en el marco de un convenio concursal, sobre la base de un criterio de imputación temporal, se difiere el reconocimiento del ingreso en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, llevándose a cabo a medida que se reconozca el gasto financiero derivado del acuerdo, imputándose proporcionalmente aquellos supuestos en que el ingreso contable sea superior al gasto financiero (art. 19.14 Ley del Impuesto sobre Sociedades).

De otro lado, se elimina, asimismo, en virtud de la modificación del número 19 de la letra B del apartado 1 del art. 45 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, el coste por actos jurídicos documentados que el deudor debe satisfacer en supuestos de quitas o minoraciones de las «cuantías de préstamos, créditos u otras obligaciones del deudor», incluidos en acuerdos de refinanciación ex art. 71 bis LC o DA 4.^a LC, o en acuerdos extrajudiciales de pagos ex Título X LC, lo que debe valorarse positivamente, aun cuando la redacción empleada en dicho precepto previsiblemente generará dudas en su aplicación práctica (¿la escritura no tributará por el solo hecho de contener una quita?) y en particular en relación a la interpretación de la referencia hecha a «otras obligaciones del deudor»¹⁸.

¹⁸ Vid. HERNÁNDEZ GALANTE, J.: «Aspectos fiscales de las operaciones de reestructuración. Impuesto sobre sociedades y actos jurídicos documentados», RCP 22/2015, págs. 271-281.

III. CAPITALIZACIONES DE DEUDA Y ACUERDOS HOMOLOGADOS DE REFINANCIACIÓN

No obstante, aun siendo relevantes los analizados incentivos a la capitalización de deuda, es en el marco de los acuerdos homologados de refinanciación concluidos con acreedores titulares de pasivo financiero, en el que se regulan los más relevantes incentivos legales a la reestructuración vía capitalización preconcursal de deuda, de los que en su caso podrían derivar importantes «ventajas competitivas» que en su caso podrían tener incidencia en el Derecho de la Competencia¹⁹.

1. Disyuntiva quita/capitalización para los acreedores

Aun cuando se parte del necesario consentimiento del acreedor a la capitalización de deuda, sin embargo, se «incentiva» a los acreedores, en el marco de los acuerdos homologados de refinanciación, sobre la base de la DA 4.ª3.b)3.º LC, a aceptar la conversión de deuda en capital. Ello sobre la base de la disyuntiva obligatoria entre, de un lado, una opción de presente materializada en una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir y, de otro lado, una opción de futuro materializada en la capitalización de deuda. Con ello, el acreedor asumiría parte del riesgo empresarial en la expectativa de que la reestructuración de la empresa vía refinanciación tenga éxito.

Esta «disyuntiva legal» podría, por tanto, condicionar de algún modo la libertad de elección del acreedor a favor de la capitalización de deuda.

2. Capitalización de deuda y exención de OPA

La capitalización de deuda que se incentiva en la Ley Concursal española, en el marco de los acuerdos preconcursales de refinanciación homologados, puede conllevar un cambio de titularidad en la posición de control, dado que no se establecen límites legales respecto de la fijación de la deuda que puede capitalizarse, pudiendo producirse precisamente, en conexión con estas operaciones, tomas de control empresarial y cambios de gestión que pueden propiciar la reestructuración.

En efecto, en particular cuando la sociedad atraviesa por dificultades económicas puede coadyuvar a la reestructuración, ceder la posición de control a quienes puedan rentabilizar más adecuadamente el valor económico de la empresa. Ello no obstante puede conllevar en ocasiones un «riesgo» de desprotección para los accio-

¹⁹ Me he ocupado con amplitud de este tema en «Reestructuraciones empresariales y Derecho Europeo de la Competencia», *op. cit.*

nistas minoritarios, encontrando precisamente su justificación de política jurídica en el marco de las sociedades cotizadas, el régimen imperativo de OPA, en parte, en la «desconfianza» hacia los efectos que pueda tener la entrada de un nuevo socio significativo sobre la posición e intereses de los accionistas minoritarios²⁰.

Pues bien, en el marco de un acuerdo homologado de refinanciación, ex DA 4.^a LC, el incentivo más potente para capitalizar, en particular en supuestos en que puedan «perseguirse» tomas de control empresarial en el ámbito de las sociedades cotizadas, estriba en la exención de la obligación que recae sobre el adquirente de formular una OPA cuando se superen los límites legales de adquisición, sin necesidad de dispensa de la CNMV.

Esta exención, sin embargo, no es nueva respecto de empresas en crisis. En efecto, el art. 8 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre régimen de ofertas públicas de adquisición de valores, ya contemplaba un supuesto de exención de la obligación de «lanzar» una OPA en supuestos de adquisiciones en otras operaciones procedentes de la conversión o capitalización de créditos en acciones de sociedades cotizadas cuya viabilidad financiera estuviera en peligro grave e inminente, aunque no estuviera en concurso, siempre que se tratase de operaciones concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad.

La novedad que se introduce ahora, en conexión con las capitalizaciones que se produzcan en el marco de acuerdos homologados de refinanciación ex DA 4.^a LC, radica sobre la base de la modificación del referido art. 8 RD 1066/2007, de 27 de julio, en virtud de la DF octava del Real Decreto-Ley 4/2014, en que esta exención de la obligación del adquirente de formular una OPA operará sin necesidad del acuerdo de dispensa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), que se exigía en la anterior redacción del referido artículo 8.

Ello en tanto en cuanto las operaciones se hubieran realizado en el marco de un acuerdo homologado de refinanciación ex DA 4.^a LC y siempre que hubiese sido informado favorablemente por un experto independiente en los términos previstos en el art. 71 bis 4 LC. Todo ello constituiría un incentivo para canalizar las capitalizaciones de deuda a través de acuerdos homologados de refinanciación y optar por el nombramiento de un experto independiente que, tras la reforma introducida en virtud del RD-L 4/2014, ya no es obligatorio.

La exención de la obligación de formular una OPA en caso de adquisición de control de una sociedad cotizada, que cubriría cualquier supuesto de conversión de deuda en capital, se concede a los prestamistas originarios que capitalizan

²⁰ Vid. ZURITA, J.: *La oferta pública de adquisición (OPA)*, Madrid, 1980; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *La OPA obligatoria*, Civitas, 1996; GUERRA MARTÍN, G.: *Control conjunto y derecho de OPAS*, Civitas, Madrid, 2004.

(adquisición de control), pero entendemos que ello no se extendería a los cesionarios de los fondos (sucesivos cambios de control).

Entendemos, aun cuando no hay previsión legal expresa al respecto, que la exención de la obligación de formular OPA operaría en cualquier supuesto de adquisición de control de una sociedad cotizada en ejecución de un acuerdo homologado de refinanciación, ya se produzca el cambio de control en un modo directo, que parece ser el contemplado, o indirecto que sea consecuencia de un cambio que afecte al control de una sociedad no cotizada que controle a la cotizada (art. 7.1. RD 1066/2007).

Con esta exención de la obligación de formular una OPA y de la dispensa de la CNMV en supuestos de acuerdos de refinanciación homologados de sociedades cotizadas a través de capitalizaciones de deuda, las «ventajas» que se obtienen son evidentes. De un lado, se evita encarecer económicamente la operación, pues no se pagaría «prima de control», que constituye uno de los presupuestos de las OPAs. De otro, se elimina la «incertidumbre» sobre la decisión que pudiera adoptar el organismo supervisor y que en su caso podría operar como «desincentivo» para optar por capitalizaciones que, por superar los límites legales de participación, conlleven la obligación de formular una OPA.

Todo ello —a nuestro entender— sin que se produzca un «déficit» de protección, dado que no desaparece el control sobre la operación, sino que se sustituye el elemento valorativo y de control, que residiría en la autorización de la CNMV de la exención de OPA, por el control que el juez de lo mercantil realiza cuando homologa el acuerdo preconcursal de refinanciación, sobre la base de la DA 4.^a LC²¹, así como por el informe favorable de un experto independiente que en todo caso ha de acompañar al acuerdo de refinanciación para que opere la referida exención de OPA.

3. Capitalizaciones de deuda, concentraciones empresariales de recuperación o saneamiento económico y acuerdos homologados de refinanciación

En el marco de las reformas legales introducidas en Derecho Español con el fin de incentivar la reestructuración vía acuerdos preconcursales de refinanciación, en particular con capitalización de deuda, no se ha excepcionado, sin embargo, la normativa sobre concentraciones empresariales (arts. 7 y 8 LDC). En este marco, cuando la capitalización conlleve un cambio duradero y permanente en la estructura de control de una empresa, no se ha excepcionado la normativa referi-

²¹ En 2011, Banco de Santander-Metrovacesa utilizaron la vía del art. 8 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, pero con la dispensa de la CNMV.

da, frente a lo que ha acontecido frente al régimen obligatorio de OPAs que, como se ha analizado, ha resultado expresamente excepcionado en el marco de los acuerdos homologados de refinanciación.

Es cierto que, sobre la base del art. 7.3.d) LDC, se produce una remisión a la normativa concursal, estableciéndose que «*la adquisición de control por una persona en virtud de mandato contenido por una autoridad pública con arreglo a la normativa concursal*» no tiene la consideración de concentración empresarial. No obstante, ello parece limitar su ámbito de aplicación a los procedimientos concursales, esto es, en nuestro Derecho, a las concentraciones que pudieran producirse en el seno de un concurso de acreedores de carácter judicial, pero no de un acuerdo preconcursal y extrajudicial de refinanciación, ni siquiera cuando haya sido objeto de homologación judicial ex DA 4.^a LC.

Ello significa que la operación realizada en el marco de un acuerdo homologado de refinanciación ex DA 4.^a LC, y que conlleve un cambio duradero de control, ha de notificarse ex ante a la CNMC, no estando exento de dudas interpretativas el momento en relación a la homologación del acuerdo en que ha de comunicarse la operación a la CNMC (¿cuando se solicita la homologación o una vez que el acuerdo ya ha sido homologado?). Ello se acompañará de la consiguiente suspensión de la operación (art. 9 LDC), lo que conlleva un coste temporal (al menos, en la práctica, dos meses) y económico, no «entrando» en este tiempo liquidez a la empresa, lo que puede dificultar su reestructuración cuando atraviesa dificultades económicas.

Es cierto que legalmente se contempla el eventual levantamiento de la referida suspensión vinculada a la notificación de la operación a la CNMC (art. 9.6 LDC), pero no es menos cierto que en la práctica es difícil que se proceda al levantamiento de dicha suspensión.

Así mismo, es cierto que en este ámbito podría resultar operativa la doctrina de la denominada «empresa desfalleciente» («*failing company*», «*ailing firm defence*»), que, aun cuando no se contempla en el Reglamento Europeo de Concentraciones, ha sido tenida en cuenta por la Comisión Europea en la evaluación de una concentración económica cuando la empresa está en crisis, como una excepción al régimen de concentraciones²².

Sobre la base de esta doctrina, se declaran lícitas las reestructuraciones empresariales que conllevan en su caso una concentración económica y que, pese a plan-

²² La Comisión ha aplicado la excepción de la empresa en crisis, p. e., en el asunto Nynas/Shell/Harburg Refinery, de 2 de septiembre de 2013; Asunto Aegean Olympic II, Decisión de 9 de octubre de 20013, asunto COMP/M 6796. *Vid.* en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-927_en.htm. ASSIMAKIS, K./JERAM, J.: «Changing mind in changed circumstances: Aegean/Olympic II and the failing firm defence», en *Jornal of European Competition Law & Practice*, n.º 9/2014, págs. 605-615. Signes de Mesa «El Régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero», Aranzadi 2013, págs. 155 y ss.

tear problemas de competencia, permiten reestructurar empresas que de otro modo estarían abocadas a desaparecer del mercado. Ello encontraría su fundamento de política jurídica en el propio sistema de economía social de mercado constitucionalizado en el marco de la Unión Europea, no habiendo cambiado esta opción no obstante la crisis económica generalizada, por la que ha atravesado Europa desde 2007, que de algún modo ha replanteado el sistema pero sin procederse a su cambio.

En efecto, el sistema de economía social conlleva la existencia de empresas competitivas y reestructurables, excepcionándose o al menos «relajándose» el Derecho Antitrust Europeo respecto de operaciones que, aun cuando puedan conllevar restricciones en la competencia, permiten mantener en funcionamiento empresas viables con dificultades financieras, con el consiguiente mantenimiento de puestos de trabajo en beneficio en última instancia del sistema²³.

No obstante, la doctrina de la «failing company» no dispensa de la notificación de la operación a la autoridad de competencia (CNMC), en el caso del Derecho Español, ni consiguiente suspensión e «incertidumbre» sobre la decisión de la autoridad de competencia, lo que se compadece mal con las necesidades de reestructuración de una empresa en dificultades económicas y en la que el tiempo es una cuestión esencial.

Se plantea, por tanto, en aras a la incentivación de reestructuraciones de empresas en dificultades económicas, por la vía de una eventual concentración empresarial, un debate sobre la conveniencia de una reforma legislativa que, sin menoscabar el control sobre la operación que corresponde a la CNMC, pueda «aligerar» los tiempos en aras de la reestructuración.

En este marco, quizá una posible solución sería una reforma legislativa, que en el marco de concentraciones derivadas de capitalizaciones de deuda, en el marco de un acuerdo homologado de refinanciación, mantenga la obligación de notificación de la operación a la CNMC, suministrando los datos básicos de la operación sin que ello se acompañe en estos supuestos de la suspensión de la operación, asumiendo quien adquiera el control el riesgo de que, analizada la operación por la CNMC, pueda verse obligado a desinvertir²⁴.

*(Trabajo recibido el 04/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)*

²³ Vid. MIRANDA, L./PÉREZ MOLINA, M.: «El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea», *RDM* n.º 294, octubre-diciembre 2014, págs. 146-148, hablando en este marco de «instrumentos anticrisis».

²⁴ En ocasiones, en la práctica se ha optado por «trocear» la operación en dos fases, de un lado, la parte que no suponía toma de control y, de otro, la que sí conllevaba ese control, sometiendo a autorización sólo esta parte de la operación, lo que, sin embargo, no ha sido valorado positivamente por la CNMC (supuesto de Gestam).

¿SON RESCINDIBLES LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS?

SANTIAGO HURTADO IGLESIAS

Socio de Deloitte Legal

FRANCISCO JAVIER ROYO COLL

Asociado Senior de Deloitte Legal

RESUMEN

El presente estudio pretende analizar cómo las sucesivas modificaciones legislativas y los pronunciamientos judiciales han conducido a que, prácticamente cumpliendo los requisitos formales exigidos por la Ley Concursal, un acuerdo de refinanciación homologado no pueda ser rescindido mediante la acción de impugnación recogida en la propia Disposición Adicional 4.^a

Palabras clave: acuerdo de refinanciación, homologación judicial, rescisión, reforma legislativa, concurso de acreedores.

CAN A HOMOLOGATED REFINANCING AGREEMENT BE TERMINATED?

SANTIAGO HURTADO IGLESIAS

Partner in Deloitte Legal

FRANCISCO JAVIER ROYO COLL

Senior Associate in Deloitte Legal

ABSTRACT

This study aims to analyze how the successive legislative amendments and judicial pronouncements have led that a refinancing agreement homologated, with the formal requirements, cannot be terminated challenging the agreement in the provision of the Forth Additional Provision of the Spanish Insolvency Act.

Keywords: refinancing agreement, judicial homologation, termination, legislative amendment, insolvency proceeding.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. IMPULSO A LAS SOLUCIONES PRECONCURSALES POR EL LEGISLADOR.—II. CRONOLOGÍA DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA. 1. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. 2. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. 3. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. 4. Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. 5. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.—III. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL. ANÁLISIS POR EL JUZGADO DE REQUISITOS FORMALES.—IV. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS JUDICIALMENTE. 1. Cuestiones objeto de discusión en la impugnación de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. 1.1. El cómputo de las mayorías. 1.2. El concepto de sacrificio desproporcionado. 2. Dificultad de conseguir una impugnación.—V. CONCLUSIÓN.

I. ANTECEDENTES. IMPULSO A LAS SOLUCIONES PRECONCURSALES POR EL LEGISLADOR

La redacción actual de la Ley Concursal, con objeto de facilitar que los acreedores renegocien sus créditos con sociedades incursas en dificultades económicas y eviten así el concurso de acreedores, protege los acuerdos de refinanciación frente a las acciones de reintegración ejercitadas por el administrador concursal (o en su defecto por los acreedores que hubieren instado al administrador concursal a que la ejercitara y éste no lo hiciera) que pretendan rescindir las operaciones llevadas a cabo.

El legislador, en las sucesivas reformas que se han ido aprobando, ha ido protegiendo cada vez más estos acuerdos de refinanciación a la vista de que era necesario reforzar las medidas preconcursales con objeto de evitar los concursos de acreedores que, mayoritariamente, finalizaban en liquidación y cese de la actividad.

De hecho, el ratio liquidación /convenio en los concursos de acreedores sigue siendo muy alto. Los últimos datos de que disponemos, recogidos en el anuario de estadística concursal del 2015, publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, señala que en el ejercicio 2015, frente a los 406 convenios que se aprobaron, se iniciaron 3.830 liquidaciones (10,6% de convenios frente a un 89,4% de liquidaciones iniciadas).

Lo anterior pone de manifiesto que, pese a las reformas aprobadas, en España, la inmensa mayoría de las sociedades que se declaran en concurso finalizan en liquidación. Además, téngase en cuenta que en los porcentajes antes señalados se identifican las aprobaciones de los convenios correspondientes al ejercicio 2015, lo que no impedirá que sean incumplidos y se abra la liquidación en años posteriores.

Bien por falta de iniciativa legislativa que impulse modificaciones a la Ley que facilite la aprobación de convenios, bien por haber entendido que es más conveniente buscar alternativas al proceso concursal, la refinanciación se está mostrando como la mejor de las alternativas a la crisis financiera de las sociedades.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ya señalaba que la legislación concursal del año 2003 se había dictado en un entorno económico diferente y que era necesario *«facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras»* y así *«que no haga ineludible una situación de insolvencia»*.

Esta apuesta por las soluciones preconcursales se continuó viendo en la voluntad del legislador, y así se plasmó en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la que directamente *se refería a la mayor profundidad que mediante esta reforma se hacía en las «alternativas» al concurso. Como veremos en el análisis de las modificaciones de la norma, en esta ley se habla ya del «privilegio del dinero nuevo»*, cuestión básica para poder acometer verdaderas refinanciaciones y no meras postergaciones de deuda.

En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO¹, *«el objeto de la reforma de 2014, por tanto, es claro: mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación. Y, para ello, el RD-Ley 4/2014 enfatiza que se trata en definitiva de «mejorar la posición patrimonial del deudor, medida al fin y a la postre en la proporción que representan sus activos sobre sus pasivos exigibles, y dentro de ellos en la parte apta para atender el cumplimiento de sus obligaciones más inmediatas»*.

Así llegamos hasta el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, donde se pone de manifiesto la clara apuesta del legislador por soluciones preconcursales. En el primer párrafo de la Exposición de Motivos se trata de las alternativas existentes *«o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanearla desde un punto de vista financiero»*.

Obsérvese que se habla de liquidar frente a sanear y no frente al convenio. El tercer apartado de la misma exposición de motivos señala que la reforma operada mediante el referido Real Decreto-Ley 4/2014 pretende centrarse en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación.

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2014.

II. CRONOLOGÍA DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

1. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

Con esta reforma se incluyó una Disposición Adicional Cuarta protegiendo a los acuerdos de refinanciación frente a las acciones de reintegración, siempre y cuando esos acuerdos amplíen de forma significativa del crédito disponible o modifiquen sus obligaciones prorrogando su plazo de vencimiento, o sustituya nuevas obligaciones en sustitución de las anteriores.

Dichos acuerdos se encontrarían protegidos frente a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal siempre y cuando: (i) el acuerdo hubiera sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor (a fecha de firma del acuerdo); (ii) que el acuerdo fuera informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil (y que éste cumpliera con ciertas garantías), y (iii) que el acuerdo de refinanciación se formalizara en instrumento público.

2. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Mediante la reforma operada en el año 2011, se introdujo el artículo 5 bis, la institución del precurso, como situación oficial en la que una sociedad en riesgo de insolvencia establecía un período de cierta estabilidad y seguridad para poder llevar a cabo negociaciones con acreedores.

Esa seguridad se traduce en la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro del cuarto mes posterior a la presentación de la solicitud, siempre y cuando se formule antes de que el propio deudor ya estuviera obligado a solicitar la declaración de concurso según el plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no sería exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

Como comentábamos al principio, la voluntad del legislador de impulsar medidas alternativas al concurso se pone de manifiesto en la creación de una institución que facilite a las empresas alcanzar acuerdos de refinanciación y evitar el concurso.

En relación con los acuerdos de refinanciación y sus posibles rescisiones, el legislador opta por trasladar el contenido de la anterior Disposición Adicional Cuarta al apartado sexto del artículo 71 manteniendo sus principios fundamenta-

les: la prohibición de rescindir los acuerdos de refinanciación (actos y garantías) cuando amplíe significativamente el crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo, suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo, que el acuerdo fuera informado favorablemente por un experto independiente designado por el Registro Mercantil y que se formalizase en instrumento público.

Se incluye una particularidad; en caso de acuerdos de refinanciación de un grupo de empresas, el porcentaje de los tres quintos señalado debe calcularse tanto sociedad por sociedad como en base consolidada, sin tener en cuenta los créditos intragrupo. En relación con el informe de experto, éste deberá contener un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

Por último, con objeto de otorgar mayor garantía a las entidades que estuvieran dispuestas a financiar a sociedades que pasaran por dificultades, se modificó la clasificación del denominado dinero nuevo, considerando que el 50 por 100 de los créditos derivados de nuevos ingresos de una refinanciación tendrían la consideración de créditos contra la masa y 50 por 100 restante (de ingresos de tesorería) serían clasificados como créditos con privilegio general.

Como novedad, la reforma operada mediante la Ley 38/2011 incluye la homologación judicial como vía para extender los efectos de una refinanciación acordada (que cumpla con los requisitos del 71.6) a los acreedores financieros que, o bien no hubieran participado en la propia refinanciación o se hayan opuesto expresamente. Esta primera redacción relativa a la homologación judicial sólo se permite extender a acreedores disidentes (o no participantes) las esperas acordadas y ello siempre que sus créditos no gocen de garantía real.

La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso, centrándose así en el mismo juez aquel que conociera de una notificación de 5 bis, una homologación de una refinanciación o un concurso de acreedores de la misma sociedad.

El secretario judicial, una vez examine la solicitud, dicta decreto admitiéndola a trámite y paralizará las ejecuciones singulares que hubiere, hasta que se acuerde homologación por plazo máximo de un mes. Si el secretario advirtiera la concurrencia de algún defecto formal, o falta de competencia del Juzgado, dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión. Si esto último no ocurriera,

ordenará la publicación del decreto en el Registro Público Concursal, identificando al deudor, al juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen.

En esta primera redacción, a diferencia de lo que, como veremos, se aplica a día de hoy, se establece que el juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron. Es decir, las homologaciones, bajo esta regulación, tenían que pasar por un análisis previo del Juzgado, quien, en su caso, tenía que analizar la existencia de sacrificio desproporcionado.

Pasado ese análisis previo, si el juez acuerda que procede la homologación, la resolución se publicará mediante anuncio en el Registro Público Concursal y en el *Boletín Oficial del Estado*, por medio de un extracto que contendrá los mismos datos previstos para la publicación de la admisión a trámite.

Conviene poner de manifiesto que mediante esta reforma se estableció como límite tres años de espera. Se señaló que el Juzgado podría paralizar las ejecuciones promovidas por entidades acreedoras, pero por ese plazo máximo.

Llegados a este punto, vemos la herramienta que el legislador otorga al disidente para combatir la extensión de los efectos acordados en la refinanciación. Esto es, la impugnación a la homologación judicial.

Ya desde la primera redacción se limita el objeto del debate: se establece expresamente *«los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido»*. Es decir, el disidente, después de que el juez haya valorado la refinanciación, comprobando que cumple con los requisitos exigidos (mayorías) y se haya creado su propio criterio sobre la inexistencia de sacrificio desproporcionado (ya que de considerar que si concurre no podría haber homologado), tendrá que convencer al Juzgado que está equivocado. Resulta una suerte de recurso extraordinario de reposición con pocas perspectivas de éxito.

Procesalmente se establece que la impugnación se tramitará de forma conjunta (todas las impugnaciones planteadas al mismo tiempo) y por el procedimiento del incidente concursal sin derecho a apelación. Serán parte de dicho procedimiento el deudor y aquellos acreedores parte del acuerdo de refinanciación homologado.

No existe posibilidad de suspender los efectos del acuerdo homologado desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial del*

Estado. El único recurso que les queda a las entidades financieras disidentes es dirigirse contra los obligados solidarios, fiadores o avalistas del deudor refinanciado.

De incumplirse el acuerdo, cualquier acreedor, adherido, no adherido o disidente, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Si se declarara el incumplimiento, podrá instarse el concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. Del mismo modo que en la impugnación a la homologación, la sentencia que resuelva el incidente sobre el incumplimiento no será susceptible de recurso de apelación.

3. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Mediante esta reforma, principalmente dirigida a la creación de un sistema extrajudicial de pagos (creando la figura del mediador concursal), se establece un sistema de nombramiento del experto por el registrador mercantil que es más flexible y más completa que la anterior regulación anterior, al mismo tiempo que se modifica la redacción de la Disposición Adicional Cuarta, flexibilizando el cómputo de las mayorías que suscribe el acuerdo y que es requisito para su posible homologación judicial.

4. Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Con esta nueva reforma, el legislador vuelve a facilitar que se alcancen refinanciaciones mediante la modificación de la redacción del artículo 5 bis. Ahora, con la nueva redacción, se suspenden, durante el plazo que dure el precurso, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad de la sociedad en cuestión. Concretamente se establece que *«no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación»*.

Evidentemente, esta situación facilita enormemente la negociación con las entidades financieras, ya que el deudor tiene la facultad de «blindarse» mientras

lleva a cabo las negociaciones e impide que un disidente trate de recuperar su crédito iniciando una ejecución antes de alcanzar el acuerdo.

Por su parte, el contenido del apartado sexto del artículo 71 pasará a ser un nuevo artículo 71 bis, que contempla ahora las operaciones de refinanciación que quedan a salvo de las acciones de reintegración. Como novedad, el apartado 2 del nuevo artículo 71 bis contempla ahora la posibilidad de que se adopten acuerdos con acreedores (individualmente o con más acreedores) y que éstos no sean rescindibles, siempre y cuando cumplan, como siempre, con determinados requisitos.

Igualmente se apoya a los acreedores preocupados que por el hecho de acudir a una refinanciación (y en la que se se presionará al deudor para que adopte ciertas medidas) pudieran ser considerados administradores de hecho. Así se incluye en el apartado segundo del apartado 2 del artículo 93. Como vemos, se pretende facilitar y eliminar reticencias que pudieran existir entre aquellos que estuvieran dispuestos a refinanciar deuda de sociedades en problemas, pero que elementos diferentes a los puramente económicos o de negocio les generaran incertidumbre.

Una novedad que no tiene precedente en nuestro ordenamiento es la responsabilidad de los socios que se negaran, sin causa razonable, a la capitalización de créditos, emisión de valores o instrumentos convertibles. Lo cual, como apunta PULGAR EZQUERRA², «conlleva un *tácita derogación desde un ámbito concursal de la tradicional ausencia de responsabilidad de los socios en el marco de las sociedades de capital*».

Si bien, dicha medida parece que queda limitada cuando el apartado 1 del artículo 172 bis señala que serán responsables los socios (que se hubieran negado a lo recogido en el párrafo anterior), sólo si su conducta hubiera generado o agravado la insolvencia. En palabras de GIMENO-BAYÓN COBOS, «*la norma deja bien a las claras el parámetro (la medida) de la que ha de servirse el juez en el ejercicio de su discrecionalidad judicial al imponer la condena al pago del déficit concursal: la incidencia que la conducta o conductas determinantes de la calificación culpable del concurso han contribuido a generar o agravar la situación de insolvencia de la persona jurídica concursada*».

En relación con la Disposición Adicional 4.^a, las modificaciones incluidas por este Real Decreto-ley, además de algunos cambios menores, se identifica expresamente que los acreedores de créditos laborales no tienen consideración de acreedor de pasivo financiero (y se une así a los acreedores por operaciones

² PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuraciones societarias: incumplimiento de acuerdos homologados de refinanciación», *Libro Homenaje a Luis Fernández de la Gándara, Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 141/2016, Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2016.

comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público ya excluidos expresamente en la redacción precedente). Pese a parecer claro el literal de la norma a este respecto, existen opiniones que se pronuncian sobre si acreedores comerciales que financian a más de 180 días al deudor (obviando la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales) pueden ser considerados acreedores de pasivos financieros³.

Del mismo modo se modifica el párrafo cuarto del apartado primero, para que quede claro que todos los acreedores que forman parte de un pacto de sindicación suscriben el acuerdo de refinanciación y que sus pasivos computan para el cálculo de las mayorías necesarias si un 75 por 100 suscribe el acuerdo.

Mediante esta reforma se capacita a cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación para solicitar la homologación, frente a la redacción anterior, que limitaba al deudor la capacidad para solicitar la misma.

Cuestión también relevante y que permite a las entidades que refinancian su deuda mejorar su posición frente a entidades financieras, es la orden que mediante la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 4/2014, *«tratamiento de las operaciones de refinanciadas o reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación»* se da al Banco de España.

El Banco de España tenía que remitir una circular, como así hizo⁴, con fecha 18 de marzo de 2014, donde se establecía que los importes debidos a las entidades financieras serían clasificados como riesgo normal, siempre y cuando existieran suficientes elementos objetivos que confirmen la probabilidad de su recuperación tras el acuerdo de refinanciación, y que éste responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo. Como vemos, se hace referencia a un plan de viabilidad, el cual analizaremos más adelante.

Este cambio de clasificación de la deuda permitió dos cosas, por un lado, incentivó a las entidades financieras para que participaran y llevaran a cabo refinanciaciones de deuda que permitieran la viabilidad de sociedades con problemas financieros y, por otro, ayudó a mejorar los balances de las entidades financieras

³ Ponencia de MARTÍN, Ángel, titulada «Aspectos a incorporar en la Ley Concursal en relación con la homologación» en el X Encuentro en Galicia de Profesionales del Derecho Concursal, Isla de a Toxa, 29 de septiembre de 2016.

⁴ Comunicación del Banco de España, de fecha 18 de marzo de 2014: «Tratamiento contable en las entidades de crédito de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación de los previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según la redacción dada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deudas empresariales».

al reducir las provisiones que tenían obligación de realizar por dichas deudas. Como ya dijo en su día PÉREZ BENÍTEZ⁵, la «*nueva configuración de las provisiones exigidas por el BE (comunicación de 18.3.2014, sobre tratamiento contable para las entidades de crédito de las operaciones reestructuradas)*; para algunos se trata de uno de los objetivos esenciales de la ley: sanear balances y aligerar las exigencias de provisión para las entidades financieras».

Para finalizar, señalar que la Disposición Adicional 2.^a de este Real Decreto-ley 4/2014 establece régimen temporal en relación con el dinero nuevo por el que tendrán la consideración de créditos contra la masa: «*los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor de esta Ley, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería*». Permitiendo además que a dicho régimen transitorio se adhieran también los «*créditos concedidos en dichos acuerdos de refinanciación por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas, que supongan nuevos ingresos de tesorería, y hasta el importe del nuevo ingreso efectuado*».

5. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal

Con la reforma operada mediante la Ley 9/2015 se profundiza en el desarrollo de la comunicación del inicio de negociaciones, el 5 bis. Se solventó el problema de competencia que existía a favor de qué Juzgado debía resolver las cuestiones sobre el carácter necesario o no del bien objeto de ejecución⁶.

Por su parte, la Disposición Adicional 4.^a es modificada también en el sentido de que «*(e)n caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por 100 del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última*». Y, por último, modificaciones relativas a la valoración de garantías.

⁵ PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José: «La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación», *El Derecho.com*, 1 de mayo de 2014.

⁶ Resueltas por la jurisprudencia menor en sentidos diversos (auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, de 17 de marzo de 2014; decreto del secretario judicial del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 6 de Logroño, de 6 de mayo de 2014; auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de junio de 2014; decreto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm. 38, de 14 de mayo de 2014, auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 27 de octubre de 2014; providencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra núm. 2, de 6 de junio de 2014).

III. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL. ANÁLISIS POR EL JUZGADO DE REQUISITOS FORMALES

Analizada tanto la voluntad del legislador, impulsando las refinanciaciones y la sucesión de modificaciones legislativas que nos conducen a la redacción actual de la normativa reguladora de las homologaciones judiciales de acuerdos de refinanciación, procedemos a estudiar el trámite procesal para la homologación de los acuerdos.

Están capacitados para solicitar la homologación judicial, tal y como se señaló en el apartado II.4 anterior, el deudor o cualquier acreedor que haya suscrito el contrato de refinanciación⁷. Otorgar capacidad a los acreedores firmantes del acuerdo de la facultad de solicitar la homologación únicamente parece dar seguridad a aquellos acreedores que ante la legítima expectativa de que el acuerdo que suscribe vaya a ser homologado (ya sea para evitar la rescindibilidad como para extender efectos a entidades disidentes), no quede a la mera voluntad del deudor finalmente instar la homologación o no (por extraño que pueda parecer que un deudor, tras haber alcanzado el acuerdo, decidiera no homologarlo si cumple con los requisitos).

Dicha solicitud será presentada ante el Juzgado que, en su caso, fuera competente para conocer el concurso de acreedores del deudor. Se advierte la concentración de competencias en los Juzgados de lo Mercantil de todas las cuestiones preconcursales o concursales⁸.

La solicitud de homologación será acompañada de determinada documentación (el acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías exigidas para cada caso, de los informes de los expertos independientes, de la certificación del acuerdo de aumento de capital si éste hubiera sido acordado y si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los relativos a la valoración de las garantías también se aportará) y una vez presentada ante el juez competente, éste dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que la homologación sea, en su caso, acordada.

En este punto, admitida a trámite la solicitud, el letrado de la Administración de Justicia (secretario judicial, según literal de la Ley) publicará la providencia en el Registro Público Concursal mediante un anuncio que debe contener los datos del deudor, el juez competente, el número de procedimiento, la fecha del acuerdo

⁷ Pese a que los acreedores firmantes de acuerdos de refinanciación puedan instar la homologación judicial de dichos acuerdos, no nos consta que ningún acuerdo haya sido homologado a instancia de una entidad diferente a la propia deudora.

⁸ No ha ocurrido así con las cuestiones relativas a la sucesión de empresa, a efectos laborales, con la compra de unidades productivas, habiéndose atribuido la competencia a la jurisdicción social.

y los efectos que contiene el mismo. Se pondrá a disposición de los acreedores el acuerdo.

Tras lo cual, el juez otorgará la homologación siempre que se cumplan los requisitos del apartado primero de la Disposición Adicional 4.^a que a continuación enumeramos (que se remite a la letra a) y los núms. 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis): (i) haya sido suscrito por al menos el 51 por 100 de los pasivos financieros en el momento de la adopción del acuerdo; (ii) que se proceda a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; (iii) que se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo para acordar el acuerdo, y (iv) que se formalice en instrumento público.

Si, cumplidos los requisitos señalados, las mayorías certificadas por el auditor son suficientes para que los efectos de la refinanciación sean extendidos a los disidentes, dicha extensión es acordada en la misma resolución.

IV. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS JUDICIALMENTE

1. Cuestiones objeto de discusión en la impugnación de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente

Acordada la homologación, se otorga un plazo de quince días para que los acreedores afectados por la homologación que no hubiesen suscrito el acuerdo o hubiesen mostrado su disconformidad al mismo puedan impugnarlo; sin embargo, como ahora veremos, los argumentos para combatir la homologación no será cuestionar si el acuerdo cumple o no con los requisitos formales para ser homologado. Las únicas cuestiones a debatir en la impugnación serán la inexistencia de mayorías suficientes (discutir el certificado del auditor) o que el sacrificio exigido a los acreedores disidentes es desproporcionado.

No se permite en este punto, cuestión que quizá sería importante, discutir o valorar si el plan de viabilidad es realista o si quiera realizable. Los Juzgados así se han pronunciado, declarando que el debate debe limitarse a las dos cuestiones únicamente. Así se ha pronunciado, entre otros, el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de los de Madrid, en su resolución de veintidós de julio de dos mil dieciséis: *«Ello no obstante, este motivo de impugnación no tiene cabida en el procedimiento de impugnación de los acuerdos de homologación tal y como se encuentra configu-*

rado legalmente, razón por la cual ha de ser rechazado de plano, sin necesidad de examinar si, como sostiene la parte impugnante, la operación bajo la apariencia de una refinanciación enmascara lo que en realidad es una operación de toma de control de una compañía o si el plan de viabilidad aportado garantiza la continuidad de la compañía.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que el apartado 7.º de la DA 4.ª es taxativo a la hora de establecer que los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido».

En idéntico sentido, la reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de fecha 24 de octubre de 2016, resolviendo la impugnación contra el acuerdo de homologación de Abengoa, el juez señala a este respecto que *«en sede de impugnación, no puede revisarse lo analizado, es decir, si existe plan de viabilidad, si (sic.) al acuerdo responde a éste (lo que incluye la cuestión ya resuelta acerca de si el acuerdo ha de ser suficiente por sí mismo o si puede alcanzarse la viabilidad con medidas externas e incardinadas en el plan) o si el plan contiene conclusiones aparentemente razonables, sino si, a pesar de ello, no será posible la continuidad de la empresa. Pues entender lo contrario, es decir, permitir un nuevo examen de la totalidad de los requisitos cuya concurrencia se apreció en una fase anterior sobre la base de que el sacrificio subyace al incorrecto control efectuado, conduciría a dejar sin sentido el carácter tasado de las causas de impugnación que establece la Disposición Adicional Cuarta».*

Esta limitación del objeto de la discusión, entendemos ha tenido un tremendo impacto en las resoluciones dictadas hasta el día de hoy, dado que, cumpliendo con los requisitos formales, se hace prácticamente imposible que se estime una impugnación a una homologación volcando en el disidente la carga de probar que el acuerdo no cumple con los requisitos legales.

1.1. El cómputo de las mayorías

El primer argumento que la Disposición Adicional 4.ª permite ser utilizado para discutir un acuerdo de refinanciación homologado es la concurrencia (o falta) de las mayorías necesarias para la homologación del mismo. Así, la Ley Concursal establece que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que, además de cumplir otros requisitos⁹, sea suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por 100 de los pasivos financieros en el momento de la adopción del mismo.

⁹ Las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis de la Ley Concursal.

En relación con los pasivos financieros, lo primero a señalar es que quedan excluidos del cómputo aquellos acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93, pero tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.

En relación con la definición de endeudamiento financiero, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas señala¹⁰ que en «*esta categoría debe incluir a los acreedores como las entidades de crédito, con independencia del instrumento con el que se haya formalizado la financiación y en su caso de las garantías exigidas, así como otras personas, entidades o intermediarios ya sean sometidos o no a supervisión financiera y que hayan financiado a la empresa mediante los mercados de capitales (bonos, pagarés, etcétera) o de forma bilateral o multilateral (préstamos sindicados, etcétera). La categoría de pasivos financieros excluye, por lo tanto, a los acreedores laborales, a los acreedores de derecho público, a los acreedores por operaciones comerciales, así como a otros acreedores cuya financiación otorgada no responda a los criterios anteriores previstos para los acreedores financieros*».

Por su parte, señala PULGAR EZQUERRA¹¹ que «*podría incluirse cualquiera de las entidades enumeradas en las letras b) y c) del apartado 1 del art. 4 RD-l 5/2005, de 11 de marzo, modificado por la Ley 11/2015, de 18 de junio (RCL 2015, 914) ; los organismos de inversión colectiva, así como sus compartimentos de inversión definidos en la Directiva 2011/61UE (LCEur 2011, 1028) del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, por la que se modifican las Directivas 2003/41CE (LCEur 2003, 2942) y 2009/65CE (LCEur 2009, 1710) y los Reglamentos (CE) 1060/2009 (LCEur 2009, 1709) y (UE) núm. 1095/2010 (LCEur 2010, 1750) , con independencia de su naturaleza jurídica o contractual o de la vía o vehículo a través del cual hayan instrumentado su participación directa o indirecta en el pasivo objeto del acuerdo de refinanciación; fondos o vehículos de finalidad especial de titulización, con independencia —de nuevo— de su naturaleza legal o contractual, así como cualquier vehículo fiduciario, fondo de cualquier tipo o cualquier otra entidad o persona jurídica, cualquiera que sea su naturaleza y cuyo objeto social contemple como actividad conceder, participar y/o invertir en préstamos, créditos, activos financieros análogos u otras operaciones de naturaleza equivalente.*»

¹⁰ BOICAC núm. 102/2015, consulta 1. Sobre la correcta interpretación de los términos «pasivo», «pasivos financieros» y «grupo» regulados en el artículo 71.bis y la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹¹ PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuraciones societarias: incumplimiento de acuerdos homologados de refinanciación», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 141/2016.

Por último, en relación con esta definición, los jueces de lo mercantil de Madrid, en sus conclusiones de la reunión celebrada en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 señalan que *«no se aprecian razones para efectuar ninguna restricción respecto del concepto de pasivo financiero utilizado en la norma 9.ª del Plan General Contable basado en la NIC 39, salvo las que propiamente hace el Legislador al excluir los débitos por operaciones comerciales, que en la normativa contable sí estarían expresamente incluidos. Consideramos que esta interpretación favorece la seguridad jurídica, pues permite aplicar de manera cierta las reglas de cómputo de mayorías basándose en la contabilidad del deudor y sin necesidad de analizar, una a una, la exacta naturaleza como «contrato de financiación» (atípica en nuestro Derecho) de la relación jurídica. Interpretación que, en aras de la exhaustividad, debe significarse que no santifica la corrección de la contabilidad del deudor, que en casos extremos podría llegar a fiscalizarse»*.

Habida cuenta de la definición expresada, hay que tener en cuenta las mayorías exigidas en el acuerdo para la extensión de efectos que supongan esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. En ese supuesto, para la homologación se exige que el acuerdo lo suscriban al menos el 60 por 100 del pasivo financiero.

Por su parte, si quieren aplicarse esperas entre cinco y diez años, quitas o participación de deuda en acciones/participaciones de la sociedad deudora, se exigirá que lo apoyen el 75 por 100 del pasivo financiero. Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por 100 del pasivo financiero, las siguientes medidas:

A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, se extenderán, por la homologación judicial, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por mayoría del 65% o del 80%, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas.

Por último, la certificación del auditor se regula con carácter general en el artículo 71 bis 1 b) 2.º de la Ley Concursal. Dicho certificado sólo tiene que declarar la existencia de la mayoría exigida, sin que sea preciso que especifique el porcentaje concreto alcanzado (aquí añadiría o citaría la Norma Técnica elaborada para realizar esos trabajos).

1.2. El concepto de sacrificio desproporcionado

La segunda de las cuestiones que permite impugnar un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente es que el mismo suponga un sacrificio desproporcionado a los acreedores disidentes. Pese a la multitud de reformas que ha sufrido la Ley Concursal, en relación con la homologación de acuerdos de refinanciación, no se ha conseguido delimitar legislativamente qué se entiende por desproporcionado, ni siquiera qué elementos de juicio deben tenerse en cuenta para analizar si el sacrificio exigido a los disidentes es o no desproporcionado.

El apartado 22 de la letra c) de la Recomendación de la Comisión de la UE de 12 de marzo de 2014 establece que «el plan de reestructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según los casos».

En este sentido, el profesor CARRASCO PERERA¹² señala que «un sacrificio es desproporcionado cuando el acuerdo de refinanciación obliga a los acreedores discrepantes a soportar un dividendo concursal inferior a la cuota de liquidación que les hubiera correspondido de haberse llegado directamente a la venta de los activos en concurso».

Es decir, se debe considerar como desproporcionado exigir al acreedor disidente que su posición acreedora, tras el acuerdo de refinanciación, sea menor que aquello que hubiera recuperado en un proceso concursal, tanto transmitiendo la unidad productiva en funcionamiento como liquidando al deudor

Por otro lado, la primera versión de la Disposición Adicional 4.^a, vigente sólo del 1 abril 2009 hasta el 11 noviembre 2010, ha servido de sustento a nuestros Juzgados¹³ para que desarrollen el concepto de desproporción, donde valoraban la suficiencia y proporción de las garantías que se exigían a la situación concreta de mercado.

Esta primera concepción de sacrificio desproporcionado progresó y se incluyó dentro del concepto de desproporción la exigencia al disidente de que aumentara su riesgo crediticio¹⁴, así se limitaba expresamente que los acuerdos de refinanciación exigieran al disidente la aportación de dinero nuevo, uso de líneas de avales, etc.

¹² CARRASCO PERERA, Ángel: «El valor de la garantía real y el sacrificio desproporcionado en los acuerdos de refinanciación», *Análisis GA&P* / marzo 2014.

¹³ Auto 244/2012 del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 4 de Ciudad Real, de 7 de agosto; Auto núm. 186/2012, de 10 de julio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón; Auto 153/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, de fecha 5 de junio.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona núm. 118/2013, de 7 de agosto.

La jurisprudencia también ha considerado que es desproporcionado tratar a acreedores con la misma categoría de forma diferente. Así se prohíbe la postergación de créditos que merecen mayor protección¹⁵. El Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, resolviendo la impugnación de la homologación de la refinanciación de la cadena EROSKI, señala de forma clara tres aspectos que deben ser analizados de cara a valorar si el sacrificio exigido es desproporcionado: (i) comparación de la situación patrimonial del acreedor disidente antes y después del acuerdo; (ii) expectativa de recuperación en caso de liquidación; (iii) posición del acreedor disidente respecto a los acreedores adheridos. Esta sentencia sigue la citada Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014.

En la misma línea, el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, en su resolución de fecha 28 de junio de 2013, señalaba que «no se trata de apreciar simplemente que la refinanciación promueve la continuidad de la actividad empresarial y evita el concurso de acreedores, sino de constatar que las posibilidades de cobrar de esos acreedores disidentes son mayores con la homologación del acuerdo de refinanciación que sin ella». Esta sentencia, pese a la clara intención de las refinanciaciones de proteger la continuidad de las empresas deudoras, recuerda la necesidad de salvaguardar los legítimos intereses de los acreedores.

Por último, como elemento identificador de la desproporción en el sacrificio exigido al disidente, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, en su sentencia de 23 de julio de 2015, señala que es desproporcionado que se le someta a un acuerdo de refinanciación, abocado al fracaso desde el inicio.

En caso de que el acreedor disidente considere que existe falta de viabilidad de la sociedad deudora refinanciada, la denuncia debe hacerse a través de la impugnación a la homologación por existencia de sacrificio desproporcionado¹⁶. Esta consideración de que los acuerdos de refinanciación protegidos por la legislación concursal tienen que tener un contenido conservativo, y no liquidativo, entran en conflicto cuando se comprueba la indefinición del corto o medio plazo.

AZOFRA y PÉREZ¹⁷, ya en el 2009, señalaron que «no se concreta el alcance del corto y medio plazo, lo que creará enorme tensión e incertidumbre. Las normas contables nos pueden dar alguna pista, pero quizá no concluyente, dado que contemplan sólo el “corto” y el “largo” plazo, situando en un año la frontera entre uno y otro (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, Plan General de Contabilidad). Si “largo” es más de un año, “medio y corto”, ¿debería ser menos de un año? La norma debería haber establecido un plazo cierto, no opinable, en lugar

¹⁵ Sentencia núm. 195/2015, de 23 julio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao o sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona, de fecha 28 de junio de 2013.

¹⁶ Auto de 5 de junio de 2012, Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona.

¹⁷ AZOFRA VEGAS, Fernando y PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», *La Ley*, núm. 7161, 2009.

de contener un término jurídico indeterminado». En similar sentido, el profesor SÁNCHEZ-CALERO señala que la respuesta a dicha cuestión habrá que fundarla en la legislación y prácticas contables¹⁸.

2. Dificultad de conseguir una impugnación

No consta a día de hoy que se haya conseguido una resolución por la que se impugne una homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y ello debido a que, a nuestro juicio, los requisitos antes expuestos dan poco margen para la discusión.

El acreedor disidente tendrá que combatir el certificado del auditor, quien, conociendo la compañía y con acceso a la misma, ha comprobado la suficiencia del pasivo para el acuerdo requerido. Por otra parte, no se trata de emitir una opinión sobre el pasivo o pasivo financiero, ni sobre su cuantía o composición, sino sobre el cumplimiento de los ratios previstos en la legislación. Cuestión que se anticipa compleja.

El segundo de los puntos que el legislador ha optado por permitir que sea objeto de discusión en un procedimiento de impugnación de homologación de acuerdos de refinanciación, como ya hemos señalado, es la existencia o no de un sacrificio desproporcionado para el acreedor disidente.

La jurisprudencia hasta el momento no ha entendido que ninguno de los acuerdos homologados suponga un sacrificio desproporcionado, con la complejidad que hemos analizado, antes de la indeterminación del concepto de desproporción.

Siendo tan limitadas las herramientas que permitirían al disidente combatir la homologación de un acuerdo de refinanciación, cabe plantearse si convendría a los disidentes intentar conducir la discusión sobre la conveniencia de la homologación a un trámite anterior al de la propia impugnación, como sería el momento de la admisión a trámite de la solicitud de homologación judicial. Contra dicha providencia habrá que interponer recurso de reposición (plazo de cinco días), donde el objeto de la discusión será más amplio.

En dicho procedimiento, el disidente podría impugnar la falta de un verdadero plan de viabilidad (cuestión vedada en el procedimiento de impugnación) argu-

¹⁸ Nota técnica 8, emitida por el Registro de Economistas Forenses: «Recordemos que desde el punto de vista contable o de auditoría no existe el medio plazo, ya que corto plazo se refiere al plazo temporal inferior al año, mientras que el largo plazo se consideraría superior a un año. Entendemos que, en todo caso, el medio plazo no debería superar el término temporal de los cinco años que se establece en la Ley Concursal como término máximo de proposición de un convenio».

mentando que el plan propuesto no cumple con los requisitos de la Ley Concursal.

V. CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo anterior, entendemos que queda suficientemente acreditada la dificultad que existe bajo la normativa actual, conseguir la impugnación de un acuerdo de refinanciación homologado. Tanto la voluntad del legislador puesta de manifiesto en las sucesivas modificaciones legales, como en la interpretación que los Juzgados han venido realizando de los aspectos que más debate permitían, conducen irremediablemente a que un acuerdo de refinanciación homologado sea difícilmente impugnable siempre y cuando, por supuesto, dicho acuerdo guarde los principios básicos puestos de manifiesto en este estudio.

*(Trabajo recibido el 25/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)*

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

AMANAY RIVAS RUIZ

Notario de Fuenlabrada

RESUMEN

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos ha sido objeto de reciente introducción en nuestro Derecho dentro del marco de lo que podríamos llamar la fase preconcursal, encontrándose regulado en la propia Ley Concursal. Se trata de un expediente, ya existente en el derecho comparado, con el que el legislador busca dotar al deudor de una herramienta eficaz para intentar salir de una situación de dificultad en los pagos que pueda desembocar en un concurso de acreedores, mediante una negociación con sus acreedores, dirigida y supervisada por un especialista llamado Mediador Concursal. La regulación actual de esta nueva figura es el resultado de varias reformas sucesivas, todas ellas encaminadas a dotarle de la mayor efectividad posible, combinando la agilidad procedimental con el control de los requisitos de acceso por parte de un instructor del expediente, distinto del mediador concursal, y con la publicidad de su tramitación. En este trabajo se lleva a cabo un análisis descriptivo y crítico de esta figura, con especial referencia al ámbito subjetivo, al iter procedimental y a sus efectos, y se hace además mención al cauce especial que en el año 2015 se ha abierto a los consumidores a través del artículo 242 bis de la Ley Concursal.

Palabras clave: deudor, insolvencia, negociación, mediador concursal, instructor, acuerdo extrajudicial de pagos

OUT OF COURT SETTLEMENT OF PAYMENTS

AMANAY RIVAS RUIZ

Notary Public in Fuenlabrada

ABSTRACT

The Out of Court Settlement of Payments has been recently introduced in our legal system among the pre-bankruptcy institutions, and it is presently regulated by the Spanish Bankruptcy Act. This new institution, that already exists in other countries, aims to provide an effective instrument with which any debtor in a state close to insolvency may be able to avoid ending up into bankruptcy, by developing an assisted negotiation with his creditors led by an specialist called bankruptcy mediator. The present regulation of this institution is the result of several amendments, all of which have looked for the highest effectiveness, and combines an agile procedure with the control of the access requirements

by an instructor of the file process and the publicity of the whole procedure. This paper analyses, both descriptive and critically, this institution, emphasizing on the subject scope, the proceeding that has to be followed and its effects, with special reference to the special procedure applicable to consumers regulated in section 242 bis of the Bankruptcy Act.

Keywords: debtor, insolvency, negotiation, bankruptcy mediator, instructor of the file process, out of court settlement of payments,

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO SUBJETIVO DEL AEP. 1. Requisitos negativos. 2. Requisitos positivos. 2.1. Deudores personas jurídicas, sean o no sociedades de capital. 2.2. Deudores personas físicas, o personas naturales. 3. Diferencias según que el deudor persona física sea empresario a efectos concursales o no lo sea, es decir, sea un consumidor. 4. Aclaraciones.—III. EL INSTRUCTOR DEL EXPEDIENTE Y EL MEDIADOR CONCURSAL: DOS FIGURAS DIFERENCIADAS. 1. El instructor del expediente. 1.1. Delimitación competencial. A) Competencia registral. B) Competencia notarial. C) Competencia de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. 1.2. Funciones. 2. El mediador concursal. 2.1. Naturaleza jurídica de esta figura. 2.2. Funciones. 2.3. Retribución del mediador concursal.—IV. PASOS DEL EXPEDIENTE. 1. Solicitud del deudor, aceptación de la misma y efectos. 1.1. Solicitud del deudor. 1.2. Aceptación de la solicitud. 1.3. Efectos de la aceptación de la solicitud. 2. Designación del mediador concursal. Aceptación del cargo. 2.1. Designación del MC. 2.2. Aceptación del mediador. 3. Comunicaciones. 3.1. Al Juzgado competente para entender del concurso: juez de lo mercantil del domicilio del deudor. Efectos. 3.2. A la Agencia Tributaria. 3.3. A la Seguridad Social. 3.4. Al Registro público de personas donde figure inscrito el deudor. 3.5. A los Registros públicos de bienes. 3.6. Al Registro Público Concursal. 3.7. Al representante de los trabajadores (en caso de haberlos). 4. Fase de negociación con los acreedores para la consecución de AEP: determinación de los acreedores y comprobación de documentación. Preparación y formulación de la propuesta del acuerdo extrajudicial. Reunión con los acreedores. Contenido posible del AEP, mayorías para su aprobación, efectos y su extensión. 4.1. Determinación de los acreedores y comprobación de documentación. 4.2. Preparación y formulación de la propuesta del Acuerdo Extrajudicial. Art. 236 LC. 4.3. Reunión con los acreedores. 4.4. Contenido posible del AEP. Mayorías para su aprobación, efectos y su extensión. Arts. 236, 238 y 238 bis LC. A) Posible contenido. B) Mayorías. C) Efectos. D) Extensión de efectos o «efecto arrastre» del AEP. 5. Conclusión del expediente, con o sin AEP. Impugnación del AEP. 5.1. Consecución de un AEP. 5.2. Impugnación del AEP. 5.3. No consecución de un AEP. 5.4. Concurso consecutivo.—V. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO PARA EL DEUDOR CONSUMIDOR: Art. 242 bis LC. 1. Competencia exclusiva notarial. 2. Juez competente. 3. Plazos. 4. Mediador concursal. 5. Arancel del mediador concursal. 6. Efectos de la no consecución del AEP.—VI. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos (en adelante, AEP) es una institución pre-concursal, procedente del derecho comparado, que busca lograr evitar, en la medida de lo posible, situaciones de insolvencia definitiva e irrecuperable mediante una negociación organizada y controlada entre el deudor y sus acreedores, dirigida por un profesional, que es el denominado mediador concursal (en adelante, MC), con carácter previo a la fase propiamente concursal.

Ya en el año 2009 se había introducido en la Ley Concursal la figura del «Acuerdo de Refinanciación» homologado judicialmente (a través de la Disposición Adicional Cuarta, añadida por el Real Decreto-Ley 3/2009), como figura previa al concurso encaminada a facilitar una negociación con los acreedores, fundamentalmente acreedores financieros, que permitiese al deudor anticiparse a situaciones de insolvencia definitiva mediante la negociación de acuerdos de refinanciación de la deuda que, en caso de finalmente no evitar la insolvencia y acabar el deudor solicitando el concurso, no se vieran afectados por las acciones de rescisión concursal. Debido a su regulación inicial este mecanismo demostró cierta utilidad para empresarios de tamaño mediano y grande, pero no así para pequeños empresarios y particulares, respecto de los cuales los acreedores financieros no eran sensibles al empleo de esta figura. Así, no existiendo una institución equivalente que permitiera a estos deudores una salida negociada con sus acreedores antes de entrar en la fase concursal, pero siendo ya previsible la situación de insolvencia, se daba en nuestro derecho *de facto* una respuesta asimétrica ante situaciones de insolvencia equivalentes en función de la naturaleza del deudor, pues a los pequeños empresarios y particulares, en caso de insolvencia previsible, nuestro derecho no les daba otra vía que el procedimiento concursal convencional. Y, sin embargo, la experiencia demostraba que el procedimiento concursal en pocas ocasiones servía para recuperar al deudor y la mayoría de las veces concluía en la liquidación de su patrimonio con escasa satisfacción de los

acreedores debido a la iliquidez del mercado nacional y el poco incentivo a la venta de unidades productivas. Hay que esperar hasta el año 2013 para que nuestro legislador dé una respuesta a las necesidades de estos deudores a través de la figura del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

Introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la comúnmente conocida Ley de Emprendedores, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que crea un Título X en la Ley Concursal dedicado específicamente al Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Posteriormente se amplía su ámbito y se corrigen ciertas deficiencias detectadas, siguiendo en parte las recomendaciones en esta materia de la Comisión Europea recogidas en el Memorándum de 2014, a través del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. En su tramitación posterior como ley ordinaria mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, conocida como Ley de Segunda Oportunidad (LSO), que fija la regulación actual de esta figura, se introducen nuevas mejoras a fin de que este expediente sirva realmente a los objetivos a que obedece, que son en definitiva dar una respuesta anticipada a situaciones de insolvencia que todavía son recuperables, cualquiera que sea el deudor¹. Así actualmente, y como indica PULGAR EZQUERRA², el objeto de la figura del AEP es doble: regular un mecanismo de arreglo del pasivo para aquellas empresas que en un concurso de acreedores podrían acogerse a su tramitación abreviada (es decir, que no tienen un pasivo demasiado complejo), y de otro introducir mecanismos de segunda oportunidad respecto de deudores personas físicas que les permita una negociación encaminada a la reestructuración de sus deudas y, en última instancia, acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho.

El AEP es propiamente un expediente que trata de evitar la declaración de concurso de acreedores de los deudores que se encuentren en situación de dificultad en el cumplimiento de sus obligaciones (hay que subrayar que se admite tanto para deudores en situación de insolvencia actual como también inminente si son personas físicas), de manera que, si mediante este expediente no es posible llegar a un acuerdo con los acreedores, entonces se prevé el paso al concurso consecutivo, que para personas físicas no empresarios entra directamente en fase de liquidación, y para el resto de deudores se contempla tanto esta opción como también la posibilidad de llegar a un convenio, para el que el trabajo avanzado en el AEP será especialmente útil.

¹ Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, el mecanismo de la Segunda Oportunidad diseñado en esta ley *«establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación»*.

² PULGAR EZQUERRA, Juana: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, Pymes y Mecanismos de segunda oportunidad». Diario *La Ley*, núm. 8538, sección doctrina, de 13 de mayo de 2015.

Sin embargo, su verdadera relevancia práctica es que se ha convertido para los deudores personas físicas en un primer paso esencial para poder llegar en última instancia a la exoneración del pasivo insatisfecho, prevista en el artículo 178 bis de la Ley Concursal, medida ésta que socialmente se hacía necesaria tras la profundísima crisis económica que nos ha afectado, y que existe y se aplica con normalidad en muchos países de nuestro entorno. No podíamos permitirnos como sociedad dejar sin futuro alguno a una parte de la sociedad que, sin haber obrado de mala fe ni de manera imprudente, habían visto su vida devastada por la crisis sin posibilidad de volver a empezar.

Conforme ha quedado dicho, esta figura se regula actualmente en la Ley Concursal (en adelante, LC), en su Título X, añadido por la Ley 14/2013, modificado por el Real Decreto-Ley 1/2015 y por la Ley 25/2015, y ha sido objeto de desarrollo mediante la Orden Ministerial, JUS/2831/2015, de 29 de diciembre, reguladora del formulario normalizado que debe suscribir el deudor y con el que se inicia el expediente.

Distingue el Título X de la Ley Concursal un procedimiento general, regulado en los artículos 232 y ss., y un procedimiento especial, reservado a los deudores personas físicas no empresarios a efectos concursales, es decir, a los consumidores, que siguiendo el esquema general presenta ciertas especialidades recogidas en el artículo 242 bis LC, y cuya tramitación está reservada en exclusiva al notario que sea competente en el domicilio del deudor. Es por tanto la naturaleza del deudor la que va a marcar la aplicación del cauce general o el especial del artículo 242 bis, de manera que para una mayor claridad vamos a analizar a continuación qué deudores deben ser calificados como empresarios y cuáles no.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DEL AEP

El AEP es un expediente abierto a aquellos deudores, ya sean personas físicas o jurídicas, que se encuentren en situación de insolvencia, sea ésta actual o inminente, pues si esta última abre la vía para que el deudor pueda solicitar la declaración del concurso (art. 6.1 LC), por lógica también debe abrir la vía para este expediente preconcursal. El elemento esencial en este expediente es, por tanto, la situación de insolvencia del deudor, entendida, conforme define el artículo 2.2.º LC, como aquella situación en la que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Para el caso de deudor persona física, la LC contempla que se pueda encontrar en una situación de insolvencia actual o previsible, es decir, que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (específicamente así lo admite el art. 231.1.1.º LC), mientras que para personas jurídicas el expediente se admite para deudores que se encuentren en estado de insolvencia, sin

menCIÓN alguna a la previsibilidad de no poder hacer frente al cumplimiento de las obligaciones, sin que se alcance a entender el porqué a las personas jurídicas queda vedado el acceso a este expediente si la situación de insolvencia es previsible, pues es en estos casos cuando el AEP presenta una mayor potencialidad. Hay autores que entienden que esta diferente delimitación no debe considerarse relevante, pues el supuesto debe ser común para ambos tipos de deudores³, si bien lo cierto es que el artículo que no ha sufrido en este punto modificación desde su introducción en la LC, en cuanto a la situación de insolvencia que abre paso al expediente según que el deudor sea persona física o jurídica, por lo cual entendemos que, ante una situación de insolvencia previsible, el órgano de dirección y representación de la persona jurídica no podrá formular la solicitud y deberá esperar a la situación de insolvencia real.

La definición legal de la situación de insolvencia que recoge la LC en su artículo 2 (el no cumplimiento regular de las obligaciones exigibles), sin embargo, puede resultar en ocasiones poco concreta en la práctica. Para facilitar que cualquier interesado pueda tener conocimiento de su situación financiera personal a fin de determinar la situación de solvencia en la que se encuentra, y si ésta le permite entre otros aspectos el acceso al AEP, con buena intención se previó, mediante la DA 4.^a del Real Decreto-Ley 1/2015, la creación del denominado «medidor de insolvencia», una aplicación informática accesible de forma confidencial y gratuita a través de la *web* del Ministerio de Economía y Competitividad. Sin embargo, a día de hoy no nos consta que dicha aplicación se haya puesto efectivamente en marcha.

No obstante lo indicado, no todo deudor en situación de insolvencia, actual o previsible si es persona física, tiene acceso a la vía del Acuerdo Extrajudicial de Pagos. La LC, en su artículo 231, determina los presupuestos que ha de cumplir el deudor para poder usar este expediente. Hay una serie de requisitos negativos que en ningún caso deben darse en el deudor, pues son impeditivos y vedan el acceso al AEP. Y hay una serie de requisitos positivos que deben ser cumplidos por el deudor para acceder a este canal, que son los fijados por el artículo 231.1 y 2 LC. En estos últimos, distingue la LC, según que el deudor sea persona física o persona jurídica, estableciendo requisitos distintos para uno y otro, llamando en este sentido la atención que la distinción no se haga según la condición de empresario o no del deudor, pues la regulación posterior del expediente diferencia nítidamente entre el deudor empresario y el no empresario. Analicemos unos y otros.

³ CABANAS TREJO, Ricardo: «Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RD-L 1/2015 y la Ley 9/2015». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* número 23, sección estudios, segundo semestre de 2015. Editorial *La Ley*, núm. 4408/2015.

1. Requisitos negativos

Es decir, el deudor no debe cumplir ninguno de ellos, pues excluyen la vía del AEP. Son los señalados por el artículo 231 LC en sus apartados 3 y 4:

- 1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Es decir, que el plazo debe considerarse respecto al momento en que previsiblemente se declararía el concurso tras la tramitación del expediente del AEP.
- 2.º Dentro de los cinco últimos años, haber alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o haber sido declarado en concurso de acreedores.

Aclara la propia LC que el cómputo de dicho plazo comienza a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación, o del auto que declare la conclusión del concurso.

- 3.º Estar negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación, o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

La manera más sencilla de comprobar que el deudor no cumple ninguno de estos presupuestos impeditivos es la aportación del certificado de antecedentes penales y la consulta al Registro Público Concursal. Sin embargo, en relación con el certificado de antecedentes penales y dado que se puede solicitar la cancelación de los antecedentes en relación con las penas menos graves al cabo de cinco años desde el cumplimiento de la pena (art. 136 CP), pudiera ocurrir que el certificado de antecedentes penales no siempre sea una garantía absoluta para acreditar el no cumplimiento de estos requisitos. En todo caso, será conveniente que el deudor solicitante del AEP, al tiempo de formular la solicitud, además asevere bajo su responsabilidad que no cumple ninguno de los presupuestos impeditivos, de manera que, si no fuera así, se apreciaría mala fe y perdería los beneficios que ello comporta para la fase concursal.

2. Requisitos positivos

En este apartado hay que distinguir, siguiendo al artículo 231 LC en sus apartados 1 y 2, entre los deudores personas físicas y deudores personas jurídicas.

2.1. Deudores personas jurídicas, sean o no sociedades de capital

- 1.º Que se encuentren en estado de insolvencia, que debe entenderse conforme se define en el artículo 2 LC.
- 2.º Que en caso de ser declarados en concurso, el mismo no revista especial complejidad, conforme establece el artículo 190 LC. Es decir: a) que el listado de acreedores que presente el deudor sea menor de 50; b) que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; y c) que la valoración de sus bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. O dicho de otra manera, debe tratarse de deudores cuya situación patrimonial no sea especialmente compleja, pues de lo contrario los breves plazos de que se dispone en este procedimiento para negociar y lograr un acuerdo harían muy difícil concluirlo con éxito.
- 3.º Que dispongan de bienes suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. No se menciona este requisito expresamente para los deudores personas físicas, sin que se entienda el porqué de esta diferenciación.

2.2. Deudores personas físicas, o personas naturales

- 1.º Que se encuentre en situación de insolvencia, conforme al artículo 2 LC, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, es decir, situación de insolvencia actual o previsible.
- 2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. Ningún límite se establece para las personas físicas; sin embargo, en cuanto a la valoración del activo, ni en cuanto al número de acreedores.
- 3.º Si el deudor es persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance, lo cual facilitará la tarea del mediador concursal, permitirá comprobar si ha llevado adecuadamente la contabilidad, y en un momento posterior facilitará la calificación del eventual concurso como culpable o fortuito (art. 164.2 LC).

3. Diferencias según que el deudor persona física sea empresario a efectos concursales o no lo sea, es decir, sea un consumidor

La diferencia esencial va a ser el cauce procedimental que se va a seguir en uno u otro caso, pues en el supuesto de deudor persona física no empresario se van a aplicar ciertas especialidades recogidas en el artículo 242 bis LC, mientras

que a los deudores personas físicas empresarios y a los deudores personas jurídicas, sean o no empresarios, se les aplicará el procedimiento general.

Esta situación que es la actual, y que es aparentemente clara, sin embargo, en su aplicación práctica presenta ciertas dudas a la hora de calificar a ciertos deudores personas físicas como empresarios o como no empresarios. ¿Ello a qué obedece? Obsérvese que el artículo 231 LC, en su redacción actual, admite la utilización de esta vía del AEP para cualesquiera deudores personas físicas, ya sean empresarios o particulares. Sin embargo, en su origen, el expediente del AEP sólo se admitía para personas jurídicas y para personas físicas empresarios «a efectos concursales», pero no para los particulares, es decir, para personas físicas no empresarios. La realidad socioeconómica, sin embargo, vino a demostrar la necesidad de extender esta figura también a los consumidores y ello se hizo mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, creándose un procedimiento especial para ellos más sencillo en sus trámites y breve en sus plazos regulado en el artículo 242 bis LC, que sigue el esquema general, pero con particularidades encaminadas a dotar de más agilidad al expediente.

Esta configuración inicial explica el porqué determinadas personas físicas tienen la consideración de «empresario a efectos concursales» del AEP (los definidos por el art. 231.1.2.º LC), a los que con la regulación actual de este expediente no tendría sentido que se les calificara como tales, pero que debido a ello deben seguir el cauce general. Esto entendemos que se debe a que en el año 2013, dentro de que el AEP se reservaba únicamente a empresarios, se buscaba permitir el acceso a este expediente al mayor número posible de deudores y, por tanto, lograr un ámbito subjetivo lo más amplio posible, pero posteriormente en las reformas del año 2015 no se llevó a cabo la necesaria adaptación de la redacción del ámbito subjetivo de aplicación, por lo que han quedado *a posteriori* sometidos algunos de ellos al esquema general, y no al particular del artículo 242 bis LC introducido después, que parece que respondería mejor a sus necesidades y realidad económica. Piénsese, por ejemplo, en un profesional, es decir, un abogado que tiene su bufete, un arquitecto que tiene su estudio, o un médico que tiene su consulta privada, o un administrador que por su consideración de autónomo entra en el cauce general, cuando en muchos de los casos sus deudas pueden venir de su vida particular y no de su actividad como tal administrador o profesional y, sin embargo, al tener la consideración de «empresario a efectos concursales» deben acudir al procedimiento general.

La delimitación de qué deudores tienen la consideración de «empresarios a efectos concursales» y cuáles no, como ha quedado antes apuntado, es por tanto relevante, pues determina el cauce procedimental a seguir y que el encargado de tramitar dicho expediente sea el notario, el registrador mercantil, o bien la Cámara de Comercio, según se analiza con más detenimiento en el epígrafe 1.1 del siguiente Capítulo III.

Así, para ser exactos, el procedimiento general se va a aplicar a todas las personas jurídicas, sean o no empresarios, y a las personas físicas que tengan la consideración de empresarios conforme a lo dispuesto en el artículo 231.1.2.º LC, que señala que: «*A los efectos de este título se considerarán empresarios personas naturales, no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejercen actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos*»; mientras que el procedimiento especial del artículo 242 bis LC se va a aplicar única y exclusivamente a las personas físicas no empresarias a efectos concursales, es decir, a los consumidores.

4. Aclaraciones

1. Lo esencial es la condición del deudor y no el origen de las deudas. Así, por ejemplo, no alterará esta regla el hecho de que para un empresario la principal deuda sea la hipoteca de la vivienda habitual, o que una persona física no empresaria sea fiadora de una sociedad y su pasivo provenga del incumplimiento de las obligaciones de la sociedad garantizada y su posterior reclamación como fiador.
2. El acuerdo extrajudicial de pagos está previsto sólo para personas, ya sean naturales o jurídicas, lo que el artículo 231 LC exige al fijar los presupuestos de aplicación del Título X, relativo al AEP, quedando excluidos los entes sin personalidad jurídica. En consecuencia, que ni las comunidades de bienes como tales pueden acceder al expediente, ni las herencias yacentes, ni las comunidades de propietarios.
3. Existe una sola exclusión legal subjetiva: las entidades aseguradoras y reaseguradoras no pueden acudir a este expediente del AEP (art. 231 LC). No acaba de entenderse por ello la previsión del artículo 233 LC, que prevé que, en caso de entidad aseguradora, el mediador concursal designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros, pues las mismas tienen vedado el acceso a este procedimiento.
4. Si bien parte de la doctrina entiende, dada la literalidad de los artículos 231 y ss. LC, que el expediente del AEP sólo puede referirse a un único deudor, considero que sí es posible tramitar un solo expediente para dos deudores siempre y cuando sean cónyuges, la vivienda familiar les pertenezca en propiedad y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, pues así lo contempla expresamente el artículo 232.2, último párrafo LC. Además, la propia LC contempla la tramitación conjunta del concurso de cónyuges en su artículo 25 LC, y si es posible tramitar el concurso de un matrimonio conjuntamente es razonable que un expediente previo que puede desembocar

en concurso y está íntimamente relacionado con el mismo, se tramite igualmente de manera conjunta, pues de otra manera además podría llegarse a soluciones descoordinadas. En este caso puede discutirse si hay que nombrar un solo mediador concursal, o deben nombrarse dos mediadores concursales, uno para cada cónyuge. El nombrar dos permitirá el tratamiento individualizado de las deudas de cada uno, pero lo normal, sobre todo si el régimen es el de gananciales, es que las deudas sean conjuntas, con lo que parece que se logrará un resultado más eficiente nombrando un solo mediador concursal, lo cual facilitará la negociación coordinada con los acreedores.

La duda razonable aparece cuando uno de los cónyuges deudores tenga la consideración de «empresario concursal» y el otro cónyuge no. La DG, en una de las resoluciones que se mencionan en el epígrafe III.1.1.A) siguiente, afirma la competencia registral para la designación de mediador concursal para el caso de una solicitud conjunta formulada por un matrimonio en el que ella es autónoma y su cónyuge un señor jubilado, sin efectuar ninguna precisión ni aclaración. Puede resultar cuando menos discutible que prevalezca la cualidad de uno de los deudores sobre la del otro, al menos *a priori* y sin valorar el origen de las deudas, pero por otro lado es razonable que en la disyuntiva se opte por aplicar el procedimiento general y no especial, pues uno de los dos deudores no encajaría en el ámbito subjetivo de su aplicación.

5. Por último, se plantea una duda respecto a los deudores extranjeros con deudas en España que pretendan acudir a este expediente. ¿Tienen acceso al mismo? La respuesta creemos que debe ser afirmativa, sobre todo si tienen su domicilio o centro principal de sus intereses en España, tanto porque la propia LC contempla la posibilidad de tramitar en España el concurso de personas físicas y jurídicas extranjeras, con domicilio en España o con domicilio en el extranjero, con las particularidades en materia de competencia de los artículos 10 y 11 LC, como porque el propio formulario señala como información a facilitar la nacionalidad del deudor, si es extranjero, tanto si el deudor es persona física como si es persona jurídica.

III. EL INSTRUCTOR DEL EXPEDIENTE Y EL MEDIADOR CONCURSAL: DOS FIGURAS DIFERENCIADAS

1. El instructor del expediente

El legislador, habida cuenta de los importantes efectos que la Ley dota al AEP, ha optado porque este instituto preconcursal sea dirigido y coordinado por entidades o instituciones que entiende que dotan de publicidad y control al mismo, sin

perjuicio de que la negociación entre el deudor y los acreedores la dirija o coordine el mediador concursal, y de hecho la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, que introduce esta figura, así lo entiende⁴.

Es por ello que, conforme se deriva del artículo 232.3 LC, el expediente se tiene que iniciar y debe ser tramitado por:

- Registrador mercantil del domicilio del deudor.
- Notario del domicilio del deudor.
- Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que haya asumido funciones de mediación, de conformidad con su normativa específica, o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

Estas instituciones son las encargadas, dentro de su respectivo ámbito de competencia según vamos a ver, de comprobar que el deudor solicitante reúne todos los requisitos exigidos por la ley y aporta toda la documentación prevista. Comprobados esos requisitos, inicia el expediente, nombra al mediador concursal (salvo que se haya acudido a una Cámara de Comercio que tenga asumidas funciones de mediación, o en caso de consumidor, a un notario que decida actuar como tal), efectúa todas las notificaciones previstas en la ley para dar publicidad al expediente, y lo cierra según que haya habido o no acuerdo extrajudicial entre el deudor y sus acreedores. Es decir, actúan como una especie de «instructor» o documentador del expediente del AEP.

1.1. Delimitación competencial

La delimitación competencial entre estas tres instituciones para su actuación como instructor del expediente la determina el artículo 232.3, 1.º y 2.º párrafos LC, que establece: «*En caso de que los deudores sean **empresarios o entidades inscribibles**, se solicitará la designación del mediador al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspon-*

⁴ Afirma la citada Exposición de Motivos que: «*El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación, como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo*», habiéndose ampliado a las Cámaras de Comercio la posibilidad de tramitar estos expedientes con el Real Decreto-Ley 1/2015.

diente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor. En el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación, de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.»

Cuando el artículo habla de «*empresarios o entidades inscribibles*», ha de entenderse que son los inscribibles en el Registro Mercantil, y no en otros registros, y por eso el artículo indica que se abrirá hoja en ese registro, si no estuviera inscrito.

A) Competencia registral

Así pues, son de competencia registral los expedientes de los deudores que sean:

- Las sociedades mercantiles y demás entidades del artículo 81 RRM.
- Los empresarios individuales que son objeto de inscripción voluntaria, es decir, que tienen la cualidad de inscribibles.
- Los deudores personas físicas que no siendo empresarios mercantiles *strictu sensu*, sí lo son a efectos concursales, de acuerdo con el artículo 231.1.2.º LC.

Las dudas interpretativas que pudieran haber surgido en torno a la competencia registral o notarial para los deudores personas físicas encuadrados dentro del artículo 231.1.2.ª LC han sido disipadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha interpretado la norma, y en dos Resoluciones de 4 y 9 de marzo de 2016 se ha pronunciado sobre sendas negativas de dos registradores mercantiles de Madrid a tramitar la designación de mediador concursal para dos solicitantes que afirmaban la competencia registral de la designación y eran, en los dos casos, trabajadores autónomos y, en consecuencia, empresarios a efectos del artículo 231 LC. Se aclara que estas resoluciones no han sido publicadas en el *BOE* por no ser resoluciones contra calificaciones, sino contra una decisión relacionada con «*otras funciones del registro mercantil*», tales como el nombramiento de auditor o sobre convocatoria de Junta. La DGRN ha venido a afirmar en dichas resoluciones, sin ninguna matización, la competencia registral en ambos casos, con unas afirmaciones que si bien no compartimos íntegramente, parece que son el criterio a seguir por nuestro Centro Directivo, pues las repite en ambas resoluciones y, por tanto, por cuestiones prácticas parece aconsejable seguir. Afir-

ma la DG la competencia registral en esta materia para aquellos solicitantes personas físicas que ostenten la condición de empresarios conforme a la legislación de la Seguridad Social; ostenten la condición de trabajadores autónomos, o ejerzan actividades profesionales (aunque en este punto reconoce la dificultad de definir tal actividad), quedando aquí encuadrados, por ejemplo, abogados, arquitectos y médicos. Respecto a quienes tienen la consideración de autónomo y de empresario a efectos de la legislación de la Seguridad Social, hay que tener en cuenta los artículos 136, 138, 305 y 306 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RD-Ley 8/2015).

Por tanto, caen en el ámbito de la competencia registral:

- Por tener la consideración de *empresario a efectos SS*, quien tenga contratado a un empleado de hogar (art. 138.3 y 136.2.a TRLGSS).
- Por tener la consideración de *trabajador autónomo*, el administrador de una sociedad con cargo remunerado si posee el control efectivo, que se presume, salvo prueba, si ostenta al menos el 25% del capital social. En otro caso, será trabajador por cuenta ajena y no se considerará empresario a efectos concursales (arts. 305.2.b y 136.2.c, respectivamente TRLGSS).

B) Competencia notarial

Por su parte, la competencia del notario se define en el artículo 232.3 LC por exclusión. En consecuencia, *a sensu contrario*, serán de competencia notarial los expedientes en los que el deudor sea:

- Persona física no empresario según el artículo 231.1.2.º LC, con competencia exclusiva y excluyente, y se tramitará por la vía del procedimiento especial del artículo 242 bis.
- Persona jurídica no inscribible, debe entenderse que en el Registro Mercantil. Es decir, para asociaciones, fundaciones, y sociedades civiles con excepción de las sociedades civiles profesionales (art. 16.1.7.º CCom).
- Entendemos que también cuando se trate de sociedades que desarrollen actividades empresariales, pero que no sean inscribibles en el Registro Mercantil, como las cooperativas, con exclusión de las cooperativas de crédito.
- En el caso de sociedades civiles que se aprecie que el objeto es mercantil, respecto de las que genera duda razonable el asumir el expediente,

en la práctica es un supuesto que escasamente se planteará, pues el cambio de fiscalidad de estas sociedades introducido por la Ley 26/2014, que ha modificado la Disposición Transitoria 19 de la Ley 35/2006, reguladora del IRPF, ha hecho que, a partir de junio 2016, la mayoría hayan optado por disolverse o bien por transformarse en sociedad mercantil.

Hay que apuntar en este punto que la Orden Ministerial JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, limita la competencia notarial en su artículo 2.1 a las personas jurídicas no empresarias, cosa que la ley no hace, pues se atribuye al notario la competencia para las personas jurídicas y en general entidades no inscribibles en el Registro Mercantil. Este punto es relevante en relación con las cooperativas.

C) Competencia de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación

Por último, para deudores personas jurídicas y para deudores personas físicas que sean empresarios, serán competentes las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que tengan asumidas funciones de mediación de conformidad con su normativa específica, y la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, si el deudor opta por dirigir a ellas la solicitud de tramitación del expediente. Se ha buscado con ello por el legislador ampliar el abanico de entidades con competencia para tramitar estos expedientes, vedándoles únicamente los relativos a consumidores, debido a que el carácter netamente mercantil de estas instituciones les aleja del ámbito propio de los consumidores.

1.2. Funciones

El instructor debe llevar a cabo las siguientes actuaciones en el orden secuencial que se indican, quedando sujeto a las normas formales y de procedimiento que marca la LC, pues la actuación es cuasijurisdiccional en cuanto que conductora del expediente. Así, habrá de:

- 1.º Comprobar que el deudor cumple los requisitos que señala el artículo 231 LC.
- 2.º Comprobar que el deudor facilita los datos y aporta la documentación exigida por el artículo 232 LC, y desarrollada por la Orden Ministerial que aprueba el formulario.

- 3.º Valorar su competencia para la tramitación del expediente, tanto material, conforme a los artículos 232.3 y 231.1.2.º LC, ya comentada, como, en el caso de registradores mercantiles y notarios, territorial.

A estos efectos deberán tenerse en cuenta las reglas de competencia que definen el Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento Notarial respectivamente, para determinar qué notario o registrador tiene competencia territorial según el domicilio del deudor.

El domicilio de la persona física vendrá determinado por el lugar donde se encuentre empadronada, que habitualmente coincidirá con el que figure en su documento nacional de identidad; mientras que en el caso de la persona jurídica habrá que estar al lugar donde se encuentra el centro de sus intereses principales, entendiéndose por tal el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses y que debe coincidir con el del domicilio. Si no coincidieran ambos, entendemos que la competencia territorial vendría fijada por el domicilio formal sin perjuicio de que el juez al que dirigir la comunicación del inicio y el encargado del eventual concurso sería, conforme al artículo 10 LC, el juez de lo mercantil que corresponda a donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales, siendo ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

- 4.º Y comprobados los extremos anteriores, aceptar el requerimiento del deudor y proceder a la designación del mediador concursal.
- 5.º Una vez aceptado el cargo por el mediador concursal, debe efectuar notificaciones a diversas instancias públicas y dejar debida constancia de las mismas.
- 6.º Por último, cerrará el expediente cuando o bien se logre el AEP, o bien se le comunique la imposibilidad de alcanzarlo.

Los aspectos probablemente más controvertidos, dado que el instructor queda sujeto a las normas y requisitos que de manera clara fijan la LC y la OM JUS/2831/2015, son los relativos a:

- La documentación a exigir al deudor. Este punto lo desarrollamos al analizar el formulario normalizado que recoge la solicitud del deudor.
- La valoración de los plazos, y particularmente el cierre del expediente por inactividad del mediador concursal o del deudor, o por retraso en la reu-

nión con los acreedores. La LC establece un plazo general de tres meses (dos meses para los AEP de deudores consumidores) para el desarrollo de las negociaciones a fin de lograr un AEP. Contempla la eventualidad que en ese plazo no se logre un acuerdo, e incluso que el mediador concursal constate la imposibilidad de alcanzarlo antes del transcurso del plazo dado por la LC para ello y solicite la declaración del concurso (art. 236.4 LC). Pero, sin embargo, no contempla ni menciona la posibilidad de que en el plazo señalado por la LC no se haya celebrado la reunión con los acreedores para la negociación del acuerdo. ¿Cuál debe ser la actuación del instructor si transcurridos tres meses, o dos meses si el deudor es consumidor, no se le ha comunicado la consecución de un acuerdo o bien el fracaso de las negociaciones? Lo razonable es que el instructor se dirija al mediador concursal a fin de recabar información sobre la situación de las negociaciones, pero la duda es si el instructor tiene la facultad de prorrogar los plazos establecidos en la LC. Me decanto por la respuesta negativa, pues a pesar de que pueda resultar excesivamente rígida, lo cierto es que los plazos de la LC son plazos procesales y, por tanto, preclusivos. En consecuencia, deberá cerrar el expediente y comunicarlo así al Registro Concursal. Ello no obsta para que si después del plazo se lograra el AEP, ese acuerdo lógicamente vincule a los firmantes, aunque se plantea la duda de si se extendería el arrastre de los efectos a los acreedores que no hubieran votado a favor del mismo en los términos que establecen los artículos 238.1 y 238 bis LC.

2. El mediador concursal

La apuesta del legislador por la negociación como mecanismo para intentar solventar la situación de insolvencia del deudor se apoya en la atribución de un papel axial al mediador concursal (MC). Éste es el encargado, como profesional con formación en mediación y conocimientos en materia concursal, de comprobar que la documentación aportada es la suficiente para la negociación y que la lista de acreedores facilitada es completa y de desarrollar las negociaciones entre el deudor y los acreedores. El nombramiento y pautas de actuación de esta figura se contienen fundamentalmente en el artículo 233 LC, sin perjuicio de que a lo largo del Título X haya numerosas referencias al mismo.

Como rasgos esenciales de la figura del MC, podemos decir que el mismo debe: ser independiente (así lo subraya la EM de la Ley 14/2013), con formación de mediación para impulsar la negociación entre el deudor y sus acreedores y conocimiento en materia concursal, y es el responsable de dirigir el proceso de negociación desde que acepta el cargo.

2.1. Naturaleza jurídica de esta figura

A pesar del nombre que emplea la LC para designar esta figura, como acertadamente apunta MARQUÉS MOSQUERA⁵, en realidad no nos encontramos ante un verdadero mediador, sino más bien ante una figura híbrida, creada *ex novo* para esta institución, que se aproxima más a la figura de un negociador cualificado.

La mediación como mecanismo de solución de disputas alternativo al judicial (ADR) se basa en cuatro principios esenciales, según establece la Ley 5/2012, que regula la Mediación en asuntos civiles y mercantiles: la voluntariedad, la confidencialidad, la independencia y la neutralidad. En la figura del MC se dan todos estos elementos, si bien quedan en mayor o menor medida modulados por decisión del legislador. Así, en concreto:

1. La voluntariedad de las partes es relativa y de alguna manera quiebra en este expediente, pues si bien se predica plenamente respecto del deudor, que es quien decide iniciar el expediente y sólo si aporta toda la información y documentación necesaria se pondrá en marcha el procedimiento; sin embargo, no puede decirse lo mismo de los acreedores, pues su margen de decisión en cuanto a la participación en el expediente es relativa, ya que aunque no participen pueden quedar igualmente afectados por el acuerdo que se alcance, en los términos que fijan los artículos 238 y 238 bis LC, y aquéllos que no participen se arriesgan además a que su crédito sea calificado como subordinado en un eventual concurso consecutivo (art. 237.1 LC), de manera que, en realidad, no hay plena libertad para participar en este expediente. La LC establece incentivos a aquéllos que participen en la negociación para alcanzar el AEP o, para ser más precisos, establece penalizaciones a los no participantes.
2. En cuanto a la confidencialidad del MC, la misma quiebra por previsión legal desde el momento en que no se logra el AEP y se pasa al concurso consecutivo, así lo prevé expresamente el artículo 242.2.2.^a LC, y el MC es nombrado administrador concursal. Esta previsión es sin duda criticable, pues una de las bases esenciales de la mediación es precisamente la confianza que se logra entre las partes y la negociación de buena fe que facilita el hecho de que el mediador, y también las partes, asumen un deber de confidencialidad durante la misma. Si el deudor o los acreedores cuentan con que si se desemboca en concurso el MC dejará de estar sujeto a un deber de confidencialidad y podrá tener en cuenta en su actuación como administrador concursal todo lo acontecido hasta enton-

⁵ MARQUÉS MOSQUERA, Cristina. «El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 23, sección varia, segundo semestre 2015, Editorial La Ley 4442/2015.

ces y de lo que tenga conocimiento por razón de la negociación, difícilmente se va a poder desarrollar una negociación de buena fe y sin reservar información delicada entre las partes. Se entiende que esta previsión de que el MC pase a ser el administrador concursal obedece al loable interés de no encarecer costes (pues el MC que pase a ser AC no cobrará por esta nueva tarea) y agilizar la tramitación de la fase concursal, ya que el AC conocerá en profundidad la situación del deudor y de los créditos existentes, pero ello se logra a costa de sacrificar uno de los rasgos esenciales de la mediación en el que radica gran parte de su éxito y utilidad.

3. La independencia del MC respecto de ambas partes es una de las cualidades que se pretende preservar precisamente mediante el sistema de designación secuencial que contempla el artículo 233 LC, y quizá sea el rasgo propio de la mediación más reforzado en el MC en la Ley Concursal. Sin embargo, esta independencia queda matizada en los expedientes de deudores consumidores, pues en este caso es el deudor el que elige al notario al que dirige la solicitud de inicio, de manera que si el notario decide asumir las tareas propias del MC, conforme permite el artículo 242 bis 2.3.º LC, en este caso sería el deudor el que en definitiva habría elegido al mediador concursal, por lo que la independencia respecto de las partes quedaría cuando menos atemperada. Quizá la solución podría pasar por someter la elección del notario al mecanismo de turno, conforme se desarrolla en el epígrafe V de este trabajo.
4. En cuanto a la neutralidad, entendida como no interés del mediador en obtener una solución al conflicto, igualmente queda diluida en esta figura, pues el MC debe desarrollar una labor proactiva hacia la obtención del AEP. De hecho es su deber, conforme establece la LC.

En opinión de MARQUÉS MOSQUERA⁶, tal y como está configurada la figura, hay poco de «mediador» en el mal llamado MC, y considera que estamos ante una supuesta novedad en la que en realidad la actuación a desplegar por el MC difiere poco de la labor a desarrollar por cualquier administrador concursal en fase de convenio. Y aunque ciertamente las habilidades específicas en materia de negociación exigibles al MC deberían garantizar una mayor probabilidad de éxito en la obtención de acuerdos con los acreedores, para que pudiera considerarse que esta figura es un verdadero mediador en sede concursal, sería necesario al menos, a su juicio, que gozase de unos plazos más desahogados y de una mayor flexibilidad procedimental, al menos para posibilitar, no ya una, sino diversas reuniones con las partes implicadas; y que además su imparcialidad y neutralidad, así como la confidencialidad, quedaran protegidas en mayor medida.

⁶ MARQUÉS MOSQUERA, C.: *op. cit.*

2.2. Funciones

Siendo la labor principal del mediador la de dirigir e impulsar todo el proceso de negociación para la consecución del acuerdo entre el deudor y sus acreedores, entre sus funciones principales estarán las de: i) comprobar la existencia y cuantía de los créditos; ii) valorarlos adecuadamente conforme a los parámetros que establece la LC, particularmente en cuanto a los créditos con garantía real que se someten a lo establecido en el artículo 94.5 LC; iii) convocar en plazo a los acreedores a la reunión y para ello previamente elaborar una propuesta de acuerdo, conforme prevé el artículo 236 LC (que incluye un plan de pagos y un plan de viabilidad); iv) es el responsable de calcular las mayorías que votan a favor del acuerdo para determinar si son suficientes (hay que recordar que determinados acreedores que no hayan votado a favor del acuerdo van a quedar vinculados por el mismo si se dan dichas mayorías); v) si no se logra alcanzar el AEP (art. 238.3) o se incumple (241.3) debe solicitar la declaración de concurso al juez competente, debiendo para ello acompañar a la solicitud una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación que cumpla con lo establecido en el Título V para uno u otro caso (art. 242.2.1.^a LC), y vi) si se logra el AEP debe supervisar su cumplimiento.

Hay que subrayar que los deberes y la responsabilidad sobre el proceso de quien actúe como MC sólo cesarán con el cumplimiento íntegro del AEP que se haya alcanzado, o bien con la conclusión del concurso del deudor (o en el caso de notario, con el nombramiento por el juez del administrador concursal ya en el seno del proceso concursal). Es decir, que la labor que se asume por el MC, si se logra el AEP, va más allá de la consecución del mismo, pues debe además supervisar su cumplimiento íntegro, con lo que si se acuerdan esperas, hay que contemplar esta circunstancia. Y esto también significa que si el acuerdo no pudiera alcanzarse, no por imposibilidad de conciliar los intereses del deudor y de los acreedores, sino por un actitud pasiva del deudor, no por ello el MC cumple con dejar constancia de ello ante el instructor del expediente y pone fin a su actuación, sino que debe proceder, si el deudor continúa en situación de insolvencia (o en todo caso si el deudor es consumidor), a solicitar la declaración del concurso, aun cuando ello pueda comportar para el MC obligaciones adicionales relacionadas con gastos iniciales del procedimiento concursal, sin perjuicio de que pueda luego resarcirse contra el deudor a través del cauce correspondiente.

2.3. Retribución del mediador concursal

La retribución de los mediadores concursales, prevista en el artículo 233.1.2.^o LC, está a la espera de un anunciado desarrollo normativo. Mientras tanto, conforme a la DA 2.^a de la Ley 25/2015, se determina mediante la aplicación al activo y pasivo del deudor que resulta de la solicitud protocolizada, de los porcentajes correspondientes recogidos en el Anexo del Real Decreto 1860/2004, que regula

el arancel de derechos de los administradores concursales, y previéndose unas reducciones del 30%, del 50% y del 70%, respectivamente, sobre las bases de esa remuneración, en función de que el deudor sea persona jurídica, persona física empresaria o consumidor. Además, se prevé un premio o incentivo al MC, pues si se lograra el AEP se aplicará una retribución complementaria igual al 0,25 por 100 del activo del deudor.

La remuneración debe ser abonada con cargo al patrimonio del deudor, exigiendo la LC expresamente a los deudores personas jurídicas que dispongan antes de iniciar este expediente de un activo suficiente para abonar los gastos propios del acuerdo [art. 231.2c) LC]. No existe, sin embargo, la misma previsión para el caso de deudor persona física, sea o no empresario, lo cual, unido a que se contemple expresamente la posibilidad de que no sean abonados, al señalar el artículo 242.2.3.º LC que los gastos del expediente que no sean abonados (honorarios del MC incluidos) tengan la consideración de crédito contra la masa, es probablemente una de las razones fundamentales por las que se producen rechazos sucesivos de designaciones de MC, al menos en lo que se refiere a los expedientes notariales.

IV. PASOS DEL EXPEDIENTE

1. Solicitud del deudor, aceptación de la misma y efectos

1.1. Solicitud del deudor

La solicitud de inicio parte siempre del deudor. Si es persona jurídica, la solicitud debe decidirla el Órgano de Administración o el Consejo Rector de la misma. No cabe el inicio a instancia de los acreedores.

El deudor debe solicitarlo personalmente, o a través de su representante legal en caso de no tener capacidad suficiente, siendo en tal caso el representante legal el interlocutor para llevar a cabo las negociaciones con los acreedores, sin perjuicio de que entendemos que sería necesario que el juez del domicilio del deudor autorizara el inicio del expediente, por coherencia con lo establecido en los artículos 166 y 271 CC, o a falta de esta autorización previa para el inicio del expediente, que confirmara el acuerdo alcanzado con los acreedores.

La solicitud de inicio por medio de representante voluntario debe admitirse si se ha otorgado un poder especial al efecto o bien se contempla esa facultad dentro del poder. La admisión de un poder general para formular dicha solicitud precisará que se recojan al menos facultades de disposición, enajenación y gravamen, transacción, y sería conveniente que se contemplara la de solicitar el concurso de acreedores, pues hay que tener en cuenta que, una vez iniciado el expediente, el

deudor pierde en parte el control sobre la solicitud de concurso, ya que será el mediador concursal quien tenga esa facultad en la mayoría de los escenarios.

A diferencia de lo que ocurre en el concurso de acreedores, el AEP no afecta a la capacidad del deudor, que en ningún momento ve limitada su capacidad ni sus facultades de administración y disposición. Así lo establece expresamente el artículo 235.1 LC, que permite que el deudor siga con su actividad laboral, empresarial o profesional. Sin embargo, desde el momento en que se formula la solicitud, el deudor está demostrando su intención de llevar a cabo una negociación con sus acreedores que le permita solventar la situación de insolvencia, actual o previsible, y es por ello que la ley le impone una serie de limitaciones referentes a un deber de abstención de llevar a cabo actos de administración o disposición que excedan de actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad. ¿Cómo fiscalizar que el comportamiento del deudor se adecua a esta previsión legal? No hay norma al respecto, ni se ha previsto sanción alguna para el caso de incumplimiento de este deber, pero creemos con CABANAS TREJO⁷ que la sanción debería ser en sede concursal.

Llama la atención, como también pone de manifiesto el mismo autor, que durante este período de tiempo, a diferencia de lo que ocurre en fase concursal, el deudor mantiene su plena capacidad, que no se ve limitada ni condicionada en forma alguna (más allá del deber genérico de abstención mencionado del art. 235.1 LC), por lo que podría ocurrir que dispusiera de algún bien o derecho que lesionara a sus acreedores porque disminuyera su solvencia o afectara a su capacidad de pago sin que estos actos puedan ser objeto de control o fiscalización por parte de nadie, ni por parte del MC, ni tampoco por parte del instructor, del que no cabe solicitar autorización ni siquiera para un acto puntual. ¿Cuáles serían entonces las consecuencias de dichos actos del deudor? Coincido en que las consecuencias han de ser exclusivamente concursales, vía acción de reintegración, calificación del eventual concurso como culpable y consideración del crédito de la contraparte como subordinado.

La solicitud del deudor se recoge en un Formulario normalizado, que es un completo escrito inicial en el que se deben consignar multitud de datos en un modelo estandarizado regulado por la Orden Ministerial JUS/2831/2015, de 29 de diciembre, que recoge una información en parte coincidente con la que el deudor debe aportar a la solicitud del concurso (art. 6 LC), pero con algunas particularidades formales y de contenido propias de este expediente y al que hay que incorporar una serie de documentos complementarios. Resumidamente, recoge información sobre datos de identificación del solicitante, el inventario de sus bienes y derechos, los ingresos regulares y los gastos mensuales previstos del deudor, y el listado de sus acreedores, especificando su identidad, la cuantía de los créditos y

⁷ CABANAS TREJO, R.: *ob. cit.*

el vencimiento respectivo. Particularmente debe el deudor identificar los bienes y derechos necesarios para continuar con su actividad empresarial y profesional, así como cuál es su vivienda habitual, lo que permitirá luego dar efectividad a la paralización de las ejecuciones contra estos bienes que prevé el artículo 235.2 LC.

Respecto a la documentación complementaria a aportar requerida por la OM, de tan exhaustiva puede ser contraproducente para el deudor. Según vamos a desgranar seguidamente, se exige documentación que en muchas ocasiones será difícil obtener porque el interesado no dispondrá de ella, como por ejemplo contratos (relevantes para el acuerdo extrajudicial deseado) que, aquí está la dificultad, tienen que aportarse en original o copia fehaciente (punto D.4). Respecto de inmuebles, se debe aportar escrituras de propiedad de los inmuebles (entendemos que debería valer una copia simple) y copia autorizada de las escrituras de hipoteca o, en su defecto, certificación de dominio y cargas de la finca gravada. Esta última exigencia parece excesiva; debería ser suficiente con aportar copia simple del préstamo hipotecario junto con una nota simple informativa que informe de la situación actual de la finca y la carga, ya que esa previsión reglamentaria encarecerá los costes para el deudor, y la finalidad de dicha documentación no es otra que dar al mediador la información necesaria para que pueda desarrollar una negociación eficaz, que se obtiene igualmente con una copia simple.

Hay que destacar además que la OM, en algunos puntos, va más allá de lo que prevé la propia LC en su artículo 232.2; entendemos que con vistas a aportar información útil a efectos del eventual concurso, y así, por ejemplo, se contempla que el deudor persona física indique si tiene pareja de hecho con la que haya formado un patrimonio en común y la identifique, o que identifique las personas a su cargo a quienes haya de satisfacer alimentos, identificación ésta que sólo se entiende como desarrollo de la de identificar los gastos mensuales previstos.

El deudor debe rellenar íntegramente el formulario y firmarlo. Si el deudor es persona física, está casado y los cónyuges son propietarios de la vivienda familiar que pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro (art. 232 LC), siendo prudente en esos casos que, aparte de firmar el formulario, ambos firmen también el acta de solicitud. En principio habría de entenderse que siempre hay esa posibilidad de que la vivienda familiar pueda verse afectada por el AEP si es de su propiedad, mientras que se supone que no la hay si, por ejemplo, viven en una casa ajena, como la de los padres de uno de ellos, o viven de alquiler. Debe aclararse en este punto que si bien el artículo 235 LC establece que no podrán iniciarse, ni continuar, las ejecuciones sobre la vivienda familiar desde la comunicación al Juzgado que se menciona en dicho artículo, la vivienda familiar forma parte del activo del deudor, y como tal es un elemento con el que debe contarse a fin de llevar a cabo una negociación global con los acreedores para salir de la situación de insolvencia, debien-

do entenderse en este sentido, por tanto, que puede verse afectada por el AEP, no como garantía, sino como un elemento de su activo patrimonial.

Al formulario debidamente cumplimentado debe aportarse toda la documentación que se establece en la citada Orden Ministerial, destacando:

- Certificado de antecedentes penales, para probar el requisito B.5 del formulario.
- Los documentos relativos a cuestiones laborales y de rentas que se indican en el punto C.3 del formulario, y que entre otras funciones permiten comprobar en el caso de deudor persona física que el solicitante no es empresario o profesional.
- Los documentos sobre bienes inmuebles, mencionados en los puntos C.6 y D.3 del formulario. Del examen de estos dos puntos entendemos que la documentación que habría de aportarse es la siguiente:
 - a) Respecto de las hipotecas, es precisa una certificación de dominio y cargas solicitada a tal efecto (no parece bastar una nota simple acompañada de copia simple de la escritura de hipoteca, según la redacción del formulario). Dicha exigencia no parece tener mucho sentido. El objeto de esta documentación es fundamentalmente dar información al MC, y esa información no la va a obtener de la certificación de dominio y cargas, sino que es más probable que la obtenga de la escritura pública por la que se constituya esa hipoteca, sobre todo en lo referente a la obligación garantizada, que en definitiva determinará la deuda actual y es lo que interesa al MC. Por ello sería más útil aportar copia simple de esta escritura junto con nota simple informativa del Registro de la Propiedad para acreditar el estado de cargas actual. Y no cabe argumentar que con la certificación de dominio y cargas se logra dar publicidad registral sobre el inicio del expediente del AEP, pues dicha publicidad se va a lograr en todo caso con la notificación que mencionamos en el epígrafe IV.3.5.
 - b) Respecto del resto de garantías que no sean hipotecarias, y de los inmuebles que no tengan cargas, debe aportarse la copia autorizada de las escrituras, o en su caso el testimonio del título judicial o certificación administrativa que sirva de título de propiedad. No obstante, debería ser suficiente, dada la finalidad pretendida con esta documentación, que es informar adecuadamente al mediador, y a los efectos de no dilatar un procedimiento que requiere cierta premura dada la frágil situación económica del deudor, incluso una copia simple de estas escrituras. Y sería conveniente pedir que se aporte en todo caso una nota simple registral de todos los inmuebles para comprobar su situación actual.

- Los documentos sobre bienes muebles del punto C.7 del formulario.
- Los contratos en vigor con los acreedores, que no sean hipotecas, por exigencia del punto D.4 del formulario. Deben ser originales o copias fehacientes.

Se plantea en relación con estos últimos la dificultad de aportar aquellos contratos de los que no se tenga el original del contrato, como puede ocurrir, por ejemplo, con los contratos de tarjetas, o los derivados de suministros periódicos de los cuales no siempre se conserva el contrato original (así, teléfono, agua, electricidad o televisión, entre otros), y con aquéllos que incluso carecen de soporte escrito, como pueden ser los créditos rápidos formalizados telefónicamente. En estos casos parece razonable exigir que se aporte al menos algún recibo en el que se identifique el número de contrato, así como justificación de haber actuado el deudor con una mínima diligencia solicitando al acreedor por alguna vía efectiva copia de dicho contrato, de manera que el MC pueda ponerse en contacto con el acreedor para identificar adecuadamente el crédito y la relación contractual de la que nace y solicitar la cantidad exacta adeudada. Sin perjuicio de las reflexiones que hacemos en el apartado IV.1 siguiente, apuntar ahora que, respecto de los últimos, probablemente en la práctica será tarea del mediador el recabar la documentación necesaria de los mismos, pues pocas veces la facilitarán esas entidades a petición del deudor.

Además de toda la documentación reseñada, será conveniente acompañar también a la solicitud:

- La consulta al Registro Público Concursal por NIF del deudor, para comprobar el cumplimiento de los requisitos B.7, 8 y 9 del formulario.
- Si el DNI no acredita el domicilio en el lugar en el que el instructor es competente para actuar, deberá acreditarlo por certificado de empadronamiento, o de otra manera que al instructor le parezca suficiente, como contratos de arrendamiento o similares. Hay que tener en cuenta que la ley habla de domicilio y no residencia habitual. Esta previsión es predicable respecto de los expedientes tramitados por notario o por registrador mercantil.
- Y si el deudor es persona física, los datos de inscripción en el Registro Civil, que se acreditarán con certificado de nacimiento o Libro de Familia (para enviar el oficio al Registro Civil). Si es persona jurídica, certificación o nota del Registro Mercantil o registro de entidad jurídica donde figure inscrita, si en el resto de documentación aportada no constara dicha información.

Todos los documentos que la OM exige que se acompañen al formulario deberán ser entregados por el deudor solicitante al instructor para su incorporación al expediente. Así, entre otros, los testimonios u originales de nóminas, certificados, escrituras, etc. No obstante, algunos de estos documentos, sobre todo las escrituras de propiedad o de hipoteca, pueden ser muy voluminosos y, al menos, en los expedientes tramitados notarialmente no parece existir una razón suficiente para incorporarlas por completo al acta, pues la encarecerían mucho en el apartado de copia autorizada y de folios de matriz, siendo además que los otorgantes de este tipo de acta son personas que acuden al expediente por su delicada situación patrimonial. Para estos documentos que no se incorporen por completo al acta notarial, lo que conviene hacer es reseñarlos suficientemente en ella (o testimoniar lo procedente) y depositarlos en la notaría para formar parte del expediente que se crea con el acta, a fin de ser entregados al mediador que acepte el cargo (art. 234 LC).

1.2. Aceptación de la solicitud

El registrador, notario o Cámara de Comercio a quien se dirija la solicitud deberá comprobar que el deudor reúne los requisitos necesarios para que sea competente para la tramitación del expediente (según se ha analizado en el epígrafe III.1.1 de este trabajo), y además reúne los requisitos materiales para tener acceso al expediente, que hemos comentado al analizar el ámbito subjetivo del AEP en el epígrafe II.

En este sentido, el destinatario de la solicitud particularmente deberá comprobar que el formulario se encuentra debidamente cumplimentado y que se aporta toda la documentación prevista en la LC y la OM de desarrollo, para poder aceptar el requerimiento. La falta de aportación del formulario debidamente rellenado o de la documentación exigida en principio impide la aceptación de la solicitud, y abre la posibilidad de que el instructor conceda un plazo que no puede exceder de cinco días para que el solicitante subsane las deficiencias existentes (art. 232.3 LC). Hay que tener en cuenta que el MC, una vez nombrado, puede pedir al deudor un complemento de documentación, si así lo estima conveniente (art. 234.1 LC), por lo que la falta de aportación a la solicitud de toda la documentación exigida legalmente deberá ser valorada por el notario, registrador o encargado de la Cámara de Comercio a fin de determinar si el documento que falte es impeditivo de la aceptación de la solicitud por no quedar acreditado algún extremo esencial del expediente, o puede ser suplida con posterioridad a petición del mediador concursal. No hay que olvidar que es el MC el responsable de llevar a cabo las negociaciones de determinar a qué acreedores ha de dirigirse y de determinar la realidad y valoración de los créditos, aspecto esencial para luego poder computar las mayorías necesarias a fin de lograr el acuerdo o no, por lo que la determinación de los acreedores a convocar y del patrimonio del deudor con el

que negociar lo fija definitivamente el mediador. Es por ello que no aceptar el requerimiento del solicitante, y por tanto vedarle el acceso al AEP a un deudor que no aporte la documentación correspondiente de alguna deuda porque no pueda, porque no la tenga, ni quizá la haya tenido nunca, y habiendo solicitado al acreedor copia éste no se le haya facilitado, puede dar lugar a efectos no buscados por el legislador que deriven en indefensión para el deudor, que no podría acceder a este expediente por causas ajenas a él. Quizá en estos casos sea más prudente dar la oportunidad de que el MC solicite el complemento de dicha documentación al deudor y también al acreedor correspondiente. Si solicitada por el MC la documentación omitida ésta no se aportara, el efecto parece que sería que esos créditos no serían tenidos en cuenta en la adopción del AEP, de manera que si es el deudor quien no la aporta, en todo caso el acreedor de dicho crédito mantiene la facultad de impugnar el AEP en los términos que más adelante analizamos, de acuerdo con el artículo 239 LC, mientras que si el que no atiende la solicitud del MC es el acreedor, entendemos que esa negativa debe ser tomada en cuenta y tener un tratamiento similar a aquellos acreedores que adoptan una postura pasiva y deciden no participar en forma alguna en la adopción del AEP, según establece el artículo 237 LC. No parece razonable que el acreedor pueda controlar que su crédito quede afectado por el AEP con una actitud obstruyente por la vía de no facilitar la documentación de la que derive el crédito que obre en su poder, con una actuación cuando menos carente de buena fe.

La solicitud, en función de a quién se dirija la misma, se presentará en papel si se dirige a un notario, o por medios electrónicos, si se dirige a un registrador mercantil o a una Cámara de Comercio. Creo que la posibilidad de presentación del formulario por medios electrónicos que menciona el artículo 232.3 LC y el artículo 2.3 de la OM no será posible para deudores personas físicas no empresarios, pues el artículo 2.3 de la citada OM contempla que dichos medios electrónicos se habiliten por los órganos mencionados en dicho artículo, es decir, Registros Mercantiles o Cámaras Oficiales de Comercio, que son competentes para conocer sólo los expedientes de AEP de deudores empresarios

1.3. Efectos de la aceptación de la solicitud

- i. De acuerdo con la DA 7.^a LC, y a pesar de que los créditos públicos no quedan afectados por el AEP que se pueda llegar a alcanzar tal y como expresamente dispone el artículo 231.5.2.^o LC, surge para el deudor solicitante el deber de solicitar de la Administración Pública titular del crédito un aplazamiento o fraccionamiento de pagos de aquellos créditos de derecho público que se encuentren pendientes de ingreso a dicha fecha, si prevé que no va a cumplir en tiempo y forma con los mismos. Estas solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento deberán ser concedidas con carácter reglado por la Administración competente, una vez que el AEP

haya sido formalizado, o bien hayan transcurrido tres meses desde la publicación del inicio del expediente sin que se haya publicado que se ha alcanzado dicho AEP o se declarara el concurso, debe entenderse en el Registro Concursal. La administración destinataria de la solicitud sólo gozará de discrecionalidad en cuanto al plazo por razones de cuantía de la obligación en cuestión.

- ii. Se inicia propiamente el procedimiento y aún cuando acabe sin AEP deberá considerarse que el AEP ha sido intentado a los efectos del art. 178 bis LC (salvo supuestos excepcionales de mala fe del deudor).
- iii. El plazo de dos años para determinar los actos rescindibles que prevé el artículo 71 LC se cuenta desde la fecha de la solicitud del deudor (art. 242.1.4.^a LC), debiendo entenderse que la solicitud queda válidamente formulada cuando la misma es aceptada por el instructor al que se ha dirigido, pues sólo en ese momento se estará acreditando que se cumplen todos los requisitos para formularla, y se ha dirigido a instancia competente.

2. Designación del mediador concursal. Aceptación del cargo

2.1. Designación del MC

Una vez que el instructor ha aceptado la solicitud, debe proceder a la mayor brevedad a la designación del mediador concursal. Debemos en este punto nuevamente distinguir según quién sea el instructor del expediente. Así:

- Si lo es una Cámara Oficial de Comercio, será la propia Cámara la que lleve a cabo la labor de mediador concursal mediante uno de sus miembros con formación específica, pues el artículo 232.3.2.^a LC sólo permite dirigir la solicitud a cámaras oficiales de comercio que tengan asumidas funciones de mediación. En este caso, por tanto, la aceptación de la solicitud implicará la de aceptación del cargo de mediador concursal sin perjuicio de que internamente deba designarse a la persona que se encargará del expediente, pues debe existir una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.
- Si lo es un registrador mercantil, en todo caso este funcionario debe proceder a designar un mediador concursal, siguiendo para ello el mecanismo de turno secuencial que se prevé en el artículo 233.1 LC, a través del portal digital «Extranet» del BOE, de entre los mediadores concursales de la provincia del domicilio del deudor, que resultarán del listado facilitado por el Ministerio de Justicia.

- Si lo es un notario, habrá dos opciones: que designe a un mediador concursal mediante el sistema secuencial que acabamos de indicar, o bien para el caso de deudor persona física consumidor, que opte por actuar él mismo como mediador concursal (posibilidad que desarrollamos al analizar las especialidades del artículo 242 bis LC), en cuyo caso, con la aceptación de la solicitud, se produciría además la designación y la aceptación del cargo de mediador concursal.

Debemos destacar que no cabe la designación directa del MC de entre los que figuren inscritos en el registro de mediadores e institución de mediación del Ministerio de Justicia; hay que proceder a su designación por el turno secuencial legalmente establecido. Una vez que mediante el sistema secuencial se designa mediador concursal, el instructor se lo notifica a fin de que declare si acepta o no dicha designación. Tiene para ello el designado un plazo de cinco días por establecerlo así, para el procedimiento especial para consumidores, el artículo 242 bis 1.3.º LC, y para el procedimiento general por la remisión que el artículo 233.1.2.ª LC hace a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes para todo lo no previsto expresamente en la LC y fijar este plazo el artículo 344.2 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM).

Hay que subrayar que este plazo, como todos los de la Ley Concursal, se cuenta por días hábiles (art. 133.2 LEC, a la cual se remite a efecto de cómputo de plazos la Disposición Final Quinta, párrafo primero, de la LC).

Si el designado rechazara la designación, habría que proceder a nombrar un nuevo mediador siguiendo el mismo sistema, hasta que uno acepte el cargo. En este sentido es criticable que no se prevea norma específica ni sanción para aquel mediador que, designado por turno secuencial, rechace sin justificación alguna dicha designación o que simplemente no responda a la designación para aceptarla o rechazarla. Lo cierto es que, al menos en los expedientes notariales de consumidores, nos consta que existen casos en los que no uno ni dos, sino siete u ocho designados de manera sucesiva rechazan el nombramiento o incluso no responden, de manera que puede ocurrir que aceptada la solicitud del deudor transcurra incluso más de un mes sin que exista MC con cargo aceptado para tramitar el expediente, lo que plantea un problema serio con la extensión temporal de este procedimiento que está precisamente pensado para procurar dar una solución negociada rápida y ágil al deudor.

2.2. Aceptación del mediador

Una vez que el mediador designado acepta, comparece ante el instructor para formalizar dicha aceptación.

En la comparecencia, el mediador deberá: i) aceptar expresamente el cargo; ii) indicar con qué entidad aseguradora tiene contratado el seguro de responsabilidad civil; iii) fijar una dirección electrónica que cumpla con los requisitos del artículo 29.6.º LC, para que los acreedores le puedan hacer allí las notificaciones, y iv) fijar sus honorarios, que dependerán del tipo de deudor, de su pasivo y su activo y del éxito de la negociación.

En relación con la remuneración del MC, es posible que no sepan precisar la cantidad exacta al tiempo de aceptar el nombramiento, pero deben al menos fijar las reglas de cálculo (233.1 LC), siendo práctico decir que se aplicarán los baremos legales.

Es en ese momento en el que el instructor hace entrega al MC del expediente completo, con todos los documentos unidos, y a partir de ese momento éste toma las riendas del procedimiento y se abre el período para llevar a cabo las negociaciones, para el que la LC, en su artículo 238.3 LC, no fija expresamente plazo, si bien debe entenderse que es de tres meses (el más breve de dos meses para consumidores, según veremos), pues así se infiere indirectamente del plazo durante el que se suspenden las ejecuciones y, por tanto, el tiempo real que hay para negociar (art. 235.2.a LC), y del plazo que menciona el artículo 5 bis.5 LC, que obliga al deudor a solicitar la declaración de concurso si, transcurridos tres meses desde que se notifique al Juzgado el inicio del expediente, no se hubiera alcanzado dicho acuerdo. Durante este período de negociación se suspende el devengo de intereses, tanto de los ordinarios como de los de demora, de los créditos que pudieran verse afectados por el AEP (art. 59 LC, en relación con el art. 235.3 LC), por lo que hay que destacar que esta suspensión de intereses no se producirá respecto de los créditos públicos.

3. Comunicaciones

Una vez aceptado el cargo por el mediador concursal, el instructor debe efectuar una serie de comunicaciones a distintas instancias públicas sobre la apertura del período de negociaciones (art. 233.3 y 233.4 LC). Las notificaciones deben dirigirse a:

- Juzgado competente para la tramitación del concurso.
- Agencia Tributaria.
- Tesorería General de la Seguridad Social.
- Registro donde conste inscrito el deudor.
- Registros públicos de bienes.

- Registro Público Concursal.
- Representante de los trabajadores, en su caso.

Como se observa, con estas notificaciones se busca dotar de la máxima publicidad al expediente, de manera que cualquier tercero que pudiera resultar afectado por las negociaciones o que entable relaciones con el deudor pueda tener conocimiento de las mismas. De todas ellas, la que más relevancia tiene por sus efectos es la dirigida al juzgado que eventualmente deba conocer del concurso del deudor tal y como se deriva de los artículos 5bis y 235 LC, pero vamos a analizar todas ellas.

3.1. Al Juzgado competente para entender del concurso: juez de lo mercantil del domicilio del deudor. Efectos

Esta es la principal y más perentoria, porque desde esta comunicación se paralizan las posibles ejecuciones sobre el patrimonio del deudor y no pueden iniciarse otras en los tres meses siguientes (art. 235.2 LC).

Salvo para los expedientes de consumidores, este Juzgado será el juez competente para la declaración del concurso, que de acuerdo con lo que establece el artículo 10 LC es el del domicilio del deudor⁸.

Si hubiera varios Juzgados de lo mercantil en el domicilio del deudor, la comunicación habrá de hacerse al Decanato de los Juzgados para que proceda a su reparto.

Aunque la Ley 42/2015 establece la utilización de medios electrónicos para relacionarse con la Administración de Justicia, en el momento de escribir estas líneas ello todavía no es plenamente posible, así que de manera transitoria se deben seguir presentando los escritos en papel, como, por ejemplo, se acordó conforme al Acuerdo 3/2016, de 4 de enero, del magistrado juez decano de los Juzgados de Madrid, en su regla primera c).

⁸ En puridad, deberíamos hablar del juez donde el deudor tenga el centro de sus intereses, pues el artículo 10 LC establece que el juez competente para conocer de la declaración del concurso es «el juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél. Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso».

Si, como será lo habitual, el instructor nombra un mediador aparte, esta comunicación se entiende que habrá de efectuarse del modo que indica el art. 233.3 LC, es decir, una vez que se haya nombrado mediador y éste haya aceptado el cargo, no antes (nótese a tal efecto que uno de los efectos de tal comunicación al Juzgado según el artículo 235.2.c LC es que los acreedores puedan proporcionar una cuenta de correo al mediador para notificaciones, lo que indica que en ese momento ya tiene aceptado el cargo).

En este mismo sentido, el artículo 5 bis.1.2.º LC señala que el instructor del expediente (no se menciona expresamente a las Cámaras Oficiales de Comercio, pero deben entenderse incluidas dentro de su ámbito) debe comunicar de oficio la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración del concurso, una vez que el mediador acepte el cargo, de manera que desde la presentación de esa comunicación, según el artículo 5 bis.4 LC, no podrán iniciarse ejecuciones de bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad empresarial o profesional del deudor. Esta previsión lleva a afirmar a cierta parte de la doctrina (así CABANAS TREJO⁹), que la notificación al juzgado debe efectuarse lo antes posible, desde la aceptación de la solicitud del deudor, y aun antes incluso de que el mediador acepte el cargo pues es esa comunicación la determinante para abrir el plazo de «bloqueo» de las ejecuciones contra el patrimonio del deudor. Sin embargo, consideramos que la literalidad del artículo 5 bis.1.2.º LC y del artículo 233.3 LC no deja lugar a dudas en cuanto a que la comunicación debe hacerse una vez que el mediador acepte (por mucho que pueda dilatarse dicha aceptación, en caso de renunciadas encadenadas), y es desde esa comunicación que se produce el efecto esencial de no poder iniciarse ni continuarse ejecuciones sobre el patrimonio del deudor y los demás que menciona el artículo 235.2 LC.

Efectos de esta comunicación: Según el artículo 235.2 LC, norma especial en sede de AEP (frente a la general del art. 5 bis.4 LC), la comunicación al Juzgado competente produce los siguientes efectos esenciales, respecto de aquellos acreedores que puedan verse afectados por el AEP:

A) La paralización de ejecuciones, que implica que no pueden ni iniciarse ni continuar ejecuciones, ya sean judiciales o extrajudiciales, contra el patrimonio del deudor, durante el período de tiempo que dure la negociación del acuerdo y hasta un plazo máximo de tres meses. Este bloqueo de ejecuciones se extiende a todo el patrimonio del deudor, y con relación a todos los créditos que puedan verse afectados por el AEP, con dos excepciones: los créditos con garantía real y los créditos de derecho público. Respecto a estos últimos no haría falta mención especial, pues en ningún caso pueden verse afectados por el AEP, ni aunque gocen de garantía real (art. 231.5.2.º LC), pero aún así específicamente señala el

⁹ CABANAS TREJO, R.: *op. cit.*

art. 235.2 a).2.º LC que serán los únicos que no quedarán afectados por la prohibición de anotación de embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador concursal, y en el mismo sentido se manifiesta el art. 5 bis.4 LC. En cuanto a los créditos con garantía real, podrán continuar o iniciar la ejecución de sus garantías, sin perjuicio de que el crédito garantizado pueda quedar afectado por el contenido del AEP si se alcanzan las mayorías del art. 238 y 238 bis LC, según veremos más adelante.

Hay que puntualizar que, sin embargo, ciertos créditos «de derecho privado» con garantía real sí se ven afectados por la paralización de las ejecuciones de acuerdo con el art. 235.2 a) LC: i) aquéllos en los que la garantía recaiga sobre los bienes y derechos que resulten necesarios para continuar con la actividad empresarial o profesional del deudor; y ii) los que recaigan sobre la vivienda habitual del deudor, debiendo, en caso de controversia sobre el carácter necesario o no de dichos bienes o el carácter de vivienda habitual del inmueble en cuestión, estar a lo dispuesto en el art. 5 bis.4 LC. Respecto de estos créditos, los acreedores pueden ejercitar su acción real, pero el procedimiento quedará paralizado hasta que transcurra el referido plazo de tres meses (dos meses en caso de la vivienda habitual de un consumidor).

Por otro lado, y tal y como establece el artículo 235.4 LC, si el crédito dispone, además de la garantía real, de garantía personal, como es una fianza o aval, esta garantía personal subsiste, y si el crédito está vencido, el acreedor podrá hacerla efectiva, es decir, queda abierta la vía para la reclamación contra el fiador también durante el período de tiempo durante el que se está negociando el AEP, y los garantes personales no podrán invocar la solicitud de AEP por parte del deudor frente al acreedor ejecutante. Cuestión distinta es si el AEP ha sido ya alcanzado, pues en este caso la subsistencia de la fianza dependerá de si el acreedor ha suscrito o no el AEP y de los términos del acuerdo (art. 240 LC).

B) Tanto los acreedores que puedan verse afectados por el AEP, como por supuesto de manera correlativa el deudor, deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

C) Podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

3.2. A la Agencia Tributaria

La comunicación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria debe efectuarse a través de su sede electrónica, conste o no su condición de acreedora.

En dicha comunicación deberá hacerse constar la identificación del deudor con su nombre y NIF, la del mediador con su nombre, NIF y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por éste.

3.3. A la Seguridad Social

Análoga comunicación debe efectuarse a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de su sede electrónica.

3.4. Al Registro público de personas donde figure inscrito el deudor

Tratándose de personas físicas, la comunicación debe dirigirse al Registro Civil del lugar de nacimiento del deudor, por medio de oficio.

Tratándose de personas jurídicas, la comunicación debe dirigirse al Registro donde figuren respectivamente inscritas, es decir, al Registro Mercantil, al Registro de Asociaciones, al Registro de Fundaciones, o al Registro de Cooperativas, según corresponda. En caso de sociedades civiles surge la duda de a qué instancia debe dirigirse esta notificación, o si se puede omitir, que parece que debe ser la solución, con excepción de las sociedades civiles profesionales, que son inscribibles en el Registro Mercantil.

Respecto de los deudores personas físicas empresarios individuales, hay que subrayar que la notificación debe dirigirse al Registro Civil donde figure inscrito su nacimiento. No habrá que notificar además al Registro Mercantil, pues será precisamente el registrador mercantil el encargado de tramitar el expediente, y si no figuraran inscritos al tiempo de efectuar la solicitud, el registrador deberá previamente proceder a la apertura de la hoja correspondiente. No creemos que sea necesaria una solicitud expresa al respecto por parte del deudor, sino que el registrador debe hacerlo de oficio por preverlo expresamente la LC así (art. 232.3 LC). Respecto a aquellos deudores personas físicas que no sean empresarios individuales conforme a la legislación mercantil pero sean «empresarios a efectos concursales», según el artículo 231.1.2.º LC, se discute si habría que abrirles hoja en el Registro Mercantil. Nos decantamos por la respuesta negativa, pues aunque deba ser el registrador mercantil el encargado de tramitar su expediente, no son sujetos inscribibles, conforme al artículo 18 CCom, ni el artículo 81 RRM, pues la apertura de la hoja social que prevé el artículo 232.3 LC sólo puede efectuarse respecto de aquellos sujetos susceptibles de inscripción, y dicha apertura de folio en ningún caso resulta necesaria para la tramitación del expediente.

Se plantea la duda de qué hacer en caso de deudor de nacionalidad extranjera, pero con residencia en España. ¿Será necesario notificar al Registro Civil de su

país de origen? Por un lado, no parece que tenga mucho sentido, pues la publicidad que con ello se obtendría sería limitada, si bien teniendo su domicilio en España; si el expediente desembocara en concurso consecutivo, hay que tener en cuenta que los efectos del concurso se extenderían a los bienes que tuviera en el extranjero (art. 10.1.3.º LC), y en este sentido quizá sí que resultaría útil dicha notificación, además de la que habría que efectuar a los registros públicos de bienes extranjeros si el deudor fuera titular de inmuebles o bienes registrables en el extranjero. Habría en tal caso que acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional (previstos en la Ley 29/2015, de 31 de julio).

3.5. A los Registros públicos de bienes

Esta comunicación debe entenderse referida a los Registros públicos de bienes de carácter jurídico, es decir, **Registros de la propiedad inmobiliaria, Registros de bienes muebles y Registros de la propiedad intelectual e industrial (Oficina Española de Patentes y Marcas)**.

Es el deudor el que debe facilitar la información a fin de determinar de qué bienes y derechos inscribibles es titular. Y, conforme a la información facilitada, se remite a todos los registros procedentes una copia o certificación para la práctica de los asientos correspondientes (la LC habla de anotación preventiva), para la debida constancia de la existencia del expediente.

Según el artículo 235.2 a) 2.º LC, practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público.

Particularmente, y en cuanto a los efectos sobre el Registro de la Propiedad, considero con CABANAS TREJO¹⁰ que la anotación de la existencia del expediente sólo bloquea el acceso a embargos, secuestros y actuaciones de ejecución respecto de los bienes necesarios para la actividad empresarial y la vivienda habitual, pero no respecto de los actos voluntarios del deudor de enajenación o gravamen, respecto de los cuales ya hemos reflexionado sobre su fiscalización en el epígrafe IV.1.1). Entiendo que tampoco se cierra el Registro de la Propiedad respecto de los de ejecución de garantías reales que no recaigan sobre los bienes referidos, tras inscribir los cuales el registrador, entendemos, que deberá cancelar la anotación relativa al expediente del AEP.

¹⁰ CABANAS TREJO, R.: obra cit.

3.6. Al Registro Público Concursal

El instructor debe efectuar esta comunicación por medios electrónicos, en la que se hará constar la apertura de las negociaciones, la identificación del deudor y la del mediador concursal.

Aunque el artículo 5 bis.3 LC prevea que el secretario judicial ordene la publicación de la apertura de las negociaciones en este Registro Concursal (RC), la norma especial del artículo 233.3 LC no deja lugar a dudas en cuanto a que en sede de AEP es el instructor el que debe efectuar esta notificación, sin que quepa que el deudor solicite el carácter reservado de la comunicación de las negociaciones, lo cual, por otro lado, no tendría ningún sentido, pues este expediente está pensado para ser llevado a cabo con la máxima publicidad posible y de ahí todas las comunicaciones que hay que efectuar.

3.7. Al representante de los trabajadores (en caso de haberlos)

Si el solicitante en el formulario hace constar la existencia de trabajadores, se le comunica al representante de la dirección que se haya indicado en el formulario, con oficio por medio de copia simple o cédula de notificación, e indicando su derecho a personarse en el procedimiento, conforme al artículo 233.4 LC.

4. Fase de negociación con los acreedores para la consecución de AEP: **Determinación de los acreedores y comprobación de documentación. Preparación y formulación de la propuesta del acuerdo extrajudicial. Reunión con los acreedores. Contenido posible del AEP, mayorías para su aprobación, efectos y su extensión**

Esta fase está dirigida por el MC, sobre el que pasa a pivotar el expediente. Durante la misma, el MC debe, en resumen: 1) determinar quiénes son los acreedores, comprobar la documentación del deudor y solicitar su complemento, en su caso, y convocar a la reunión; 2) preparar la reunión con ellos, elaborando una propuesta de acuerdo, que incluirá un plan de pagos y de viabilidad, y 3) celebrar la reunión con los acreedores en la que negociar e intentar alcanzar el AEP.

Para todo ello, el MC dispone de un plazo limitado. Así, el plazo para la negociación en el expediente general se entiende que es de tres meses en total, pues aunque no se establece expresamente (el art. 238.3 LC no fija plazo), el mismo se deriva indirectamente del plazo durante el que se suspenden las ejecuciones y por tanto el tiempo real que hay para negociar (art. 235.2.a LC), y del plazo que menciona el artículo 5 bis.5, que obliga al deudor a solicitar la declaración de concurso si transcurridos tres meses desde que se notifique al Juzgado el inicio del expedien-

te, no se hubiera alcanzado dicho acuerdo. Además, tal y como señala expresamente el artículo 235.5 LC, «el deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.5». Dentro de este plazo de tres meses, el plazo para celebrar la reunión con los acreedores es de dos meses, a contar desde la aceptación del cargo (art. 234.1.2.º LC), siendo responsabilidad del MC que dicho plazo sea respetado.

4.1. Determinación de los acreedores y comprobación de documentación

Aunque el formulario está pensado para que el deudor aporte a la solicitud toda la información que pudiera resultar necesaria para que el MC lleve a cabo su tarea, y el instructor habrá hecho una labor previa de depuración mediante la petición de la documentación que se prevé en la OM de 2015 y la comprobación de los requisitos esenciales para el expediente, el propio legislador es consciente de que puede ser que la documentación e información aportada no sea suficiente, ya sea por ignorancia, olvido o imposibilidad de aportarla a la solicitud del deudor. Es por ello que el art. 234 LC prevé que en los diez días siguientes a la aceptación del cargo el MC deba comprobar la información aportada por el deudor y solicitarle que complemente o subsane lo aportado, o instarle para que subsane los errores que hubiera detectado. Es en esta fase cuando el deudor deberá aportar la documentación que en el momento de formular la solicitud no hubiera podido facilitar, que será probablemente, como ya apuntamos, la relativa a los contratos de los que resulten deudas u obligaciones para el deudor y que se hayan suscrito con compañías suministradoras de servicios regulares o con entidades financieras de créditos rápidos.

En este mismo plazo de diez días debe el MC:

- Comprobar la existencia y cuantía de los créditos. Es particularmente relevante la comprobación de la valoración de los créditos con garantía real, bajo la responsabilidad del MC, que debe comprobar que se han valorado conforme marca el art. 94.5 LC (art. 232.2.3.ª LC)¹¹. Si la valoración no hubiera sido efectuada correctamente, la misma deberá corregirse, pues será esencial para luego poder calcular las mayorías de voto necesario para la aprobación del AEP y la extensión de sus efectos a ciertos acreedores.
- Convocar a la reunión para negociar el AEP al deudor y a todos los acree-

¹¹ Debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 90.3 LC, con el que concuerda el art. 94.5 LC, «el privilegio especial sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza».

dores, tanto los identificados por el deudor en su solicitud como aquellos otros cuya existencia haya comprobado el MC por cualquier otro medio (salvo los de derecho público). Esta convocatoria debe efectuarse por vía notarial, o por cualquier otro medio de comunicación individual y escrita que asegure su recepción. Debe admitirse, por tanto, la convocatoria efectuada por requerimiento notarial personal, por envío notarial de la convocatoria por correo certificado, y también vía burofax, vía correo certificado con acuse de recibo y vía correo electrónico. Esta vía deberá ser utilizada en todo caso, entendemos, no de manera excluyente, pero sí necesariamente si el deudor la hubiera aportado en el formulario y también si los acreedores hubieran facilitado al MC una dirección de email de conformidad con el art. 235.2.c) LC. Por otro lado, en caso de que el instructor del expediente sea un notario, si bien la ley no impone que si se opta por la convocatoria notarial se haga a través de ese mismo notario instructor, sino que podría efectuarse a través de cualquier notario con competencia en el domicilio del deudor, ello nos parece lo más razonable y conveniente desde un punto de vista práctico.

La convocatoria deberá indicar toda la información relevante de la reunión a celebrar: i) lugar, día y hora; ii) la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago, y iii) la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas. Todo ello para que los acreedores convocados puedan comprobar si su crédito se encuentra debidamente identificado y cuantificado y cuál es su peso relativo respecto al resto de acreedores, para en caso de entenderlo necesario ponerse en contacto con el MC a fin de aportar la información correcta.

¿Y qué ocurre si algún acreedor no hubiera sido convocado? Si no tuviera conocimiento de la convocatoria y sólo le llegara noticia del AEP adoptado, la ley le reconoce el derecho de impugnarlo en los diez días siguientes a la publicación del AEP (art. 239 LC); debe entenderse que en el Registro Público concursal. Por el contrario, si tuviera conocimiento de la convocatoria por otros medios, y considerara que tiene derecho a asistir a la reunión, si se presentara en ella, ¿qué debe hacer el MC? Creemos que deberá verificar la documentación que aporte a fin de comprobar la existencia, realidad y cuantía del crédito alegado, y si comprobara su derecho a asistir a esta reunión deberá decidir si le permite participar o no en la reunión, en función de que con su participación puedan alterarse tanto las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos como las condiciones de pago, que afecten a aquellos acreedores que no hayan asistido a la reunión por haber prestado su consentimiento anticipado a la propuesta remitida, de acuerdo con lo que establece el art. 237.2 LC.

4.2. Preparación y formulación de la propuesta del Acuerdo Extrajudicial. Art. 236 LC

El MC debe elaborar una propuesta de AEP, que incluirá un plan de pagos y un plan de viabilidad y que para ser sometido a votación debe ser previamente consensuado y aprobado por el deudor (art. 236.3 LC). Debe elaborarlo a la mayor brevedad y en todo caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, que habrá sido comunicada en la convocatoria.

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

La LC establece en el art. 236 LC el posible contenido de la propuesta de AEP, que en definitiva es el posible contenido del AEP, y que tras la reforma llevada a cabo en 2015 puede consistir en cualquiera de las siguientes medidas:

- a) Esperas, por un plazo no superior a diez años.
- b) Quitas, sin límite cuantitativo.
- c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.
- d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b) 3.º ii) de la DA 4.ª LC. Esta medida lógicamente sólo es aplicable para los deudores personas jurídicas distintas de las fundaciones.
- e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Esta medida sólo es aplicable para los deudores personas jurídicas.

Dado que la finalidad última del AEP es permitir al deudor reorganizar su pasivo para evitar entrar en concurso y, por tanto, poder continuar con su actividad en la medida de lo posible, no se admite como contenido del AEP la cesión en

pago de bienes que sean necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Tampoco se admiten acuerdos que disminuyan injustificadamente la solvencia del deudor y por ello no se permite como contenido del AEP la cesión de bienes para pagar deudas que sean por un importe inferior al valor razonable del bien cedido si no se integra en el patrimonio del deudor esa diferencia positiva; entendemos que mediante la entrega por el acreedor cesionario del exceso del valor del bien respecto al importe de su crédito, lo cual es lógico, pues lo contrario sería favorecer a este acreedor cesionario en perjuicio del resto. Así, aclara el art. 236.1 LC que sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94.5 LC, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4 LC.

Por otro lado, según establece imperativamente el art. 236.1 *in fine* LC, en ningún caso la propuesta podrá:

- i. Alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente, ni
- ii. Consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas. Crítica, en mi opinión, acertadamente PULGAR EZQUERRA, J. (*op. cit.*) la prohibición de llegar a un acuerdo con los acreedores que implique la liquidación global del patrimonio del deudor, pues, como bien apunta la autora, en este ámbito preconcursal y extrajudicial debería primar la autonomía de la voluntad, sobre todo cuando en el eventual concurso posterior, si no llega a alcanzarse el AEP, puede llegarse a la misma solución liquidatoria, que de hecho, en el caso de deudores consumidores, opera *ex lege*, según el art. 242 bis.1.10 LC. No tiene sentido una prohibición absoluta apriorística; el elemento determinante para excluir como contenido del AEP el acuerdo liquidatorio total debería ser que haya acreedores que no participen en la adopción del acuerdo, o que participando no acepten esa solución de acuerdo liquidatorio total, de manera que sólo les pueda afectar esa solución ya en fase concursal y bajo la supervisión judicial. Pero si el deudor negocia y acuerda con todos sus acreedores una liquidación global de todo su patrimonio con efectos satisfactorios para todos los implicados, no se entiende la razón de esta prohibición absoluta, salvo que por el legislador se esté pensando en la tutela de los créditos de derecho público.

Si algún acreedor no estuviera de acuerdo con la propuesta formulada, podrá tanto presentar propuestas alternativas como modificaciones a la formulada por

el MC, dentro de los diez días naturales siguientes al envío de la propuesta por parte del MC (nótese que este plazo es desde la remisión de la propuesta, no desde que el acreedor la hubiera recibido). Con las propuestas alternativas o modificaciones aportadas con los acreedores, se elabora la propuesta definitiva consensuada con el deudor y se remite la misma a los acreedores. Dado que el contenido de esta última propuesta de AEP es el que se va a someter a votación en la reunión convocada, pueden aquellos acreedores que estén conformes con el mismo prestar su consentimiento anticipado, y aquéllos que no tengan dudas sobre su rechazo formular oposición anticipadamente dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión (art. 237.1 LC).

Aquéllos que prestan su consentimiento anticipado no tienen porqué acudir a la reunión, quedan vinculados por el AEP que en su caso se apruebe, y en definitiva fijan, al menos en la parte que a ellos afecta, el contenido del AEP, que no podrá separarse de la propuesta aprobada anticipadamente por estos acreedores *«a sensu contrario»* del art. 237.2 LC, que establece que: *«El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión»*.

Aquellos acreedores que formulen su oposición anticipada al AEP mantienen su derecho a impugnar el AEP en los términos del art. 239.1 LC, sin perjuicio de que puedan verse afectados por el mismo si se alcanzan las mayorías del art. 238 LC, y aun cuando en este caso mantengan sus derechos contra los obligados solidariamente con el deudor y sus fiadores o avalistas (art. 240.3 LC).

Por otro lado, si remitida la propuesta a los acreedores, aquéllos que representan la mayoría del pasivo que pudiera verse afectado por el AEP deciden no continuar con las negociaciones (entendemos que haría falta una notificación fehaciente de esta decisión al MC por parte de dichos acreedores), la LC establece el deber para el MC de solicitar de inmediato la declaración del concurso. Para ello será necesario que el deudor esté en situación de insolvencia actual o inminente, lo cual entendemos que se producirá en prácticamente todos los casos en que se esté tramitando el AEP, habida cuenta de la delimitación subjetiva que hace el art. 231 LC. Esta previsión tiene lógica, pues no tiene sentido prolongar el expediente si la mayoría del pasivo eventualmente afectado no desea continuar las negociaciones, pues en este caso será imposible alcanzar las mayorías necesarias para la aprobación del AEP que establece el art. 238 LC.

4.3. Reunión con los acreedores

Debe celebrarse dentro de los dos meses desde la aceptación del cargo por el MC, en la localidad donde el deudor tenga fijado su domicilio, con la asistencia

del mismo y de los acreedores convocados, no siendo impeditivo a estos efectos que para algún acreedor el desplazamiento le pueda resultar gravoso o inconveniente. No se establece un quórum de asistencia mínimo para la válida celebración de la reunión, sin perjuicio de que, de una manera similar a como ocurre con las Juntas de socios en sede de sociedades limitadas, si no asisten acreedores que puedan adoptar válidamente los acuerdos por las mayorías legales que representen los créditos de que son titulares, no parece que el AEP pueda alcanzarse y, por tanto, la reunión será necesariamente infructuosa.

La propuesta que se somete a votación es la definitiva remitida por el MC a los acreedores, y puede ser modificada en la reunión en cuanto al plan de pagos o al plan de viabilidad, pero solo si, como ya se ha apuntado, no se alteran las condiciones de pago de los acreedores que hayan prestado su aprobación anticipada a la propuesta y hayan optado por no asistir a la reunión.

La LC incentiva la asistencia a la reunión de los acreedores que no hayan aprobado o rechazado anticipadamente el AEP propuesto, por la vía de calificar como subordinados en un eventual concurso posterior a los créditos que no tengan garantía real de los que sea titular el acreedor que no asista a la reunión (art. 237.1 LC).

Parece razonable que el MC compruebe la identidad y representación de los asistentes a la reunión a fin de comprobar si son el acreedor y si el asistente está legitimado y autorizado para poder representar al acreedor, en su caso. En este sentido no parece razonable aceptar representaciones verbales o no acreditadas en debida forma, habida cuenta los importantes efectos del voto a favor o en contra del AEP, tanto para vincular a los acreedores si se vota a favor del mismo y si se aprueba (sin perjuicio de la labor de identificación que haga el notario que con posterioridad eleve a público el AEP), o bien para determinar los efectos para los acreedores que voten en contra (entre otros, art. 240.3 LC).

La LC contempla la celebración de una única reunión entre el deudor y los acreedores, sin mencionar ni contemplar siquiera indirectamente la posibilidad de celebrar otras posteriores. Esto resulta ciertamente rígido y parece que sólo puede obedecer a que se intenta evitar que este expediente se alargue excesivamente por la celebración de reuniones sucesivas que resulten infructuosas. La LC, en definitiva, opta por un «todo o nada» en esta reunión en cuanto a la obtención del AEP. Otra cuestión sería la relativa a si esa única reunión se puede desarrollar en varias sesiones. Entiendo que, si por una cuestión de tiempo la reunión se alarga, debe admitirse reanudarla en un momento posterior, al día siguiente o el día que acuerden el MC, el deudor y los acreedores asistentes, retomando la negociación sobre la propuesta en el punto en que hubiera quedado al tiempo de ser suspendida.

4.4. Contenido posible del AEP. Mayorías para su aprobación, efectos y su extensión. Arts. 236, 238 y 238 bis LC

A) Posible contenido

Sometida a votación la propuesta definitiva, el AEP puede ser aprobado o rechazado. Como hemos visto al analizar la propuesta de acuerdo, y a pesar de que la figura que estamos analizando se denomina «acuerdo extrajudicial de pagos», éste tiene un posible contenido más amplio que un simple acuerdo sobre los pagos del deudor, pues se pueden pactar no sólo quitas y esperas, sino que, con la redacción actual, la LC permite incluir también entregas de bienes concretos del deudor en pago de ciertas deudas o para pago de las mismas, e incluso para el caso de personas jurídicas, la conversión de la deuda en cuotas de participación en fondos propios o en préstamos participativos o su novación a cualquier otra forma de pasivo exigible que pueda llegar a convertirse en fondos propios o se asemeje a los mismos (obligaciones convertibles y préstamos participativos, cita la LC).

Además, en opinión de autores como PULGAR EZQUERRA¹², el art. 236 LC debe interpretarse como una relación de los acuerdos a los que se puede llegar dentro de un AEP que tendrán capacidad de arrastre a aquellos acreedores que no participan en la negociación o voten en contra, pero nada impide que, por ejemplo, se puedan pactar esperas por plazo superior a diez años, si bien en este caso el efecto de arrastre sólo se produciría hasta esos diez años previstos legalmente. A este razonamiento, sin embargo, cabe oponer que precisamente una de las causas tasadas de impugnación del AEP, según el art. 239.1 LC, es que dicho acuerdo supere los límites establecidos en el art. 236.1 LC, de manera que, más que pérdida del efecto de arrastre, una quita de más de diez años permitiría a los acreedores disidentes y los no asistentes impugnar el acuerdo de quita en su integridad.

Por supuesto, entendemos que dentro del posible acuerdo pueden preverse otros pactos complementarios, como la aportación de garantías de terceros o la asunción por parte del deudor de obligaciones de hacer o de no hacer mediante adopción de comportamientos concretos o abstención de ciertas actuaciones, como la asunción de nuevos pasivos en un período de tiempo que complementen las demás medidas acordadas y sean necesarias o convenientes para su efectividad. Es decir, el AEP no tiene un contenido tasado, sino que puede tener un contenido más amplio que las medidas específicamente enumeradas en el art. 236 LC, sin perjuicio de que las que en él se reseñan sean el contenido natural del mismo, y que el efecto de arrastre se produzca sólo respecto de las medidas en él contempladas, en los términos que señalan los artículos 238 y 238 bis LC.

¹² PULGAR EZQUERRA, J.: *op. cit.*

No se menciona específicamente la concesión de nueva financiación (lo que en términos concursales se denomina *fresh money*), como posible contenido del AEP, pero no parece que deba excluirse esa posibilidad sin perjuicio de que no se prevean medidas específicas de protección para incentivar dicha nueva financiación, a diferencia de lo que ocurre con las entradas de tesorería procedente de los Acuerdos de Refinanciación regulados en la DA 4.^a LC, según los artículos 84.2.11 y 91.6.º LC. Entendemos aplicable el art. 238.4 LC, conforme al cual los AEP legalmente adoptados no podrán ser objeto de rescisión concursal en un posible concurso de acreedores posterior, por lo que las nuevas financiaciones no estarían sujetas a una eventual rescisión concursal si finalmente el deudor no pudiera cumplir el AEP y acabara en concurso, pero, sin embargo, esa nueva financiación, esos créditos «nuevos», tendrán en el concurso la calificación de créditos concursales ordinarios y no de créditos privilegiados, pues no encajan dentro de ninguna de las categorías del art. 91 LC (a diferencia de lo que ocurre con las financiaciones concedidas en el marco de un acuerdo de refinanciación, art. 91.6.º LC), y tampoco tienen la consideración de créditos contra la masa, pues no responden a ninguna de las categorías del art. 84.2 LC, ni son propiamente gastos del expediente y, por tanto, tampoco encajarían dentro del art. 242.2.3.^a LC. En consecuencia, y en contraposición al régimen de la financiación procedente de acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, el inexistente régimen de privilegio o protección del *fresh money* en el AEP, como apunta PULGAR EZQUERRA¹³, es una falta de estímulo a los acreedores a adoptar acuerdos más generosos con el deudor y constituye un elemento disuasorio para la concesión de estas financiaciones, muchas veces no sólo necesarias, sino indispensables para permitir al deudor salir de la situación de insolvencia, y probablemente hará que la figura del AEP no responda a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas, ya sean pequeñas sociedades de capital o autónomos, en situación de insolvencia, como instrumento para tratar de evitar desembocar en el concurso de acreedores.

B) Mayorías

Para ser aprobado el AEP deben alcanzarse las mayorías que establece el art. 238.1 LC, que varían en función del contenido del mismo. En resumidas cuentas, será necesaria para su aprobación, con carácter general, una mayoría de votos a favor del AEP del 60% del pasivo que pudiera verse afectado por el mismo, y en tal caso los acreedores que no tengan garantía real, o por la parte del crédito que exceda del valor de esa garantía, quedarán sometidos a esperas de hasta cinco años, a quitas no superiores al 25%, y a la conversión de deuda en préstamo participativo con vencimiento de hasta cinco años, que se hubieren pactado.

Se prevé una mayoría reforzada del 75% para que los acreedores sin garantía real, o por la parte que exceda de su valor, queden sometidos a medidas que com-

¹³ PULGAR EZQUERRA, J.: *op. cit.*

portan para ellos un mayor esfuerzo, como son esperas de entre cinco y diez años, quitas superiores al 25% del importe del crédito, y para las demás medidas previstas en el art. 236.1 LC (cesión en pago y para pago de deudas, conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, conversión de deuda en préstamo participativo con vencimiento entre cinco y diez años, y conversión de deuda en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original).

En todo caso recordar, aunque pueda resultar evidente y redundante, que el AEP debe ser también aprobado por el deudor. No cabe, por tanto, que los acreedores puedan acordar determinadas medidas con las mayorías legales previstas sin el acuerdo con el deudor.

C) *Efectos*

Una vez aprobado el AEP por las mayorías legalmente previstas, el AEP despliega sus efectos. Con sencillez, establece el art. 240.2 LC que, por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados (espera), remitidos (quita) o extinguidos (cesión de bienes en pago de deudas o conversión del crédito en otra figura por participación en fondos propios, o en obligaciones convertibles o préstamos participativos que sustituyen el crédito originario).

Además, como ya hemos apuntado, los AEP alcanzados con los requisitos y mayorías previstos en la LC no podrán ser objeto de rescisión concursal (art. 238.4 LC).

Los acreedores afectados por el AEP (que seguidamente veremos exactamente quiénes son) verán cómo sus posibilidades de ejecución contra el patrimonio del deudor quedan completamente anuladas, pues (art. 240.1 LC) ninguno de ellos podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la iniciación del expediente al Juzgado competente para conocer del eventual concurso, comunicación que recordamos ahora debe haber efectuado el instructor del expediente una vez que el MC ha aceptado el cargo.

Una vez sometido a votación y alcanzadas las mayorías necesarias, no es necesaria la posterior aprobación del mismo ni por el MC, ni por el instructor del expediente. Se trata de un acuerdo que, alcanzado por las mayorías y requisitos legales, despliega sus efectos como cualquier convenio privado sin necesidad de ningún acto formal adicional (y sin perjuicio de que se prevea su elevación a público para dotarlo de la mayor publicidad posible). Ahora bien, como bien apunta PULGAR EZQUERRA¹⁴, el AEP presenta ciertas particularidades, pues no es un

¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J.: *op. cit.*

acuerdo sujeto íntegramente a las normas generales de los contratos, y particularmente se aparta del principio de relatividad de los contratos recogido en el art. 1257 CC al establecer la LC la extensión de sus efectos a acreedores que hayan votado en contra del mismo e incluso a acreedores no participantes de la reunión en la que se apruebe el AEP.

D) Extensión de efectos o «efecto arrastre» del AEP

Es éste uno de los aspectos fundamentales del AEP. Prevé la LC en su redacción actual un efecto arrastre del AEP para los acreedores en los términos que resultan de los artículos 238 y 238 bis LC, con el lícito objetivo de incentivar el recurso voluntario a esta figura y la participación activa de todos los acreedores en su negociación, pues, de una parte, los acreedores convocados que no asistan a la reunión sin haber manifestado su oposición a la propuesta verán como su crédito se califica como subordinado, en caso de concurso, si la negociación fracasa (art. 237.1 LC), y de otra parte, una vez aprobado el AEP con las mayorías referidas, éste vincula tanto al deudor como a los acreedores, ya hayan votado a favor o en contra, e incluso a los no asistentes a la reunión, con la sola excepción de los acreedores titulares de créditos de derecho público y, con ciertas matizaciones, de los acreedores que dispongan de garantía real.

Y es que, en cuanto a los acreedores con garantía real, éstos quedan en principio excepcionados de su sometimiento al AEP aprobado por las mayorías vistas de acreedores, al menos en la parte de su crédito cubierta por el valor de su garantía, pero ello debe ser matizado conforme establece el art. 238 bis LC. Así, sí quedan sometidos al AEP los acreedores con garantía real:

- i) Que voten expresamente a favor del AEP, también por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía.
- ii) Que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, sólo respecto de las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 238, siempre que las mismas hayan sido acordadas por unas mayorías cualificadas, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas. Así, será necesario el voto a favor:
 - a) Del 65 por 100, cuando se trate de esperas de hasta cinco años, quitas no superiores al 25%, y conversión de deuda en préstamo participativo con vencimiento de hasta cinco años.
 - b) Del 80 por 100, cuando se trate de esperas de entre cinco y diez años, quitas superiores al 25% del importe del crédito, y para las demás medidas previstas en el art. 236.1 LC.

Es decir, los acreedores con garantía real quedan sometidos íntegramente al AEP si han votado a favor del mismo. Y si han votado en contra, quedan sometidos al AEP en todo caso por la parte de su crédito que excede del valor de su garantía y, respecto de la parte del valor de sus créditos que no excede de su garantía, quedan vinculados sólo si los porcentajes de aprobación superan el 65% y el 80% (frente al 60% y 75% general), en función de las medidas acordadas. Téngase en cuenta, otra vez, la relevancia que tiene la correcta valoración del crédito con garantía real, según las reglas del art. 94.5 LC.

Respecto a los acreedores titulares de créditos de derecho público, no se produce extensión de efectos alguna, pues, como ya hemos apuntado anteriormente, están excluidos del ámbito del AEP por decisión del legislador, claramente establecida en el art. 231.5 LC, y en coherencia el art. 234.1.2.º LC los excluye de ser incluso convocados a la reunión de acreedores, y el art. 5 bis.4 LC los excluye de la paralización de ejecuciones. La razón de todo ello estriba en la inexistente facultad de disposición que las administraciones públicas tienen sobre estos créditos de derecho público, pues responden a razones de interés general, por lo que no cabe negociar sobre los mismos y su efectividad debe ser preservada. Los créditos públicos, en consecuencia, no se ven afectados por el AEP con carácter general, incluidos aquéllos que en un ulterior concurso serían calificados como subordinados como, por ejemplo, las multas o los recargos.

En todo caso, hay que subrayar que el efecto arrastre se produce respecto de las medidas que menciona el art. 236 LC. Otro tipo de medidas incluidas en el AEP vincularán a aquellos acreedores que hayan votado a su favor, además de, lógicamente, al deudor.

Por otro lado, los acreedores que hubieran votado en contra del AEP en la reunión o hubieran manifestado su disconformidad con la propuesta formulada y no asistido a la reunión, quedan todos ellos igualmente vinculados por el AEP, pues así lo establecen con claridad el art. 238 bis.1 y el art. 239 LC. A éstos únicamente les quedará la posibilidad de impugnar el AEP, por las causas tasadas del art. 239.2 LC, y dicha impugnación en ningún caso suspende la ejecución del acuerdo aprobado por las mayorías legales.

5. Conclusión del expediente, con o sin AEP. Impugnación del AEP

La conclusión del expediente será distinta, según se haya logrado o no el AEP.

5.1. Consecución de un AEP

Si el AEP es aprobado, el art. 238.2 LC regula prolijamente los pasos a dar por el instructor. En síntesis, el AEP debe elevarse a escritura pública por el nota-

rio que esté tramitando el acta si la instrucción es notarial (según se desprende del art. 238.2 LC), o por aquél que elija el deudor, en los demás casos, y con ello queda cerrado el expediente que esté tramitando el instructor. Dicha escritura será otorgada por el deudor y, al menos, por todos los acreedores que hayan votado a favor del mismo, siendo conveniente dejar constancia de los acreedores que no hayan asistido y de los que hayan votado en contra, debe entenderse que por indicación del MC, el cual también deberá otorgar la escritura de elevación a público. Esta escritura debe aportarse al Registro Mercantil en aquellos expedientes que hayan sido instruidos por registrador mercantil o Cámara de Comercio, en su caso.

Y una vez otorgada dicha escritura de elevación a público, el instructor deberá dotar de publicidad a la consecución del AEP comunicando esta circunstancia: i) al Registro Público Concursal, en cuyo anuncio se contendrá los datos básicos para facilitar la identificación del expediente y deudor afectado; ii) a los registros públicos de bienes, para que se cancelen las anotaciones preventivas practicadas, y iii) al Juzgado, civil o mercantil que hubiera de tramitar el concurso. No se prevé la comunicación al Registro Civil ni al Registro de personas jurídicas competente para el caso de asociaciones, fundaciones y cooperativas, si bien parece razonable que también se comunique el cierre a dichos registros.

El AEP, y el expediente completo, quedarán a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido.

Ello, sin embargo, y aunque la tramitación del expediente del AEP se puede dar por cerrada, no acaba con la tarea del MC, pues el AEP, una vez adoptado, debe ser luego cumplido, y habida cuenta del posible contenido del mismo lo más probable es que ese cumplimiento se dilate en el tiempo. Una vez que dicho AEP se haya cumplido íntegramente, debe el mediador hacerlo constar en acta notarial, que se publicará también en el Registro Público Concursal (art. 241.2 LC). La constancia notarial del cumplimiento será en documento aparte de la escritura por la que se hubiera elevado a público el AEP adoptado, pudiendo formalizarse ante el mismo o diferente notario, aunque parece conveniente que sea el mismo notario, que así podrá además hacer constar por medio de nota en la matriz de la escritura de elevación a público del AEP su cumplimiento. En caso de que la instrucción del expediente haya sido notarial, lo adecuado es que se autorice un acta diferente a la que en su caso hubiera tramitado el notario, dado que ésta se ha cerrado ya.

Por el contrario, si el AEP formalizado luego no fuera cumplido por el deudor, se establece el deber para el MC de instar el concurso y se establece la consideración legal de que el deudor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3 LC), con carácter de presunción *iuris et de iure*, para dar paso al concurso. Es decir, aquí no cabe la valoración de la situación de solvencia del deudor por parte del MC, como sí permiten tanto el art. 236.4 LC, si en fase de negociación de la pro-

puesta acreedores que representen la mayoría del pasivo eventualmente afectado deciden no continuar con la misma, pues aquí el deber del MC de solicitar el concurso existe sólo si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, lo que debe valorar, como el art. 238.3 LC para el caso de no consecución del AEP. Hay que destacar que la LC no prevé una cuantía o porcentaje mínimo de créditos no satisfechos para considerar que el AEP ha sido incumplido, por lo que el incumplimiento del AEP se producirá por la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que el deudor hubiera asumido en el AEP en los términos acordados por el deudor y los acreedores. CABANAS TREJO¹⁵ plantea la posibilidad de que en el AEP se pacte expresamente que, en caso de incumplimiento, se produzca la resolución del AEP, ya sea de todo su contenido o de parte del mismo, debiendo en tal caso tener en cuenta la regla de la DA 4.^a 11 LC para el caso de ejecución de la garantía. No suscribo esta opinión, pues considero que el incumplimiento del AEP no queda sujeto a las reglas generales de los contratos y no cabe pactar efectos resolutorios moduladores, sino que el cauce lo marca nítidamente la LC, al menos en lo referente a las medidas del art. 236 LC que hubieran sido acordadas: declaración de incumplimiento del AEP por el MC, el cual debe instar la declaración del concurso y el deudor incumplidor se considerará en situación de insolvencia, con lo que se pasa a fase de concurso y las obligaciones del deudor, todas, quedan sujetas a las reglas que marca la LC.

Se plantea la duda de cómo puede proceder aquel acreedor cuyo crédito no sea cumplido conforme a lo pactado en el AEP aprobado. ¿Puede ese acreedor exigir su crédito por la vía de reclamación ordinaria de cumplimiento de las obligaciones sobre la base del acuerdo aprobado y elevado a público? ¿O debe dirigirse al MC para que declare el incumplimiento del AEP a instancia suya, y luego necesariamente instar el concurso para someter al deudor a un convenio concursal o a la liquidación ordenada de su patrimonio? Parece que es esta segunda opción la vía a seguir habida cuenta el tenor literal del art. 241.3 LC. En este supuesto, los acuerdos recogidos en el AEP por los que se hayan modificado los créditos frente al deudor, por ejemplo, los relativos a quitas o a cesiones para pago de deuda, lógicamente deben subsistir en los términos pactados en el acuerdo, pero serán objeto de tratamiento en cuanto a los créditos subsistentes con la configuración que se les haya dado en el AEP, en sede ya concursal.

En cuanto a la consideración de si en estos casos de incumplimiento el deudor ha intentado un AEP a fin de lograr la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos que regula el art. 178 bis LC, nos parece que el hecho de haberlo alcanzado no debe sin más dar lugar a considerarlo válidamente intentado, pues en este caso la vía sería tan fácil como acordar un AEP extremadamente beneficioso para

¹⁵ CABANAS TREJO, Ricardo: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)». Diario *La Ley*, núm. 8505, sección doctrina, de 23 de marzo de 2015, Ref. D-111. Editorial La Ley, núm. 2197/2015.

los acreedores de imposible o gravoso cumplimiento para el deudor, luego incumplirlo y llegar en última instancia a la exoneración del pasivo insatisfecho sobre el presupuesto del art. 178 bis.3 LC. La negociación del AEP debe llevarla a cabo el deudor de buena fe y esta buena fe no debe presumirse sin más por haber intentado formalmente el AEP.

5.2. Impugnación del AEP

Alcanzado el AEP, otorgada la escritura de elevación a público y publicada por parte del instructor del AEP dicha circunstancia en el Registro Público Concursal, todavía queda a los acreedores, llamemos disidentes, la posibilidad de atacar dicho AEP por la vía de impugnación que regula el art. 239 LC.

Dentro de los diez días siguientes a dicha publicación, podrán impugnar el AEP alcanzado aquellos acreedores que: i) no hubieran sido convocados a la reunión; ii) no hubieran votado a favor del acuerdo, o iii) se hubieran opuesto a la propuesta de AEP formulada por el MC con la conformidad del deudor.

Las causas de impugnación son tasadas, y el legislador parece que ha buscado delimitar las causas de impugnación a cuestiones netamente formales u objetivas que hayan podido lesionar los derechos de los acreedores, sin perjuicio de que la última de ellas abra un resquicio a una valoración cualitativa del perjuicio cuando se refiere a «desproporción de las medidas acordadas». Podrán en consecuencia los acreedores, cualquiera que sea la cuantía de su crédito, impugnar el AEP alcanzado únicamente por alguna de las siguientes causas:

- Falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados.
- Superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 LC. Así, por ejemplo que se hubieran pactado esperas de más de diez años o préstamos participativos con vencimiento superior a dicho plazo, o la cesión de bienes en pago de deuda cuando el valor razonable del bien cedido fuera superior al del crédito que se extingue sin que se hubiera integrado en el patrimonio del deudor esa diferencia.
- Desproporción de las medidas acordadas. Es esta causa la que decimos que puede abrir la vía a impugnaciones que se basen en elementos subjetivos respecto de los que quepa cierto margen a la valoración cualitativa y no sólo cuantitativa y objetiva del perjuicio.

Como reglas de procedimiento, indicar que conocerá de dicha impugnación el Juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor; todas

las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal; la sentencia que resuelva sobre la impugnación será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente; la anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242, y dicha sentencia de anulación se publicará en el Registro Público Concursal.

5.3. No consecución de un AEP

Si no fuera posible el acuerdo porque en la reunión con los acreedores no se lograran las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, y si el deudor siguiera en situación de insolvencia, el MC solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata (art. 238.3 LC). Y, en su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley.

Para aquellos casos en que el MC sea una figura distinta del instructor del expediente, aquél debe comunicar a éste la no adopción del AEP para que proceda a cerrar el expediente. Se plantea la duda de qué debe hacer el instructor si transcurrido el plazo previsto por la LC para llevar a cabo las negociaciones, éste no ha recibido comunicación del MC sobre la adopción o la imposibilidad de alcanzar un AEP, ni sobre el aplazamiento de la reunión. ¿Estamos ante plazos que pueden ser ampliados por el MC o por el instructor a petición de aquél? ¿O son plazos preclusivos, no disponibles por los interesados? Nos decantamos por la segunda opción, es decir, la LC contiene plazos de naturaleza cercana a la procesal, no modificables por voluntad de los interesados.

Sorprendentemente no se prevé la comunicación de la no consecución del AEP a ninguna instancia para dotar de publicidad a dicha circunstancia, quizá porque el legislador cuente con que en ese caso se pase al concurso consecutivo (art. 238.3 y art. 242.1 LC), el cual será objeto de publicidad conforme a la normativa concursal general. Entiendo, no obstante, que el instructor en todo caso debe efectuar el anuncio de dicha circunstancia en el Registro Público Concursal y comunicarlo a los registros de bienes. Al Juzgado competente para conocer del concurso no parece que sea necesario, pues tanto el propio deudor como el MC tienen el deber en este caso, y los acreedores la facultad de instar el concurso consecutivo y, por tanto, tendrá conocimiento del fracaso de la negociaciones.

5.4. Concurso consecutivo

Tanto para el supuesto de que el AEP alcanzado resulte incumplido, como para el supuesto de que se anulara, o si no es posible alcanzarlo, la LC prevé que se dé

paso al concurso consecutivo, que se rige por las normas del procedimiento abreviado, que se recogen en el Capítulo II del Título VIII de la LC, con una serie de especialidades que regula el art. 242.2 LC. La solicitud de concurso consecutivo puede formularla el deudor, cualquiera de los acreedores y el MC, el cual tiene el deber de hacerlo en caso de que, como ya hemos visto, el AEP resultara incumplido.

De entre las especialidades destacar:

- 1.^a El juez designará administrador del concurso al MC en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial. En el concurso consecutivo deja de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal. Sólo hay dos excepciones a dicha continuidad en el cargo:
 - Que en el expediente especial del art. 242 bis haya actuado como MC el notario.
 - Que por justa causa se designe por el juez a otra persona como administrador concursal. Será el caso de renuncia del MC al desempeño del cargo de administrador concursal, y también el caso de que el MC sea removido por no haber desempeñado correctamente su tarea, lo que quedará sometido a la valoración del juez del concurso.
- 2.^a Cabe tanto la vía del convenio como la de la liquidación, previéndose que, si la solicitud de concurso la formulare el deudor o el MC, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación, que se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los capítulos I y II del título V LC.
- 3.^a Si se hubiere admitido a trámite la propuesta anticipada de convenio, se seguirá la tramitación prevista en el artículo 191 bis LC.
- 4.^a Si el deudor o el MC hubieran solicitado la liquidación, y en los casos de inadmisión a trámite falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, que se regirá por lo dispuesto en el Título V. Si no lo hubiera hecho el deudor, el administrador concursal presentará un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación. El concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural.

V. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO PARA EL DEUDOR CONSUMIDOR: ART. 242 BIS LC

La LC ha optado por permitir acceder al expediente del AEP a los consumidores, pero en lugar de regular un procedimiento distinto ha preferido establecer una serie de especialidades al procedimiento general pensadas para adaptarse a las especiales características de estos deudores, que se recogen en el art. 242 bis LC. Hay autores (así, PULGAR EZQUERRA¹⁶) que critican esta decisión del legislador, pues consideran que debería haberse articulado un régimen específico completo para los consumidores a fin de darles una respuesta más adaptada a sus necesidades, ya que las finalidades perseguidas y los problemas que afectan a empresas y consumidores son claramente distintos, así, por ejemplo, en cuanto a las finalidades, los últimos usarán esta vía para llegar al mecanismo exoneratorio previsto en el art. 178 bis LC, mientras que las primeras buscarán reestructurar sus deudas a fin de poder hacer frente a las mismas y continuar con su actividad.

Vamos a limitarnos aquí a comentar las particularidades y diferencias de este expediente especial, pues en lo demás resulta plenamente predicable lo comentado para el procedimiento general, ya que ambos expedientes se tramitan esencialmente igual según los artículos 232 y ss. LC.

1. Competencia exclusiva notarial

Siendo el deudor un consumidor, la competencia para instruir este expediente especial es exclusivamente notarial, los notarios tienen por decisión legal competencia exclusiva y excluyente para actuar como instructores del mismo (art. 232.3 y art. 242 bis.1 LC). La competencia territorial viene determinada por el domicilio del deudor, de manera que sólo podría ser tramitado por notario con competencia en la localidad del domicilio de éste. Ello deberá resultar del Documento Nacional de Identidad del deudor solicitante, o en su caso del certificado de empadronamiento. No cabe que el requerimiento inicial se dirija a un notario que no sea competente en el domicilio del deudor, el cual luego, vía exhorto, requiera al notario competente para la realización de las notificaciones pertinentes y la designación del MC. Todo el expediente ha de ser tramitado desde el inicio por notario con competencia territorial en la localidad del domicilio del deudor y, si hubiera varios, entonces el deudor podrá elegir entre cualquiera de ellos.

Exclusivamente pueden acudir a este procedimiento especial las personas naturales no empresarias, entendida la condición de empresario en el amplio sen-

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, Juana: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, Pymes y Mecanismos de segunda oportunidad». *Diario La Ley*, núm. 8538, *sección doctrina*, de 13 de mayo de 2015, Ref. D-188. Editorial La Ley, núm. 3249/2015.

tido del artículo 231.1 LC, que hemos analizado con detalle en el epígrafe III.1 de este trabajo. La DGRN ha concluido que este expediente se aplica exclusivamente a consumidores, tal y como hemos explicado *in extenso* al estudiar el ámbito subjetivo de esta figura y la delimitación de competencias para la instrucción del expediente. La justificación de la cualidad de consumidor del deudor resultará fundamentalmente de las nóminas, certificado negativo de rentas o del certificado de percepción de haberes pasivos que contempla el formulario normalizado.

La forma documental adecuada para tramitar el expediente es la del acta notarial, cuyo tratamiento queda sujeto a las formalidades contenidas en el Reglamento Notarial, y en materia arancelaria resulta de aplicación las previsiones que recoge el art. 242 bis.1.4.º LC, que establece la gratuidad de una parte de las actuaciones, concretamente las del art. 233 LC, que son las relativas al nombramiento del mediador concursal y las publicaciones a efectuar a los distintos registros y Juzgados para comunicar el inicio del expediente.

No cabe la presentación del formulario por medios electrónicos, posibilidad que se menciona en el art. 232.3 LC y el art. 2.3 de la OM, pues el art. 2.3 de la citada OM contempla que dichos medios electrónicos se habiliten por los órganos mencionados en dicho artículo, es decir, Registros Mercantiles o Cámaras de Comercio, que no son competentes para conocer los expedientes de AEP de consumidores.

2. Juez competente

El juez competente no es el juez de lo mercantil, sino el juez de primera instancia del domicilio del deudor, conforme establecen el art. 50.1 LEC y el art. 45.2.b) LEC, que tras la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2015 dice que *«Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento... b) De los concursos de persona natural que no sea empresario»*, entendiéndose que el término «empresario» que maneja el art. 45 LEC debe, en materia de acuerdo extrajudicial de pagos, interpretarse conforme lo define el art. 231 LC.

Para la comunicación al Juzgado, el art. 242 bis.1.2.º LC indica que esta comunicación ha de hacerse *«una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos»*. Ha de entenderse que esta comunicación se ha de hacer de manera inmediata después de firmar el acta inicial si el notario decide actuar él mismo como mediador. Por el contrario, si se opta por designar un MC según el sistema de turno secuencial, dicha comunicación sólo podrá hacerse una vez que el MC haya aceptado el cargo, por la aplicación coordinada del art. 242 bis 1.2 LC y el art. 5 bis 1.2 LC.

En el oficio de comunicación, el notario hará constar: los datos de identidad y DNI/NIF del deudor, la fecha de otorgamiento del acta y número de protocolo,

la fecha de aceptación, identidad y NIF del mediador concursal, la dirección de correo electrónico a la que los acreedores pueden efectuar cualquier comunicación o notificación, el número de expediente y la indicación de que se trata del deudor persona natural no empresario previsto en el artículo 242 bis de la Ley Concursal, acompañando además copia simple del acta.

3. Plazos

El legislador entiende que resulta conveniente dar una respuesta lo más ágil y rápida posible a los consumidores que se encuentren en situación de insolvencia actual o previsible y, por ello, los plazos son más cortos en el procedimiento especial del art. 242 bis que en el procedimiento general que regulan los artículos 233 a 242 LC. Así:

- i) En el 242 bis, el nombramiento del mediador concursal debe hacerse en un plazo de cinco días desde que se autoriza el inicio del acta (art. 242 bis.1.3.º), mientras que en el procedimiento general no se establece expresamente plazo al respecto.
- ii) En el 242 bis el plazo de suspensión de las ejecuciones es de dos meses (art. 242 bis.1.8.º), mientras que en el general es de tres meses (art. 235.2.a LC), en ambos casos desde la notificación de la apertura de negociaciones al Juzgado correspondiente.
- iii) En el 242 bis el plazo de negociación del mediador es de dos meses (art. 242 bis.1.9.º), a contar desde la aceptación de su nombramiento. Si es el notario el que actúa de mediador, se entiende lógicamente que es desde que se firme el acta inicial, en la que el notario debe asumir expresamente y aceptar la cualidad de actuar como MC. En el expediente general, el plazo se entiende de tres meses, pues aunque no se establece expresamente así (el art. 238.3 LC no fija plazo) el mismo se deriva indirectamente del plazo durante el que se suspenden las ejecuciones y, por tanto, el tiempo real que hay para negociar (art. 235.2.a LC), y del plazo que menciona el art. 5 bis.5, que obliga al deudor a solicitar la declaración de concurso si, transcurridos tres meses desde que se notifique al Juzgado el inicio del expediente, no se hubiera alcanzado dicho acuerdo.

4. Mediador concursal

En el 242 bis el notario puede optar por actuar de mediador, o nombrar uno. En el expediente general, como hemos visto, la única posibilidad que contempla la ley es nombrar un mediador diferente al instructor, salvo que se trate de Cámara de Comercio con funciones de mediación asumidas.

Respecto a esta posibilidad que la LC abre de actuar al notario como mediador concursal, obedece probablemente a una intención de dotar de una mayor agilidad al proceso para los deudores consumidores, que habitualmente tienen un pasivo más reducido y de gestión y tratamiento más sencillo que el de los empresarios.

Si el notario asume la función de mediador concursal, debe ser él el encargado de impulsar las negociaciones entre deudor y acreedores. El régimen de responsabilidad por tal actuación como mediador está pendiente de fijación reglamentaria y la remuneración sería la de los mediadores concursales (art. 242 bis.2 LC).

Esta opción de actuar el notario además como mediador, a mi juicio, no parece en principio la más aconsejable, por las siguientes razones fundamentales:

1. De costes: puede encarecer los costes de todo el procedimiento al deudor. Si la negociación con los acreedores no conduce a un acuerdo extrajudicial de pagos, el paso siguiente para el deudor es entrar en concurso de acreedores, directamente ya a la fase de liquidación, y para esta fase habrá que nombrar un administrador concursal que cobrará sus propios honorarios (salvo que el notario esté acreditado como administrador concursal y conste inscrito como tal en el Registro de Administradores Concursales). Por el contrario, si se nombra un mediador concursal y éste no logra que se llegue a un acuerdo extrajudicial de pagos, este MC actuará como administrador concursal en la fase del concurso (salvo que excepcionalmente el juez del concurso decidiera otra cosa) y sin tener derecho a cobrar más honorarios por esta actuación en fase de concurso¹⁷.
2. Cualificación: Es, me parece, la razón fundamental. La mediación concursal es conveniente que la desarrolle quien tenga conocimientos adecuados en esta materia. La propia ley concursal exige, según el art. 233.1 LC, formación específica como mediador, conforme a los parámetros fijados por la Ley 5/2012 y conocimientos profundos en materia concursal (tanto de formación como de experiencia, según el art. 27 LC).
3. Salvaguardia del requisito de la independencia: Un rasgo esencial del MC, tal y como resalta la exposición de motivos de la Ley de Emprendedores, Ley 14/2013, que introduce esta figura es que el MC debe ser independiente, se entiende que tanto respecto del deudor como respecto a los acreedores, y ello casa mal con que sea el deudor el que elija a quien haya

¹⁷ Así resulta del art. 242.2.2.^a LC: «Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial (...)».

de actuar como MC, si el notario que instruya el expediente asume tal función, pues en tal caso habrá sido el deudor el que por la vía de elegir al notario habrá elegido también al MC. Quizá la solución pueda pasar por someter estos expedientes al mecanismo del turno de reparto de documentos que regula el Reglamento Notarial para aquellos municipios donde haya más de un notario competente.

5. Arancel del mediador concursal

Hasta que se haga el desarrollo reglamentario de la retribución de los mediadores concursales prevista en el art. 233.1.2.º LC, conforme a la DA 2.ª de la Ley 25/2015, se aplican los porcentajes correspondientes, según el Anexo del Real Decreto 1860/2004, al activo y pasivo del deudor que resulta de la solicitud protocolizada y con la reducción del 70% de la base por ser el deudor persona física no empresaria.

Es decir, los aranceles del MC son más reducidos para este expediente especial que en el expediente general, y téngase en cuenta, de una parte, que el activo y el pasivo de una persona física es muy frecuentemente menor que el de una persona jurídica, y de otra recuérdese que el MC no cobra cantidades adicionales si luego actúa como administrador concursal. Probablemente lo exiguo de su retribución sea una de las razones fundamentales por las que se producen tantas renunciaciones a las designaciones por turno secuencial y esté resultando tan difícil encontrar MC designados que acepten el cargo.

6. Efectos de la no consecución del AEP

Según el art. 242 bis.1.9.º LC, si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones. No es necesario que el deudor se encuentre en situación de insolvencia; la solicitud de concurso procede en todo caso y, lo que es más importante, según el apartado 10 del mismo artículo, el concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación, es decir, no cabe la alternativa de intentar un convenio con los acreedores. Es por ello que el deudor debe meditar cuidadosamente el inicio de este expediente, pues la no consecución del AEP le aboca necesariamente a entrar en fase de liquidación concursal.

Por último, mencionar que, de acuerdo con el artículo 242.2.9.ª LC, en el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178 bis LC.

VI. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

El AEP es una institución que abre una nueva vía en sede preconcursal para tratar de dar una solución eficiente a deudores en situación de insolvencia actual o previsible, negociada con los acreedores, con lo que el grado de satisfacción con la solución, el AEP, será probablemente superior que el obtenido en el proceso concursal que dirige un juez, el cual tiene un marco de actuación reglado y no siempre puede elegir soluciones que puedan ser más eficientes para el deudor y los acreedores si se apartan de las previsiones legales. Durante el período de negociaciones se produce una especie de burbuja aislante del patrimonio del deudor que le permite negociar asistido por un profesional, que es el MC, una salida a su situación de dificultad en los pagos sin la preocupación acuciante de que alguno de los acreedores decida iniciar la reclamación de su crédito contra su patrimonio.

Así, el AEP es una figura que responde a una intención loable del legislador de dar respuesta a situaciones de insolvencia tratando de evitar el concurso mediante una negociación dirigida y tutelada por el MC, y supervisada desde un punto de vista formal por el instructor. La reforma de 2015 ha buscado su reforzamiento actualizando la regulación de la misma para solventar inconvenientes derivados de su planteamiento inicial que había demostrado poca efectividad. Uno de los motivos fundamentales del impulso a esta figura es que, a través de la reforma operada en 2015, se ha configurado como elemento fundamental para que los deudores personas físicas (o naturales, como dice la LC) puedan llegar, conforme a lo que establece el actual artículo 178 bis LC, a la exoneración del pasivo insatisfecho, es decir, puedan obtener un verdadero *fresh start*. La redacción del citado artículo, sin embargo, no es todo lo clara que podría desearse, y así hay autores que entienden que la celebración, o al menos el intento de celebración de un AEP, de acuerdo con el artículo 178 bis.3.3.º LC, es requisito indispensable y condición *sine qua non* para que el deudor pueda llegar a ver exonerado el pasivo que no sea capaz de satisfacer una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, mientras que otros autores (así, PULGAR EZQUERRA¹⁸) consideran que, a pesar de una deficiente técnica legislativa, una interpretación coherente de la norma lleva a entender que el AEP (o su intento de celebración) es requisito indispensable para la exoneración del pasivo insatisfecho si el deudor, de las dos vías que brinda el artículo 178 bis LC, elige la de acogerse a un plan de pagos de las deudas no satisfechas en el concurso con sometimiento a una especial publicidad en el RC, mientras que si optara por la otra vía, la que establece el artículo 178 bis.3.5.º LC, que implica satisfacer unos umbrales mínimos de pasivo, el haber al menos intentado el AEP serviría únicamente para ampliar el pasivo exonerable (100% del crédito ordinario, frente al 75% del mismo si no hubiera intentado el AEP).

¹⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: *op. cit.*

Ya se siga una u otra interpretación, de lo que no cabe duda es de que el legislador ha buscado conectar esta figura del Acuerdo Extrajudicial de Pagos a la posible exoneración del pasivo insatisfecho de aquellos deudores personas físicas que, estando en situación de insolvencia y no siendo capaces de hacer frente a todas sus deudas después de atravesar por todo el proceso concursal, merecen, sin embargo, una segunda oportunidad, la cual se liga a una actuación diligente y de buena fe del deudor, que intenta por todos los medios evitar esta situación, y en primer lugar al menos intenta solucionarla con una negociación con sus acreedores asistida por un profesional como es el MC. En todo caso, no profundizamos más en esta cuestión por ser objeto de estudio específico en otro capítulo de esta obra.

Pero precisamente por esa conexión que mencionamos, quizá el principal aspecto negativo de este nuevo esquema legal es que no pocos deudores en la práctica acuden a este expediente precisamente para lograr este objetivo último de llegar a la exoneración del pasivo insatisfecho, sin voluntad real de negociar con sus acreedores y evitar la fase concursal, considerando el AEP más que una oportunidad para solucionar su situación de insolvencia sin tener que atravesar por el largo y muchas veces lesivo proceso concursal, como un requisito formal más que hay que cumplir para poder desembocar en la exoneración del pasivo insatisfecho. Y es por ello quizá que, al menos en los expedientes notariales, se están alcanzando muy pocos AEP, y se corre el riesgo de que se acabe asimilando a lo que es hoy el acto de conciliación laboral, un puro trámite formal.

En este sentido es importante subrayar que, si se inadmite la solicitud de AEP por parte del instructor al que se haya dirigido la misma, no podrá considerarse que el AEP ha sido intentado, pues habrá faltado algún requisito indispensable para poder siquiera intentar alcanzarlo y, por ende, no puede haber habido intento de lograrlo, a efectos de lo previsto en el artículo 178 bis.3.º LC.

Por otro lado, también es criticable los pocos incentivos que se han contemplado para animar a los acreedores a participar en la consecución del AEP, o al menos a no impedir la adopción del AEP. Por un lado, aquellos acreedores que por representar un porcentaje importante del pasivo total del deudor decidan votar en contra, o simplemente no votar a favor de las propuestas formuladas sin alegar o justificar mínimamente dicha negativa, deberían ser objeto de algún tipo de penalización, ya sea por la vía de reducir el importe de su crédito, o por la vía de calificar su crédito como subordinado, de la misma manera que se hace con aquellos acreedores que no acuden a la reunión sin haber manifestado previamente su aceptación u oposición a la propuesta. Por otro lado, los acreedores reales cuya garantía no recaiga sobre la vivienda habitual o elementos esenciales para la actividad del deudor no ven afectada la efectividad de su garantía y, por ende, del cobro de su crédito, y ello nos lleva a pensar que, desde un punto de vista práctico, no es probable que el AEP suponga una verdadera solución para el deudor.

Sería además conveniente modificar el sistema de retribución del Mediador Concursal para, al menos en los expedientes de consumidores, fijar cuantías razonables y proporcionadas al trabajo a desarrollar por el MC, así como dotar de seguridad al cobro de sus honorarios, pues en muchas ocasiones el MC se encuentra con que el deudor no tiene fondos para el pago de dichos honorarios y, desembocando el expediente en el concurso del deudor, dichos honorarios no abonados pasan a considerarse créditos contra la masa (art. 242.2.3.º LC) cuyo cobro es cuando menos dudoso. El esquema actual es absolutamente desincentivante, y así lo demuestra la práctica en los expedientes tramitados notarialmente. Por otro lado, también sería deseable que se establecieran sanciones, o en su defecto algún tipo de control, para aquellos mediadores que, designados por turno secuencial, no aceptan el cargo sin aducir motivo alguno para ello.

El último punto negativo a resaltar que presenta la actual regulación del AEP, si de verdad se quiere que sea un instrumento útil dentro de nuestro derecho preconcursal, y vinculado al anterior, es que los créditos de derecho público están fuera del ámbito objeto de las deudas sobre las que puede recaer el AEP. Como ya hemos analizado, establece expresamente el artículo 231.5.2.º LC que los créditos de derecho público en ningún caso podrán verse afectados por el AEP que alcancen el deudor y sus acreedores, aun cuando gocen de garantía real. Esta exclusión del ámbito del AEP es uno de los principales hándicaps para el éxito y eficacia de esta figura, pues muchas de las deudas que devienen inasumibles para los deudores son las que se tienen frente a Hacienda y Seguridad Social, sobre todo en el caso de empresarios y profesionales. Se ha criticado por la doctrina esta exclusión, pero en la reforma de 2015 se ha mantenido expresamente, por lo que la voluntad del legislador es clara al respecto.

En todo caso, y como queda de manifiesto con el análisis efectuado en este trabajo, el AEP, como institución preconcursal, es hoy una oportunidad abierta a todo tipo de deudores, que les ofrece la posibilidad de renegociar sus deudas con sus acreedores, con la ayuda de un profesional como es el mediador concursal, y evitar acabar en concurso de acreedores. Esta oportunidad no es perfecta, tiene deficiencias de configuración legal y de uso práctico que deben ser en la medida de lo posible enmendadas, pero lo que es seguro es que bien empleada puede ser muy útil no sólo para los deudores, sino también para los acreedores, que probablemente tengan mejores y mayores posibilidades de obtener una mayor satisfacción posible de sus créditos que en vía concursal y para la sociedad en su conjunto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Los acuerdos extrajudiciales de pago tras la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad».

Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal núm. 24, Sección Comunicaciones, primer semestre de 2016, editorial La Ley, núm. 129/2016.

CABANAS TREJO, Ricardo: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)». Diario *La Ley*, núm. 8505, Sección Doctrina, de 23 de marzo de 2015, ref. D-111, editorial La Ley, núm. 2197/2015.

—«Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RD-L 1/2015 y la Ley 9/2015.» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 23, Sección Estudios, segundo semestre de 2015, editorial La Ley, núm. 4408/2015.

CUENA CASAS, Matilde: «Segunda oportunidad. novedades de última hora». Revista *El notario del siglo XXI*, núm. 63, septiembre-octubre 2015.

GOMÁ LANZÓN, Fernando, y RIVAS RUIZ, Amanay: «Actuación notarial en el acuerdo extrajudicial de pagos». *www.notariosyregistradores.com*, febrero 2016.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar: «Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, administración y crédito público». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, Sección Varia, primer semestre 2016, *La Ley*, núm. 101/2016.

MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, Sección Varia, segundo semestre de 2015, editorial La Ley, núm. 4442/2015.

PULGAR EZQUERRA, Juana: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, Pymes y Mecanismos de segunda oportunidad». Diario *La Ley*, núm. 8538, Sección Doctrina, de 13 de mayo de 2015, Ref. D-188, editorial La Ley, núm. 3249/2015.

RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: «El acuerdo extrajudicial de pagos. La función notarial en las insolvencias», Revista *El notario del siglo XXI*, núm. 62, julio-agosto 2015.

(Trabajo recibido el 04/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)

DISOLUCIÓN Y CONCURSO DE SOCIEDADES DE CAPITAL: DEBERES, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

JAVIER MEGÍAS LÓPEZ

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

El presente trabajo expone la estructura de deberes, competencia y legitimación de los órganos de las sociedades de capital frente a la situación de crisis económica, ya sea por pérdidas patrimoniales graves, ya por su insolvencia. En concreto, presenta los principales problemas de la distribución de poderes para la adopción de medidas de remoción de la insolvencia, evidenciando cómo el deber de los administradores y la predominante competencia de la Junta no siempre responde adecuadamente a la tutela de los intereses de los acreedores en sede de crisis de solvencia.

Palabras clave: deberes, competencia orgánica, disolución, precurso, solicitud de concurso.

CORPORATION DISSOLUTION AND INSOLVENCY PROCEEDINGS: OBLIGATIONS, POWERS AND ENTITLEMENT OF COMPANY BODIES

JAVIER MEGÍAS LÓPEZ

*Assistant Commercial Law Doctoral Lecturer
Complutense University of Madrid*

ABSTRACT

This work analyzes the structure of obligations, powers and entitlement of company bodies (directors and shareholders) in situations of economic crisis, both in the context of net worth crisis (dissolution) and solvency crisis (insolvency proceedings). In particular, it presents the main problems of the distribution of powers for the adoption of measures to remove insolvency of the company, showing how the duty of directors and the

prevailing decision-making power of shareholders do not always adequately address the desirable protection of the interests of creditors in the context of a solvency crisis.

Keywords: corporate powers, corporation dissolution, refinancing agreement, insolvency proceedings petition.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS SOCIALES FRENTE A LAS CRISIS ECONÓMICAS DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—II. LAS PÉRDIDAS GRAVES: DEBERES, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA DISOLUCIÓN O REMOVER LA CAUSA DE DISOLUCIÓN.—III. LA INSOLVENCIA: DEBERES, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL CONCURSO VOLUNTARIO O ADOPTAR MEDIDAS PRECONCURSALES. 1. La solicitud de concurso voluntario. 2. La adopción de medidas preconcursoales.—IV. LA CRISIS ECONÓMICA COMPLEJA: LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN CASO DE CONCURRENCIA DE CAUSA DE DISOLUCIÓN Y PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO. 1. Concurrencia de pérdidas graves e insolvencia actual. 2. Concurrencia de pérdidas graves e insolvencia inminente.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS SOCIALES FRENTE A LAS CRISIS ECONÓMICAS DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Bien es sabido que la legislación societaria y la concursal no siempre se coordinan adecuadamente en diferentes aspectos de sus respectivos regímenes, lo que plantea no pocos problemas a la hora de afrontar distintos momentos del concurso de una sociedad de capital. A ese déficit de coordinación no escapa la construcción de deberes, competencia y legitimación de los órganos sociales para impulsar las soluciones que el ordenamiento establece frente a las crisis económicas de sociedades de capital, ya sea en su patrimonio o en su solvencia.

El Derecho de Sociedades construye una relación ordenada entre los deberes de los administradores y la responsabilidad derivada de su incumplimiento, la competencia orgánica y la legitimación para promover la disolución de una sociedad de capital que se encuentre en una crisis patrimonial grave. En cambio, cuando parece que lo coherente sería reproducir una estructura similar de deberes, competencia orgánica y legitimación —en conexión todo con la responsabilidad— para promover las soluciones preconcursales o concursales frente a la insolvencia inminente o actual de una sociedad de capital, lo cierto es que la construcción en estos casos incorpora diferencias suficientemente significativas. La Junta general de la sociedad tiene un papel fundamental a la hora de remover la causa de su crisis económica —las pérdidas graves o la insolvencia— antes de impulsar la disolución o el concurso, pues conserva la competencia para adoptar las decisiones más importantes al respecto, lo que mantiene a los socios en una posición destacada para tutelar su propio interés y desatender los demás intereses en juego. En el caso de la disolución por pérdidas graves, la cuestión no es excesivamente problemática, porque el interés externo a la sociedad no se encuentra en peligro en términos absolutos, como veremos. Ahora bien, en el caso de concurrir el presupuesto objetivo del concurso, el interés de los acreedores podría

verse desprotegido si los socios conservan el poder de decidir libremente el destino de la empresa social. Si en estos casos de insolvencia inminente o actual reconocemos la prioridad del interés de los acreedores sobre el interés de los socios, se debe facilitar la adopción de medidas que permitan la tutela de ese interés con carácter preferente. En todo caso, no se ha alterado en ningún sentido la distribución interorgánica de competencias. De modo que en ocasiones han sido los jueces quienes han habilitado esa tutela prioritaria, como los casos de concesión de legitimación activa para solicitar el concurso por insolvencia actual al órgano de administración a pesar de la negativa de la Junta general, o a un administrador a título individual cuando los demás del órgano de administración conjunta se niegan. Y en otros casos ha intervenido el legislador concursal para incorporar alguna especialidad en la regulación societaria, como la simplificación de los requisitos para adoptar un acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos en el contexto de un acuerdo de refinanciación; o bien para estimular que los socios tomen sus decisiones en este contexto en tutela de los acreedores, a través del incentivo negativo de la responsabilidad que se les imputa si impiden sin razón la solución prevista por la norma.

Frente a una crisis económica grave de una sociedad de capital, que se traduce en términos jurídicos —por su consecuencia— en crisis disolutoria o bien en crisis concursal, a pesar de que la Junta general de la sociedad en crisis mantiene la competencia principal para afrontar el problema, en su órgano de administración permanece la autonomía para impulsar la solución que sea conveniente —disolución o concurso—, en caso de que el órgano de socios no haya eliminado las pérdidas graves o la insolvencia, acordar las soluciones que tenía en su mano o no adopte los acuerdos oportunos ordenados por la norma. Más dificultad encuentra el órgano de administración para adoptar por sí mismo y al margen de la decisión de la Junta general una solución que elimine las pérdidas graves o la insolvencia, o para solicitar al juez la imposición de medidas sanadoras capaces de evitar la disolución o el concurso. En sede concursal, eso sí, el legislador ha optado por introducir un fuerte incentivo negativo para los socios —su eventual responsabilidad concursal— para estimular el voto en la Junta a favor de ciertas medidas preconcursales.

En el presente trabajo expondremos en primer lugar el sistema ordenado y lineal de deberes, competencia y legitimación frente a una situación de crisis patrimonial disolutoria por pérdidas graves, ya sea para adoptar las decisiones que permitan a la sociedad eludir la consecuencia extrema de la extinción, ya para favorecer precisamente tal desenlace vía disolución de la sociedad. A pesar de que en coherencia cabría esperar una solución similar, en segundo lugar veremos cómo la construcción legal de deberes, competencia, y legitimación en caso de crisis de solvencia es menos clara en las normas que ordenan la cuestión. Por último, describiremos cómo queda afectado el sistema de deberes, competencia y legitimación en los casos de concurrencia simultánea de pérdidas graves e insolvencia.

II. LAS PÉRDIDAS GRAVES: DEBERES, LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA PARA PROMOVER LA DISOLUCIÓN O REMOVER LA CAUSA DE DISOLUCIÓN

La causa legal de disolución de pérdidas graves encuentra justificación en la tutela de los acreedores sociales, siendo una de las medidas previstas por la Ley para la funcionalidad del principio de realidad del capital social. El principio de realidad o de correspondencia efectiva pretende que el capital social mantenga cierta cobertura patrimonial para que los acreedores tengan un patrimonio frente al que dirigirse para saldar las deudas si fuera preciso. La Ley de sociedades de capital prevé distintas medidas de salvaguarda de esa correspondencia entre capital y patrimonio, especialmente para los casos en que haya pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto por debajo de la cifra de capital. Así, cuando la cifra de patrimonio neto sea inferior al capital social, se prohíbe el reparto de dividendos¹. Además, si estamos ante una sociedad anónima, se exige la reducción del capital social cuando las pérdidas dejen el patrimonio neto por debajo de los dos tercios de la cifra de capital y perdure ese desequilibrio durante un ejercicio². Y en fin, en lo que ahora más interesa, la sociedad no puede continuar en la vida activa si las pérdidas dejan el patrimonio neto en una cantidad inferior a la mitad del capital, debiendo en tal caso conducir a la sociedad a su disolución, salvo que se restablezca el equilibrio³. Esta causa de disolución pretende, en el contexto del principio de correspondencia efectiva del capital, tutelar a los acreedores al menos manteniendo la cobertura patrimonial de una parte del capital social, en la idea de que la sociedad se disuelva cuando presumiblemente todavía es capaz de pagar sus deudas. En esta misma línea, incluso se ha apuntado que la causa de disolución por pérdidas graves cumple una función preconcursal, ya que pretende evitar un incremento mayor de las pérdidas que derive en un estado de insolvencia de la sociedad⁴.

En la Ley de sociedades de capital se regula ordenadamente los pasos que han de darse cuando el patrimonio neto de una sociedad (solvente) se sitúa en una cifra inferior a la mitad del capital social, al igual que para el resto de causas de disolución. El sistema se construye sobre la base de dos deberes de contenido específico del órgano de administración, cuyo cumplimiento se incentiva con la previsión de una severa responsabilidad para el caso en que fuera desatendido cualquiera de ellos. El primer deber impone al órgano de administración la obligación de convocar la Junta general en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer la situación de pérdidas graves en que se encuentra la sociedad, con la finalidad de que el órgano de socios resuelva sobre la disolución o bien

¹ Art. 273.2 de la LSC.

² Art. 327 de la LSC.

³ Art. 363.1.e) de la LSC.

⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 1972 y ss.

adopte alguna decisión que elimine el desequilibrio patrimonial y permita la continuidad⁵. Si por cualquier motivo —mayoría insuficiente, no constitución de la Junta— la Junta general no adopta un acuerdo que permita la remoción de la causa de disolución y tampoco aprueba la disolución de la sociedad, nace un segundo deber de los administradores, que por tanto se presenta con carácter subsidiario respecto a la inadecuada opción de la Junta. Este segundo deber requiere al órgano de administración de la sociedad que dirija solicitud de disolución al juez competente en el plazo de dos meses desde la fecha de celebración (prevista o real) de la Junta general que convocaron en cumplimiento de su primer deber⁶.

El modo en que son previstos los deberes del órgano de administración evidencia cuál es la distribución de competencias interorgánica al respecto, que en definitiva mantiene en la Junta general la toma de posición sobre una materia de importancia vital para la sociedad, confirmado así la supremacía jerárquica del órgano de socios que se infiere del conjunto de la Ley⁷. Evidentemente, el deber inicial del órgano de administración, la convocatoria de la Junta, es muestra clara del papel de ésta frente al futuro de la sociedad. Al igual que en el resto de asuntos encomendados a la Junta general, el órgano de administración tiene la tarea previa de preparar e impulsar la reunión, para luego mantener un papel informativo durante la celebración de la Junta, y posteriormente ejecutar los acuerdos que se adopten en caso de que lo precisen. Pero son los socios los que, constituidos en órgano, deliberan y deciden sobre la continuidad o disolución de la sociedad en este momento del procedimiento. No en vano, aunque concurra objetivamente

⁵ Art. 365 de la LSC. Nótese cómo el art. 365 de la LSC sólo prevé como contenido específico del deber del órgano de administración de convocar la Junta general que la convocatoria se refiera a la disolución de la sociedad: «Los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución». Un órgano diligente, en cambio, convocará la Junta general con un doble objeto alternativo: la remoción de la causa de disolución a través de alguna de las medidas que lo permiten, o bien la disolución por concurrencia de causa legal. En este contexto no resulta inoportuno mencionar ahora cómo se previó el contenido del deber en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. El planteamiento del Código Mercantil propuesto entendió que cuando el órgano de administración percibe la concurrencia de la situación de pérdidas graves al formular las cuentas anuales, debiera incluir en el orden del día de la convocatoria de la Junta general ordinaria que deba aprobar tales cuentas expresa mención tanto a las medidas para remover la causa que debiera adoptar la propia Junta como a la disolución de la sociedad en el caso de que no se elimine la causa —art. 272—11.1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil—. Es decir, responde mejor a la previsión del art. 19.1 de la Segunda Directiva sobre Derecho de Sociedades, es decir, la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012: «*En caso de pérdida grave del capital suscrito deberá convocarse Junta general en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros, con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida*».

⁶ Art. 366.2 de la LSC.

⁷ Vid. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «Comentario al «artículo 160. Competencia de la Junta», en ROJO y BELTRÁN (coords.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 1203 y ss.; ALONSO LEDESMA, Carmen: «El papel de la Junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital», en ESTEBAN VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 620-621.

la causa de disolución, no se abre la legitimación del órgano de administración ni de los demás interesados para solicitar la disolución judicial hasta que la Junta haya agotado la oportunidad de pronunciarse al respecto, en el entendimiento de que los socios han de tener la posibilidad de acordar alguna medida que remueva la causa de disolución y permitir la continuidad de la sociedad, u optar por la solución extintiva. Para cumplir su segundo deber, el órgano de administración debe esperar a que la Junta general que han convocado no acuerde la remoción de la causa de disolución ni tampoco la disolución de la sociedad⁸.

La relación inmediata de la causa de disolución con la institución del capital social y su principio de realidad, como decíamos, convierte la causa en un instrumento de tutela de los acreedores sociales. Pero en primer término se deja la alternativa orientada a la tutela —remover el desequilibrio patrimonial o disolver mientras es solvente— en poder de decisión de los socios. Sólo si éstos no adoptan cualquiera de las opciones de tutela indirecta —remoción— o directa —disolución—, comoquiera que no es conforme a Derecho la continuidad de la sociedad concurriendo la irregularidad, podrá el órgano de administración promover la disolución judicial o, con más dudas y menor alcance, adoptar alguna medida de remoción de la causa que su competencia orgánica le permita, que como veremos a continuación son limitadas y de escasa significación. Dicho de otro modo, la competencia orgánica para adoptar alguna de las medidas de remoción de la causa de disolución no se altera en absoluto, el órgano de administración no puede adoptar por sí mismo medidas de remoción para las que carezca de competencia, ni solicitar al juez la imposición de las mismas. Es únicamente la competencia y legitimación para instar la solución extintiva —disolución-liquidación— la que se abre al órgano de administración⁹. Esta posición parece coherente con la tutela de acreedores que se pretende arbitrar a través de la causa de disolución, pues aunque la sociedad se viera abocada a la liquidación (societaria) se presume que su patrimonio será suficiente para pagar por completo a los acreedores sociales, ya que en otro caso sería preceptivo instar el concurso. El matiz en la situación de insolvencia es precisamente que la solución concursal previsiblemente no satisfará por

⁸ Así, la SAP Teruel núm. 86/1997, de 5 de junio. Excepcionalmente, en el contexto de la causa legal de disolución por paralización de los órganos sociales —art. 363.1.d) LSC—, no es necesario esperar a que el órgano de administración incumpla su deber de convocar la Junta general, o bien lo cumpla y la Junta general no se celebre o no adopte ni disolución ni remoción de la causa. La STS núm. 989/2000, de 4 de noviembre, permitió la solicitud al juez directamente cuando los órganos se han mostrado paralizados con anterioridad y se acredita que como consecuencia de ello no tiene sentido intentar convocar una Junta general que no adoptará ningún acuerdo. En consonancia con la causa de paralización de los órganos sociales, el Proyecto de Ley de Código Mercantil previó expresamente que: «En el caso de paralización de la Junta de socios, la disolución judicial podrá solicitarse directamente por cualquier interesado» (art. 272-10.1, segundo párrafo).

⁹ En cualquier caso, la Junta general no pierde su competencia al respecto, siempre podrá acordar la disolución por concurrencia de la causa legal, y de forma más genérica podría acordar la disolución *ad nutum* de la sociedad en virtud del art. 368 de la LSC, siempre que el acuerdo cumpla los requisitos de las modificaciones de estatutos.

completo a los acreedores, y por ello se pretende incentivar la solución preconcursal para mantener a la sociedad activa, pues la tutela de los acreedores se entiende mayor.

Un inciso sobre legitimación es ahora necesario. Hemos aludido a los dos deberes del órgano de administración frente a una causa de disolución por pérdidas graves, y esa alusión debe entenderse referida al órgano con independencia del modo en que éste se organice y ejerza su poder, atendiendo al modo en que el órgano manifiesta su voluntad externamente. Aspecto éste que tiene sobre todo relevancia en los casos de actuación conjunta, es decir, administradores mancomunados o Consejo de administración, pues se requiere respectivamente consenso o mayoría de ellos debidamente reunidos. Al margen del deber del órgano de administración, cualquier interesado tiene una facultad de solicitar al juez la disolución, determinando el juez si el solicitante tiene un interés legítimo. Pues bien, entre esos interesados hay que incluir naturalmente a los socios y a los acreedores de la sociedad, pero también a los administradores a título individual para los casos en que el órgano no lo hizo manifestando su voluntad como tal; piénsese en el administrador mancomunado que pretendía solicitar al juez la disolución sin conformidad del otro mancomunado, o en el consejero que votó a favor de solicitar la disolución judicial en un acuerdo cuyo resultado fue contrario a esa solicitud. El administrador deberá demostrar que es sujeto interesado con carácter individual para presentar la solicitud de disolución judicial, y ese interés no es otro que demostrar su falta de culpa y no ser declarado responsable por las deudas sociales ex art. 367 LSC, no siendo suficiente para evidenciar esa falta de culpa alegar y probar que se pronunció o votó a favor de la disolución judicial, sino que debe hacer todo lo conveniente para promover la disolución mientras concurra la causa¹⁰.

Resulta también oportuno mencionar brevemente la oportunidad que se concede a una sociedad disuelta y en fase de liquidación de retornar a la vida activa a través de su reactivación. Siempre teniendo presente que la causa no ha desaparecido por otra vía, la reactivación de la sociedad es una segunda oportunidad en manos de la Junta general para eliminar el desequilibrio patrimonio-capital y por tanto evitar la liquidación causa de disolución. La Ley insiste también aquí en la competencia de la Junta general para instar la reactivación, pues en este caso no sólo debería adoptar los acuerdos que remuevan la causa de disolución —dejar la cifra de patrimonio por encima de la mitad de la cifra de capital social—, sino que

¹⁰ Así, BATALLER GRAU, Juan: «La disolución», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2012, pág. 71. La jurisprudencia de los últimos años desecha el carácter objetivo de la responsabilidad del art. 367 LSC, y se pronuncia a favor de la posibilidad de prueba exoneratoria por los administradores en quienes no concurriera culpa, permitiendo una conexión entre el art. 367 y el art. 237 LSC. Así, *vid.* entre otras las SSTs 16 febrero 2006 (núm. 118/2006), 6 de abril de 2006 (núm. 343/2006), o 28 abril 2006 (número 417/2006), o de 1 diciembre 2008 (núm. 205/2008).

además se requiere que el patrimonio contable sea al menos igual a la cifra de capital, pudiendo en tal caso adoptar también por la Junta el acuerdo de reactivación de la sociedad¹¹. El socio que no vote a favor de dicho acuerdo de reactivación tendrá derecho a separarse de la sociedad, introduciendo así una medida de tutela de socios de minoría que ampara la expectativa a la cuota de liquidación que había nacido en los socios como consecuencia de la disolución, y que por otra parte podría tener una importancia patrimonial significativa en el caso de reactivación de una sociedad disuelta por pérdidas graves, como es el caso que nos ocupa¹². En cualquier caso, incluso aunque desapareciera espontáneamente o por cualquier motivo la causa de disolución después de que la sociedad haya sido disuelta y se encuentre en fase de liquidación, los liquidadores no pueden adoptar ninguna medida que permita a la sociedad retornar a la vida activa: si los socios no se ponen de acuerdo, la sociedad estará abocada a su extinción.

Por último, es preciso referir el tipo de medidas que pueden adoptarse para eliminar el desequilibrio patrimonial grave y así evitar la disolución de la sociedad, que como venimos diciendo y vamos a ver a continuación mantienen el verdadero poder de remoción en la Junta general al conservar ésta la competencia sobre las medidas más relevantes en este sentido¹³.

Al referir la causa legal de disolución, la misma Ley alude a las dos posibilidades clásicas de neutralización de la irregularidad: la reducción de capital o su aumento en la medida suficiente para remediar ese desequilibrio. Lógicamente, la reducción de capital debería ser nominal, ya que las modalidades de reducción real o efectiva —devolución de aportaciones o (en sociedad anónima) condonación de dividendos pasivos, amortización de acciones o participaciones propias adquiridas por la sociedad a título oneroso, o reducción para dotación de las reservas voluntarias— implican una merma patrimonial que no permitiría restablecer el equilibrio deseado entre patrimonio y capital. Y el aumento de capital como medida sanadora debiera ser con nuevas aportaciones o por compensación de créditos, con o sin prima, aunque el fortalecimiento patrimonial que eluda la causa probablemente requiera un aumento con prima; mientras que un aumento de capital con cargo a reservas no sería eficaz porque no altera la cifra patrimonial,

¹¹ El art. 370 de la LSC permite la reactivación de la sociedad siempre que la causa de disolución haya desaparecido, y que el patrimonio no esté por debajo de la cifra de capital, entre otros requisitos en los que no procede detenerse. Sobre los presupuestos de la reactivación, GARCÍA-CRUZES, José Antonio: «La reactivación de la sociedad», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 91 y ss.

¹² Para los casos de reactivación, conceden ese derecho de separación los artículos 370.3 y 346.1.c) de la LSC.

¹³ Sobre las medidas para remover las pérdidas graves y eludir la disolución, véase a SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo; SACRISTÁN BERGIA, Fernando, y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo III, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 2189-2190.

si bien, en concurrencia de esta causa, lo cierto es que no habrá reservas. Tanto en el caso de reducción como el de aumento de capital, la competencia para adoptar la medida de remoción de la causa disolutoria es exclusiva y excluyente de la Junta general¹⁴, con la excepción de la delegación de aumento de capital en los administradores, que vamos a referir un poco más adelante.

Eso sí, a pesar de la ausencia de mención explícita en la norma, la reducción o el aumento de la cifra de capital no son las únicas medidas para eliminar la causa de disolución. En efecto, es posible favorecer una modificación estructural que implique una alteración patrimonial suficientemente relevante para restablecer el desequilibrio. También frente a esta medida sanadora pervive la competencia de la Junta general¹⁵.

Y no son las únicas medidas en manos de los socios, que igualmente pueden tomar la iniciativa a través de una reintegración patrimonial con aportaciones a fondo perdido, o condonación de pasivos por su parte, si bien en estos casos sin mediar acuerdo de la Junta general, sino como mucho a través de un pacto parasocial entre socios.

En fin, y como hemos dejado indicado, el órgano de administración carece de margen relevante para adoptar decisiones eficaces de cara a la remoción de la causa de disolución, sin que quepa descartar esa posibilidad en términos absolutos. Naturalmente, la continuación de la actividad empresarial a través de su gestión y representación podría generar resultados favorables que se traduzcan en una alteración positiva de la cifra patrimonial en medida suficiente para no superar el umbral de desequilibrio determinante de la causa, evitando así la necesidad de disolver, ya sea con ingresos de actividad, ya por condonación de pasivos. Por supuesto, la obtención por su parte de crédito no tiene repercusión sobre la situación de pérdidas graves, pues se aumenta el pasivo exigible en igual medida que el activo percibido, con el consiguiente mantenimiento del desequilibrio capital-patrimonio¹⁶. Y como decíamos, en sociedades anónimas, la Junta general puede delegar en el órgano de administración la facultad de aumentar capital social con los requisitos y límites que la Ley dispone¹⁷. Entre dichos requisitos

¹⁴ Vid. art. 160.f), así como los artículos 285, 296 y 318 de la LSC.

¹⁵ Art. 160.g) de la LSC y artículos 40, 73 y 87 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

¹⁶ SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA: *op. cit.*, pág. 2190. La solicitud de financiación está comprendida en el ámbito del poder de representación de los administradores, como veremos más adelante.

¹⁷ Como es sabido, el art. 297.1.b) de la LSC permite a la Junta delegar en el órgano de administración la facultad de acordar el aumento sin que éste deba consultar a la Junta. Esa facultad de los administradores se somete a varios requisitos o límites: en primer lugar, el acuerdo de delegación de la Junta debe adoptarse con los requisitos de las modificaciones estatutarias; en segundo lugar, la Junta no puede autorizar operaciones de aumento superiores a la mitad del capital; en tercer lugar, la Junta no puede establecer un plazo de duración de la delegación superior a cinco años desde el

hemos de destacar ahora que se exige que el aumento sea con cargo a aportaciones dinerarias, de manera que el aumento de capital por compensación de créditos no es una medida que pueda quedar en manos de los administradores, pues dicha modalidad de aumento se ha entendido, no sin discusión, predominantemente como un aumento de capital contra aportaciones no dinerarias, idea que además la redacción refundida de la Ley de sociedades de capital ha contribuido a consolidar¹⁸. Y, por último, debe añadirse que el derecho de preferencia de los socios se sigue sometiendo a su régimen propio también en el aumento de capital autorizado, que entre otras cosas requiere que su eventual exclusión siempre debe acordarla la Junta, no pudiendo ser decidida por el órgano de administración a pesar de su autorización para aumentar capital¹⁹.

III. LA INSOLVENCIA: DEBERES, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL CONCURSO VOLUNTARIO O ADOPTAR MEDIDAS PRECONCURSALES

Si concurre el presupuesto objetivo del concurso de acreedores por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia, es decir, de incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles frente a sus acreedores²⁰, el análisis de los deberes, la competencia, y legitimación evidencia cierto paralelismo con el procedimiento previsto para el caso de pérdidas graves; pero en este caso los matices son relevantes, sin duda porque por definición los acreedores tendrán más complicado la satisfacción completa de sus créditos frente a la sociedad. Veremos a continuación cómo se ordena el impulso del procedimiento para la solicitud de concurso, tanto en caso de insolvencia actual como inminente, y también la relevancia que dicha construcción de deberes, competencia y legitimación, inalterada, para la adopción de medidas preconcursales que eviten la declaración de concurso, incluso las que sean preventivas por enfrentar una situación de insolvencia inminente.

acuerdo de la Junta; y en último término, el contravalor de las aportaciones debe ser dinerario, ha de realizarse con aportaciones dinerarias.

¹⁸ Véanse, entre otras, las RRDGRN 15 julio 1992, 22 mayo 1997, 15 febrero 2012, ó 20 noviembre 2013. Además, PULGAR EZQUERRA, Juana: «El acuerdo de la Junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», en *RdS*, núm. 34, 2010, págs. 23 y ss.; RECALDE CASTELLS, Andrés: «Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital», en *ADC*, núm. 33, 2014, pág. 101.

¹⁹ Sobre el régimen de exclusión del derecho de preferencia, *vid.* art. 308 de la LSC.

²⁰ Art. 2.2 de la LC. Sobre el estado de insolvencia, véase ahora a PULGAR EZQUERRA, Juana: «El presupuesto objetivo...», *op. cit.*, págs. 147 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: voz «Insolvencia», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, tomo II, páginas 1801 y ss.

1. La solicitud de concurso voluntario

La Ley de sociedades de capital impone deberes y distribuye la competencia orgánica para la solicitud del concurso voluntario por una sociedad insolvente cuando aborda la crisis patrimonial por pérdidas graves y la incompatibilidad del procedimiento de disolución con el procedimiento concursal, con la idea de introducir normas de coordinación entre el Derecho de sociedades y el Derecho concursal. Si bien, la regulación societaria dispuesta para tal coordinación es cuando menos confusa, por incompleta e incoherente con la solución que aporta la Ley concursal. En efecto, la solución introducida en las leyes societarias entonces vigentes con motivo de la aprobación de la Ley concursal, y refundida en la actual Ley de sociedades de capital, refleja aparentemente la misma estructura para el deber societario del órgano de administración de instar el concurso que la prevista en el deber de promover la disolución. En efecto, la Ley de sociedades de capital exige al órgano de administración que convoque la Junta general para que ésta inste el concurso en caso de insolvencia de la sociedad; y además insiste en la misma idea al referir la facultad de cualquier socio para solicitar al órgano de administración la convocatoria de la Junta en caso de insolvencia de la sociedad²¹. Hasta aquí mantiene la misma construcción lineal del procedimiento. Pero esa aparente continuidad en la configuración de deberes y competencia se rompe cuando la Ley alude únicamente la solicitud de disolución judicial por el órgano de administración con carácter subsidiario al acuerdo de la Junta de disolver o remover la causa, sin correlativa mención a la solicitud de concurso también para el caso de ausencia del acuerdo correspondiente por la Junta²².

Y cerrando el círculo deberes-competencia con la responsabilidad (societaria) por incumplimiento de sus deberes (societarios), la Ley de sociedades de capital vincula la responsabilidad por deudas de los administradores a la vulneración de tres deberes: en primer lugar, la obligación de convocar la Junta para que acuerde la disolución en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa; en segundo lugar, el deber sucesivo de solicitar la disolución judicial si la Junta no adoptó el acuerdo oportuno en el plazo de dos meses desde la Junta —ambos arriba mencionados—, y en tercer lugar el deber de solicitar el concurso si procede. En verdad, el círculo no se cierra, pues la Ley de sociedades de capital guarda silencio sobre el pretendido cuarto deber de convocar la Junta para que acuerde la solicitud de concurso y también sobre el plazo determinante para solicitar el con-

²¹ Art. 365.1 de la LSC: «Los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente». Se orientaba en tal sentido la modificación por las Disposiciones adicionales 20 y 21 de la LC en el art. 260.2 y 5 de la LSA 1989 y en el art. 105.1 de la LSRL 1995.

²² El art. 366 de la LSC sólo alude al deber de los administradores de instar la disolución judicial, no refiriendo en este caso nada sobre el deber de solicitud de concurso.

curso²³. Por tanto, desde un punto de vista societario, y al contrario que la cohesión entre deberes y responsabilidad prevista por el mismo precepto para la crisis disolutoria, la responsabilidad prevista para los administradores no establece una conexión lineal con los deberes de instar el concurso que se deducen de la Ley de sociedades de capital.

Por el contrario, la Ley concursal refiere con claridad patente la relación deberes, competencia orgánica y legitimación sobre la solicitud del concurso de la sociedad insolvente: en su posición de órgano de representación, compete al órgano de administración no la simple solicitud de concurso, sino «decidir sobre la solicitud» de concurso, significando el peso sustantivo que al respecto se reserva a los administradores²⁴. Completa el contenido específico del deber la obligación del deudor de solicitar el concurso «dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia»²⁵.

La conjunción de posibilidades que ofrecen los deberes y la legitimación mencionados delimita una competencia concurrente entre el órgano de administración y la Junta general, sin que la una excluya a la otra²⁶. De un lado, se establece la necesidad del pronunciamiento de la Junta general sobre la solicitud de concurso por insolvencia actual o inminente, con el deber del órgano de administración de convocarla. De otro lado, la solicitud de concurso voluntario en el Juzgado competente no requiere con carácter imprescindible una decisión favorable de la Junta, de manera que el juez del concurso podrá admitir a trámite la solicitud presentada por el órgano de administración sin un acuerdo previo de la Junta general. En la relación orgánica entre la Junta general y el órgano de administración tiene en este punto un papel muy destacado el alcance del deber de ejecución por los administradores de los acuerdos de la Junta: deben ejecutar los acuerdos válidos que sean competencia de la Junta siempre que no sean lesivos para la sociedad o terceros, y que por esta razón puedan originar una imputación de responsabilidad a los propios administradores²⁷; en otro caso, los administradores no tienen un deber de ejecución, sino más bien todo lo contrario²⁸. Por

²³ Art. 367 de la LSC.

²⁴ Art. 3.1 de la LC. *Vid.* SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA: *op. cit.*, págs. 2195 y ss., aludiendo a esa relevancia sustantiva de la expresión «decidir sobre la solicitud» a que alude el art. 3.1 de la LC.

²⁵ Art. 5.1 de la LC.

²⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: comentario al «artículo 3. Legitimación», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo I, págs. 202-204; también PULGAR EZQUERRA, Juana: *El concurso de acreedores: la declaración, La Ley*, Madrid, 2009, pág. 488.

²⁷ La Ley española es rotunda en la norma que sirve de base para ese alcance del deber de ejecución, el art. 236.2 de la LSC: «En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general».

²⁸ *Vid.* ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores», *RdS*, núm. 18, 2002,

ello, convocada y celebrada la Junta en caso de insolvencia inminente, el órgano de administración debe acatar la decisión manifestada por aquélla, ya que no es forzoso para el deudor solicitar el concurso de acreedores, es una opción facultativa de la sociedad que compete a la Junta general. Pero si la insolvencia es actual y la Junta no acuerda la solicitud de concurso ni se neutraliza la situación de insolvencia con medidas preconcursales adecuadas —como veremos—, el órgano de administración está legitimado y además obligado a solicitar el concurso de la sociedad ante el juez competente²⁹; cuando menos existe el riesgo de que la falta de solicitud de concurso siendo obligado implique imputación de responsabilidad por deudas³⁰ o de responsabilidad concursal tras una eventual calificación del concurso como culpable³¹.

Por último, al igual que hemos hecho al referir la legitimación de un administrador a título individual —sin poder de representación— para solicitar la disolución judicial en su condición de persona interesada, debemos aproximarnos igualmente a la posibilidad de solicitud de concurso por un administrador singularmente considerado cuando el modo de organizar la administración es conjunta —administradores mancomunados o Consejo de administración— y el órgano no insta el concurso a pesar de concurrir el presupuesto objetivo.

El punto de partida es que en principio no se prevé legalmente la legitimación para solicitar el concurso a favor de un administrador individual cuando carece de poder de representación, en su condición de persona interesada, al contrario de lo que sí se admite para la solicitud de disolución judicial en caso de concurrencia de causa legal o estatutaria. En el caso de tratarse de una insolvencia actual, la cuestión ofrece dudas razonables, porque podríamos deducir un interés del administrador individual similar al que encontramos en la crisis disolutoria, basado en el riesgo de responsabilidad que asume. En efecto, el administrador podría ser

págs. 223 y 227 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (Aspectos sustantivos)*, Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985, págs. 172 y ss., y 273 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 333; ALCOVER GARAU, Guillermo: comentario al «artículo 44», en ARROLLO/EMBID, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, 1997, pág. 521; GARCÍA VIDAL, Ángel: *Las instrucciones de la Junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 111 y 115-118.

²⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: *El concurso de acreedores...*, *op. cit.*, pág. 486.

³⁰ La responsabilidad por deudas del art. 367 de la LSC reclama atender a la norma concursal para valorar el incumplimiento del deber de solicitud del concurso que la genera, esto es, los artículos 5 y 3.1 LC, que requieren a los administradores solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde que conocieron o debieron conocer el estado de insolvencia de la sociedad, con independencia de si convocaron o no una Junta general, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: comentario al «artículo 3...», *op. cit.*, págs. 202-204; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital», en *RdS*, núm. 24, 2005, pág. 108.

³¹ Art. 172 bis, en relación con el art. 165.1.º de la LC.

declarado responsable precisamente por no solicitar el concurso: la primera de las presunciones de culpabilidad del concurso es el incumplimiento por el deudor o sus administradores de la obligación de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde la insolvencia actual, o lo que es lo mismo, que la solicitud sea tardía³², con la relevancia que ello tiene para la responsabilidad concursal³³. Todo teniendo en cuenta que los administradores de la sociedad son una de las personas que pueden quedar afectadas por la culpabilidad del concurso, que es la base para declarar la responsabilidad concursal³⁴. Es claro que su interés está en juego, y podría tener barreras significativas que le impidan cumplir el deber de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad. Ese riesgo de asumir responsabilidad debería ser suficiente para estimar la solicitud de concurso voluntario del deudor persona jurídica presentada a título individual por uno de los miembros de su órgano de administración cuando éste actúa de forma conjunta —Consejo de administración o administradores mancomunados—, y no se alcanza el acuerdo necesario para instar el concurso. Si lo equiparamos a la legitimación para la solicitud de disolución judicial, entendemos que debería admitirse la solicitud a título individual siempre que se aleguen y demuestren en la solicitud los presupuestos necesarios para que el juez pueda valorar que esa solicitud a título individual es razonable y responde al interés del administrador de evitar responsabilidades por incumplimiento de su deber cuando no es posible cumplir dicho deber, en particular mostrando evidencias sobre la voluntad del órgano negando la solicitud, pero con constancia igualmente de su voluntad individual de instar el concurso; por ejemplo, aportando el acta pertinente de la reunión del Consejo de administración. Es más, parece incluso razonable entender que incluso aunque el juez no admita la solicitud a título individual por falta de legitimación al carecer de poder de representación del deudor, el intento por parte del administrador debería al menos tenerse en cuenta de cara a minorar su responsabilidad. Pensamos en cualquier caso que el juez debería admitir la solicitud en estos casos, pues no puede quedar a la voluntad de algunos administradores, por una parte, la iniciación del procedimiento cuando es obligatorio iniciarlo y, por otra, la eventual responsabilidad del administrador diligente³⁵.

La cuestión de la legitimación del administrador a título individual para solicitar el concurso por insolvencia inminente está más clara. Al ser tal solicitud facultativa para el deudor, prima la opción que exprese la Junta general. Si la Junta se ha pronunciado en contra de la solicitud de concurso, y el órgano de administración (conjunto) ha cumplido su deber de ejecución de los acuer-

³² *Vid.* art. 165.1.1.ª de la LC.

³³ Arts. 172 y 172 bis de la LC; y, como hemos visto, también para la responsabilidad por deudas societaria en virtud de lo dispuesto en el art. 367 de la LSC.

³⁴ Arts. 172.2.1.º y 172. bis.1 de la LC.

³⁵ Acepta solicitud por uno de los mancomunados la SAP de Guipúzcoa (2.ª), de 15 de mayo de 2009. En sentido contrario, la SAP de Badajoz (3.ª), de 5 de junio de 2009; o el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 14 de febrero de 2007.

dos lícitos de la Junta general, el juez competente no admitirá una solicitud de concurso por insolvencia inminente expresada por un administrador a título individual por falta de legitimación, pues valorará que no es obligatorio acudir a la solución concursal, entendiendo lícitas la posición de la Junta y del órgano de administración si las hubiera, o exigiendo la favorable de aquélla en todo caso.

2. La adopción de medidas preconcursales

Nuestro análisis, paralelo con la crisis disolutoria, donde hemos aludido a la facultad de los órganos sociales de remover las pérdidas graves para evitar la disolución, nos lleva ahora al examen de la competencia para adoptar las principales medidas dirigidas a superar la crisis de solvencia. Pues antes de solicitar el concurso de acreedores, la sociedad deudora podría promover una solución preconcursal. Efectivamente, desde el momento en que concurre el presupuesto objetivo del concurso todavía es posible eliminar la insolvencia y evitar el complejo procedimiento del concurso de acreedores, ya estemos ante una situación de insolvencia actual o de insolvencia inminente: en un caso la medida será de remoción de la insolvencia, mientras que en el otro es simplemente preventiva de la misma³⁶. En ambos casos, la finalidad de las soluciones preconcursales es alcanzar una tutela adecuada de los acreedores sin necesidad de llevar a la sociedad a una indeseada declaración de concurso, manteniendo la continuidad en su actividad empresarial de la sociedad deudora siempre que aquélla sea viable³⁷. Pero la competencia orgánica para la adopción de las medidas preconcursales por la sociedad supone un obstáculo a la pretendida tutela de acreedores a través de ellas, pues su promoción no siempre es compatible con el interés de los socios de la deudora.

³⁶ Como apunta FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: *El régimen jurídico preconcursal de los «acuerdos de refinanciación»* (d. ad. 4.ª LC). *Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, págs. 147 y ss., la falta de definición por el legislador del presupuesto objetivo del instituto preconcursal permite acordar el saneamiento financiero aunque la entidad ni siquiera esté en situación de insolvencia inminente. Sobre la posibilidad de adoptar acuerdos de refinanciación en situación de insolvencia inminente o actual, véase por todos PULGAR EZQUERRA, Juana: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, págs. 292-297; también, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, y GARCÍA-CRUCES, José Antonio: voz «Acuerdos de refinanciación», AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, tomo I, pág. 154.

³⁷ Con detenimiento, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El régimen jurídico preconcursal...*, op. cit., págs. 33 y ss.; también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en RCP, núm. 16, 2012, *passim*; GARCÍA-CRUCES, José Antonio, «Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 26-29.

Sin que proceda un detenimiento en la caracterización de los distintos tipos de acuerdos que componen soluciones preconcursales³⁸, aproximaremos la competencia orgánica sobre las concretas medidas que en el marco de (normalmente) cualquiera de esos acuerdos de solución preconcursal pueden adoptarse para remover la insolvencia actual o prevenir la crisis y anticiparse a la inminente. El punto de partida es tomar en consideración que la iniciativa o el impulso, la negociación e incluso el cierre de los acuerdos con los acreedores que sea preciso para la adopción de las medidas preconcursales concretas parte, en términos generales, del órgano de administración, aunque en muchas ocasiones será necesario un acuerdo favorable de la Junta general para su validez y eficacia. De nuevo se enfrentan intereses contrapuestos en los que los socios mantienen el poder de decisión.

Naturalmente, una medida preventiva o sanadora de la insolvencia es la obtención por la sociedad de liquidez acudiendo al crédito nuevo en sentido amplio, al contrario de lo que hemos visto en relación a la remoción de la causa de disolución de pérdidas graves³⁹. Piénsese en las sociedades deudoras con escasa liquidez, pero con un activo que le permite obtener crédito garantizado, o una actividad empresarial rentable que favorezca la concesión de préstamos, incremento de límite de crédito, descuentos u otro tipo de contratos bancarios de financiación. Esa medida evitaría o removería la insolvencia aportando la liquidez necesaria para permitirle cumplir regularmente las obligaciones exigibles⁴⁰. Al mismo nivel como medida, podemos aludir a la posibilidad de acordar esperas con sus acreedores preexistentes, o bien contraer obligaciones nuevas en sustitución de otras anteriores que quedarían extinguidas⁴¹. El órgano de administración negocia e impulsa estas medidas —como cualquier otra—, pero además la adopción de las mismas pertenece a su competencia al estar incorporado en la función de gestión y formar parte del ámbito de su poder de representación de la sociedad, que alcanza no sólo a los actos de ejecución directa o indirecta del objeto social, ya sean de gestión ordinaria o extraordinaria⁴², sino también a la realización de actos com-

³⁸ Para ello, PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad...*, op. cit., págs. 84 y ss., 275 y ss.; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso: «Tipología de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO y LEÓN SANZ (dirs.), *Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 59 y ss.

³⁹ Vid. supra nota 16 y texto que acompaña.

⁴⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: comentario al «artículo 2. Presupuesto objetivo», en ROJO y BELTRÁN, *Comentario a la Ley Concursal*, cit., vol. I, págs. 170-171.

⁴¹ En el marco de los acuerdos de refinanciación y sus actos de ejecución no rescindibles si se declarase el concurso, el art. 71 bis.1.a) de la LC menciona como contenido necesario del acuerdo a «la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas». Sobre el contenido legal mínimo de carácter financiero de los acuerdos de refinanciación, PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad...*, op. cit., págs. 310 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA-CRUCES: voz «Acuerdos de refinanciación», op. cit., págs. 160-162.

⁴² GIRÓN TENA, José: *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 360.

plementarios, instrumentales o auxiliares a ese objeto social, así como los actos neutros o polivalentes siempre que puedan conectarse con la realización del objeto social a pesar de parecer *a priori* desvinculados de éste⁴³.

La distribución de la competencia orgánica en la sociedad deudora comienza a complicarse con los actos concursales de disposición de activos, incluidas las daciones en pago⁴⁴; más todavía tras la reforma de la Ley de sociedades de capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. La disposición de activos de la sociedad es competencia de los administradores y compone también su poder de representación en los términos que acabamos de apuntar, en principio incluso también si entiende como un acto de gestión extraordinaria. Ahora bien, en relación a esa gestión extraordinaria se ha discutido históricamente el alcance de esa facultad y también del poder de representación: no cabe duda de la capacidad general del órgano de administración para disponer de activos en nombre de la sociedad, pero se duda del carácter ilimitado de dicha facultad, que no debiera alcanzar a las operaciones de disposición que impliquen efectos y consecuencias similares a una modificación estructural, pues en tal caso la competencia implí-

⁴³ La jurisprudencia entiende que dentro del objeto social se incluyen lógicamente los actos de estricta ejecución y desarrollo directo o indirecto del objeto social. Pero también los actos complementarios, instrumentales o auxiliares al mismo, es decir, que guarden cierta coherencia para desarrollar el objeto social, pretendan resultados propios del objeto social (ej.: contratación de asesores externos). Además, también considera incluidos los llamados actos neutros o polivalentes, funcionales para diversas actividades aunque parezcan desconectados del objeto social, cuando pueda relacionarse con él. Como actos neutros o polivalentes destaca la prestación de garantías (hipotecas, fianzas, avales, p. ej.), lógicamente siempre que sean instrumentales a la promoción del objeto, que se pueda demostrar que son congruentes o responden a una promoción del objeto social, están justificadas para el desarrollo de la actividad económica. *Vid.* la RDGRN 15 octubre 2005. De hecho, si la operación no se realiza para asegurar una obligación conectada con la actividad empresarial, entonces resulta *ultra vires* por exceder el ámbito delimitado por el objeto, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, vol. I, págs. 731-732. No pertenecen al ámbito del poder de representación los actos de los que se pueda predicar con claridad e inequívocamente que son contrarios o ajenos al objeto social, que serán los que no tienen una relación instrumental con la actividad empresarial comprendida en el objeto social estatutario, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: comentario al «artículo 234. Intervención de la Junta general en asuntos de gestión», en ROJO y BELTRÁN (coords.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1686-1687. *Vid.* además, entre otras muchas, las RRDGRN 11 noviembre de 1991; 22 y 26 junio 1992, 3 octubre 1994, 25 abril 1997, 17 noviembre 1998, 10 mayo 1999, 20 abril 2005, 15 octubre 2005, 16 marzo 2009, 12 febrero 2012.

⁴⁴ Las daciones en pago son medidas concursales preventivas o sanadoras de la insolvencia con alto riesgo de rescisión en caso de declaración de concurso, siempre que no se incorporen con los requisitos oportunos a un acuerdo de refinanciación como contenido adicional al previsto en el art. 71 bis.1.a) de la LC, al que hemos aludido *supra* nota 41; PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcurso...*, *op. cit.*, págs. 321-322; también MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: voz «Dación en pago», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, tomo I, págs. 957 y ss., señalando que «es el negocio “sospechoso de fraude” por excelencia», cuyo riesgo no sólo es esa rescisión, sino su eventual consideración como alzamiento de bienes o salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor, con implicaciones en calificación, págs. 962 y ss.

cita sobre tales operaciones recae en la Junta general⁴⁵. La preocupación principal de esta doctrina recaía sobre las operaciones de segregación o aportación de rama de actividad y las de cesión global de activo y pasivo; la inclusión de ambas como modificaciones estructurales en la Ley de modificaciones estructurales de 2009 reconoció la competencia expresa de la Junta general sobre dichas operaciones⁴⁶. Si bien, el legislador de 2009 no consideró necesario atribuir a la Junta general la competencia para la disposición de activos esenciales de la sociedad que no formaran parte de una unidad económica o compusieran una rama de la actividad empresarial, de modo que se mantenía en el órgano de administración dicha competencia como actos de gestión extraordinaria. No obstante, se venía entendiendo como límite a esa facultad la disposición de activos que tengan un vínculo destacado con el desarrollo del objeto social, cuya salida del patrimonio de la sociedad ciertamente es un acto de negación del objeto social, es directamente antagónico respecto a éste⁴⁷. Pues bien, la mencionada Ley 31/2014 introdujo en la Ley de sociedades de capital la competencia de la Junta general para «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», añadiendo que «se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado»⁴⁸. De modo que en el marco de una solución preconcursal, la disposición de bienes de la sociedad deudora debería tomar en consideración si se trata o no de un activo esencial, pues mientras en el primer caso requiere acuerdo de la Junta, en el segundo basta con la voluntad del órgano de administración; y en este punto sería preciso atender, entre otras, a cuestiones como la admisión o no de prueba en contrario sobre la presunción del carácter esencial del activo en atención a su valor cuantitativo, o los parámetros cualitativos para calificar un activo como esencial con independencia de su valor patrimonial, temas en los que no es oportuno detenerse ahora.

⁴⁵ ALONSO LEDESMA: «El papel de la Junta general...», *op. cit.*, págs. 640 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «La reactivación de la Junta general en el Código Unificado de Gobierno Corporativo: aproximación a las competencias implícitas», en *EPrints Complutense*, núm. 11, 2007, páginas 14 y ss., destacando la influencia decisiva en este punto es del Derecho alemán, concretamente tras la sentencia *Holz Müller* del BGH (25 febrero 1982). El Código Unificado de Gobierno Corporativo de 2006 recomendó someter a la Junta general este tipo de operaciones, refiriéndose expresamente a la filialización a través de aportación de ramas de actividad, la disposición de otro tipo de activos esenciales cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social, o cualquier operación con efectos equivalentes a los de la liquidación de la sociedad, rec. 3.

⁴⁶ La Ley de Modificaciones Estructurales establece la competencia de la Junta general para aprobar la segregación por aplicación del régimen de la fusión para las distintas modalidades de escisión ex art. 73, siendo así aplicable el art. 40 sobre el acuerdo de fusión. Por su parte, el art. 87 regula la competencia de la Junta para aprobar la cesión global de activo y pasivo. También así, en referencia a las distintas modificaciones estructurales, el art. 160.g) de la LSC.

⁴⁷ *Vid. supra* nota 43, y las RRDGRN que allí se citan. Precisamente, como hemos dejado apuntado *supra* nota 45, la rec. 3 del Código Unificado de Gobierno Corporativo de 2006 recomendaba que fuera la Junta general el órgano encargado de aprobar la disposición de activos esenciales cuando implicara una modificación de hecho del objeto social.

⁴⁸ *Vid.* art. 160.f) de la LSC.

También las modificaciones estructurales son consideradas como medidas preconcursales de prevención o remoción de la insolvencia, en particular las traslativas —fusión, escisión, cesión global—⁴⁹. Es notorio, y ya hemos señalado, que las modificaciones estructurales son competencia exclusiva y excluyente de la Junta general. Al igual que cualquier asunto competencia del órgano de socios, el órgano de administración tiene una significativa función de preparación del acuerdo respectivo, siendo su actividad representativa clave para el inicio, impulso y conclusión de la operación; pero, en definitiva, el proyecto de la operación elaborado por los órganos de administración de las sociedades implicadas —si fueran varias—, con las bases de la modificación estructural programada, debe ser aprobado en todo caso por la Junta general⁵⁰. Esta distribución de la competencia orgánica en el contexto de la adopción de medidas preconcursales plantea el problema de confiar la tutela de los acreedores a la conformidad de los socios frente a un plan de viabilidad de la empresa que pudiera no ser compatible con sus intereses privados como socios, que en definitiva encamina la medida al fracaso en la votación en Junta y por tanto conduce a la sociedad a una solución concursal previsiblemente menos eficiente en términos globales. Volveremos sobre ello al tratar la capitalización de deuda, sin duda donde se ha presentado este problema con mayor fuerza.

⁴⁹ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO y LEÓN SANZ (dirs.), *Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 120 y ss., en referencia a las modificaciones estructurales en el ámbito preconcursal; PÉREZ TROYA, A.: «Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito», GARCÍA-CRUCES (dir.): *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, *passim*; BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 50, 2010, págs. 157 y ss., recogiendo las principales operaciones en dicho contexto, con expresa referencia a las modificaciones estructurales como alternativa al concurso de acreedores, págs. 166-169; LARGO GIL, Rita: «El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación...*, *cit.*, págs. 153 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, págs. 345-350. Piénsese ahora en la cesión global de activo y pasivo como medida no liquidatoria, sino preventiva o sanadora de la insolvencia, GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», en *RCP*, núm. 14, 2011, páginas 151 y ss., en concreto ahora pág. 156; GALLEGU LANAU, María: «La cesión global plural de activo y pasivo», en *RdS*, núm. 38, 2012, págs. 286-287; *id.*, «La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial», en GARCÍA-CRUCES (dir.): *cit.*, págs. 396 y ss.

⁵⁰ Véanse los artículos 30, 74 y 85 de la Ley de modificaciones estructurales sobre el proyecto de la operación —fusión, escisión y cesión global, respectivamente— y la competencias de los administradores para su elaboración; sobre la competencia de la Junta general para aprobar dicho proyecto, *vid.* art. 160.g) de la LSC, además de los artículos 40, 73 y 87 de la Ley de modificaciones estructurales. En referencia a la distribución orgánica de competencia en esta materia, véase ampliamente a LARGO GIL, Rita: *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid, Civitas, 2.ª edición, 2000, págs. 146-166.

Sin duda, es posible, como medida sanadora preconcursal, un aumento del capital de la sociedad deudora a cargo de los socios actuales en cuantía suficiente para eludir la insolvencia gracias a la liquidez de las nuevas aportaciones. La financiación interna así operada necesita acuerdo favorable de la Junta general, salvo que en sociedades anónimas se trate de un aumento de capital autorizado, contra aportaciones dinerarias y respetando el derecho de suscripción preferente, tal y como indicamos al referir la remoción de las pérdidas graves como causa legal de disolución de la sociedad⁵¹.

Merece singular mención esa posibilidad de aumentar capital como medida preconcursal de prevención o remoción de la insolvencia cuando la contraprestación del aumento consista en créditos frente a la sociedad, recibiendo a cambio los acreedores acciones o participaciones sociales⁵². El motivo de ese detenimiento especial es la preocupación de la Ley concursal al respecto, con la previsión de importantes consecuencias ligadas a esta medida preconcursal en el marco de los acuerdos de refinanciación. Insistimos en que la competencia orgánica para aumentar capital por compensación de créditos se atribuye a la Junta general con carácter exclusivo y excluyente, sin posibilidad de delegar o autorizar a los administradores la decisión sobre el aumento⁵³. Como comentábamos a propósito de las modificaciones estructurales, el mantenimiento de esta medida en la competencia decisoria exclusiva de la Junta general implica que se someta a la aprobación de los socios la promoción del instrumento concreto de tutela de los acreedores, de manera que, si dicha medida no conviene a los socios, no habrá colaboración por su parte. Dicho de otro modo, el interés privado legítimo de los socios, puesto en común en la deliberación y votación de la reunión de la Junta, podría ser simultáneamente incompatible con el interés de los acreedores en capitalizar sus créditos, de modo que la Junta no acordara la medida.

La nitidez del problema es tal que el legislador concursal ha pretendido reconducirlo, adoptando una medida polémica que implica la invasión en el alcance del poder de decisión de los socios y la autonomía de la voluntad en el ejercicio de su derecho de voto, a través de incentivos negativos para administradores y socios para el caso de fracaso de la capitalización y, consecuentemente, del acuerdo de refinanciación en que se insertaba. En lo que respecta a los administradores, se incentiva el impulso por su parte de la capitalización, eximiendo de responsabilidad concursal a los administradores que propongan a la Junta la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos como medida razonable preventiva o de remoción de la insolvencia en el contexto de un acuerdo de

⁵¹ *Vid. supra* notas 14, 17, 18 y 19 y texto que acompañan.

⁵² PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, págs. 322 y ss.; HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *cit.*, págs. 319 y ss.

⁵³ *Vid. supra* nota 18.

refinanciación⁵⁴. De este modo, se compone el contenido específico, en ese contexto, de la diligencia exigible a los miembros del órgano de administración, pero no desde el punto de vista de promoción del interés de los socios actuales, sino priorizando la tutela del interés de conservación de la empresa. El deber no llega más lejos, ni tampoco las facultades de los administradores: si la Junta general rechaza la capitalización, los administradores sólo podrán promover otras medidas de solución preconcursal si fuera posible, o en caso contrario acudir a la solución concursal si la situación fuera de insolvencia actual⁵⁵. Tampoco es viable la solicitud de imposición judicial de la medida preconcursal⁵⁶. Y, naturalmente, no pueden acordar ellos mismos la capitalización en nombre de la sociedad, al no pertenecer a la esfera de su competencia legal; si lo hicieran, dicho acto no obligaría a la sociedad frente a terceros al carecer de competencia legal, pudiendo incluso el órgano de administración ser responsable frente a tales terceros. No estamos ante una competencia de los administradores limitada voluntariamente por iniciativa de la Junta general o previsión estatutaria, sino ante una competencia legal exclusiva de la Junta. Como es sabido, los excesos en el poder de representación en el primer caso podrían llegar a vincular a la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, pero no así los excesos invadiendo la competencia legal de la Junta⁵⁷.

Por su parte, en lo que a los socios respecta, el legislador prevé una doble medida para favorecer la adopción en la Junta general una capitalización de los créditos como la solución preconcursal: en primer lugar, rebaja los requisitos reforzados que precisa ordinariamente el acuerdo sobre esta materia; en segundo término, introduciendo un incentivo negativo basado en un riesgo de responsabilidad concursal para los socios que no colaboren en la adopción del acuerdo si éste resulta finalmente rechazado⁵⁸. Así, en referencia a la primera medida, se facilita la adopción del acuerdo por la Junta, equiparando sus requisitos a los de los acuerdos ordinarios⁵⁹; se debe entender, además, que no será aplicable el even-

⁵⁴ Véase el art. 172.2.1.º, segundo inciso, en relación con los artículos 165.2 y 172 bis.1 de la LC, que entienden que la presunción de dolo o culpa grave, determinante para la calificación del concurso, por no capitalizar no afecta a los administradores que sí propusieron la medida a la Junta, única competente, RECALDE CASTELLS, A.: «Los acuerdos de refinanciación...», *op. cit.*, pág. 103; destaca el autor, además, que la norma introduce el riesgo de que los administradores recomienden una capitalización simplemente para eludir la responsabilidad, sin que realmente sea una medida razonable, pág. 105.

⁵⁵ *Vid. supra*, apartado III.1.

⁵⁶ Sobre la conveniencia de reconocer esa posibilidad volveremos más adelante, al final del presente apartado III.2.

⁵⁷ Art. 234.2 de la LSC. Baste ahora la cita de ESTEBAN VELASCO: «artículo 234...», *op. cit.*, págs. 1683-1684.

⁵⁸ *Vid.* al respecto la perspectiva crítica de FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-Ley 4/2014», en *La Ley mercantil*, núm. 1, 2014, págs. 56 y ss..

⁵⁹ Disposición adicional 4ª de la LC, párrafo 3.b) 3.º ii.

tual refuerzo estatutario que se haya previsto al respecto. La redacción de la Ley concursal en este punto no es muy afortunada, pues aunque parece querer facilitar la adopción del acuerdo tanto en sociedad anónima como en sociedad de responsabilidad limitada, lo cierto es que en la anónima lo hace sólo parcialmente. Cuando señala que el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos se adoptará con las mayorías previstas para los acuerdos ordinarios y se remite a los artículos de la Ley de sociedades de capital que regulan las mayorías para la adopción de dichos acuerdos, no toma en consideración que en la anónima la fórmula principal para reforzar los requisitos de adopción de acuerdos sobre los asuntos importantes es no sólo a través de la regla de mayoría en la votación —desde la reforma operada por la Ley 31/2014—, sino sobre todo a través del quórum de constitución⁶⁰.

En cuanto a la segunda medida dirigida a los socios, entiende la Ley concursal que si la Junta general no aprueba sin una causa razonable tal aumento y por ello se frustra el acuerdo de refinanciación, conduciendo a la sociedad al concurso, los socios que contribuyeron con su voto en la mayoría necesaria para rechazar el acuerdo podrían ser responsables de acuerdo a las normas concursales⁶¹. Ante la carencia de otras herramientas para imponer la capitalización, el legislador ha optado por no alterar la distribución de la competencia para adoptar la medida e incidir de manera directa en la construcción de la voluntad del órgano competente, incorporando una consecuencia para socios disidentes muy rigurosa. Ciertamente, no es prudente dejar en manos de los socios la adopción de una decisión

⁶⁰ La LSC distingue para la sociedad de responsabilidad limitada tres mayorías para tres categorías distintas de asuntos —artículos 198, 199 a) y 199 b)—, computadas en atención al capital total, mientras que para la sociedad anónima prevé dos quórum de constitución distintos para dos categorías de asuntos —artículos 193 y 194—, con diferencias entre primera y segunda convocatoria, disponiendo que en el primer caso los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de votos a favor del capital presente o representado en la reunión —más votos a favor que en contra, art. 201.1—, y en el segundo se precisará mayoría absoluta de los votos a favor del capital presente o representado —más votos a favor que el resto—, salvo que en segunda convocatoria el capital asistente sea inferior al 50 por 100, en cuyo caso será necesario votos a favor de las dos terceras partes del capital —art. 201.2—; todo de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. De modo que la previsión de la disposición adicional 4.ª de la LC entiende literalmente que en la sociedad anónima el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos precisará el quórum reforzado previsto por el art. 194 para los asuntos importantes, y la mayoría simple en la votación prevista por el art. 201.1; si bien, la redacción de dicha disposición adicional 4.ª fue anterior a la Ley 31/2014, de modo que cabría entender en el espíritu de la norma que la referencia afecta también al quórum de constitución, aplicándose el del art. 193 de la LSC.

⁶¹ Art. 172.2.1.º, primer inciso, en relación con los artículos 165.2 y 172 bis.1 de la LC, en este caso comprendiendo dentro de los afectados por la calificación culpable del concurso por dolo o culpa grave en la causación o agravamiento de la insolvencia a dichos socios que influyeron en el rechazo de la capitalización. Nótese el apunte de RECALDE CASTELLS: «Los acuerdos de refinanciación...», *op. cit.*, pág. 104: «la falta de impulso a la capitalización por sí sola ni crea ni agrava la situación; simplemente deja las cosas en el mismo estado en que se encontraban. Por tanto, el mero rechazo del aumento no puede considerarse que origine o agrave la insolvencia».

orientada a la tutela de los acreedores y confiar en su éxito. No en vano se trata de una invasión de la norma concursal en la esfera propia de la autonomía de la voluntad de los socios en el ejercicio de su derecho de voto, que se procura orientar en sentido favorable a la capitalización en el contexto preconcursal. En la contraposición de intereses en juego, se pretende que los socios renuncien a la promoción del interés propio para favorecer el interés de los acreedores; y si no lo hacen habrán contribuido en la causación o agravamiento del estado de insolvencia. El problema que se plantea con dicha norma es que no es en absoluto sencillo valorar si los socios ejercieron con abuso su derecho de voto y adoptaron una postura obstruccionista perjudicial para el interés social, o más bien defendieron un interés legítimo digno de autotutela a través de su derecho de voto; o si el obstruccionismo a través del voto se puede o no identificar con el bloqueo de la tutela del interés prioritario de los acreedores en el contexto de la crisis del empresario social.

Ahora bien, administradores y socios podrían eludir responsabilidades demostrando que la falta de propuesta de capitalización —administradores— o el rechazo en Junta de la capitalización propuesta —socios— era por causa razonable, destruyendo la presunción *iuris tantum* de razonabilidad de la capitalización que deriva del informe emitido por experto independiente antes del rechazo de la Junta, o combatiendo la razonabilidad de la medida alegada por otra vía⁶². En este sentido, insistiendo en la dualidad de intereses en juego, cabría preguntarse si la razonabilidad a la que alude la norma debe ser observada desde el punto de vista de la tutela de los acreedores o del interés de los socios. Pues probablemente no coincida lo que objetivamente entienden razonable unos y otros, que respectivamente alegarán el carácter razonable tanto de la capitalización como de su rechazo. En el contexto de la Ley concursal en que se inserta y tiene sentido la norma, parece que lo oportuno es atender a la razonabilidad de la medida para la tutela de los acreedores, comoquiera que su interés es prioritario en las situaciones de preinsolvencia e insolvencia. Al contrario de lo que sucede en la crisis patrimonial disolutoria, donde se tutela a los acreedores, pero en la idea de que todavía es posible satisfacer sus créditos, en la crisis de solvencia se pretende tutelar el riesgo de que los acreedores no vean satisfechos sus créditos total o parcialmente. Si partimos de una concepción elemental del Derecho de sociedades de capital, los socios arriesgan sólo su aportación, no responden de las deudas sociales, sino hasta el límite de lo que aportaron o se comprometieron a aportar al capital social. Ésa es la porción de su interés que se mantiene en riesgo durante toda la vida de la sociedad, para protección de los acreedores en atención al principio de realidad del capital y la función que de él deriva. De modo que ante una situación de crisis económica de la sociedad que pudiera perjudicar la satisfacción de los acreedores, el interés de los socios debe ceder. Otra cosa diferente, sin embargo, es conducir la prioridad del interés de los acreedores a una responsabilidad personal e ilimi-

⁶² Art. 165.2 de la LC. RECALDE CASTELLS: *op. ult. cit.*, págs. 105-106.

tada de los socios por el déficit patrimonial en caso de concurso. Es decir, postergar el interés del socio a través de una capitalización de créditos es coherente con la tutela del interés prioritario en tales casos de crisis de solvencia, si tal medida es eficaz al respecto, pero no se coordina adecuadamente con los requisitos de adopción de la medida. Distinto hubiera sido alterar parcialmente la competencia para promover la capitalización o ampliar el alcance de las facultades de los administradores tras la negativa de la Junta, de modo que fueran ellos los que, después de convocar la Junta para acordar el aumento de capital por compensación de créditos sin que en la reunión se hubiese adoptado tal medida ni otra solución preconcursal, estuvieran legitimados para acudir al juez —probablemente en el marco de la homologación— a solicitar su imposición si resultara una solución razonable en términos de tutela de los acreedores afectados y viabilidad de la empresa, en la comprensión de que tal solución es preferible a una liquidación o un concurso desde un punto de vista de política jurídica⁶³; y siempre que no existan medidas alternativas que garanticen la tutela conjunta de acreedores y socios⁶⁴. En este punto, el mantenimiento del derecho de adquisición preferente a favor de los socios antiguos, perjudicados por la capitalización, sería imprescindible para mantener cierta tutela del postergado interés de los socios⁶⁵. Lo que no resulta prudente es permitir a los administradores decidir por sí mismos la capitalización sin un acuerdo favorable de la Junta o la eventual imposición judicial que hemos mencionado.

Cualquier alteración en ese sentido, facultando a los administradores para acudir al juez a solicitar la imposición de la medida, debe ser coherente con la construcción de la competencia orgánica para la solicitud de concurso en caso de insolvencia inminente. Como hemos dejado apuntado, el órgano de administración tiene el deber de ejecutar el acuerdo de la Junta de no instar el concurso si la

⁶³ Una opción de este tipo, permitiendo a los administradores solicitar al juez la imposición de la medida oportuna para eludir la insolvencia si la Junta general no lo hace, introduciría una diferencia clara con las opciones en manos de los administradores en el caso de la crisis patrimonial disolutiva, pues tras un acuerdo de la Junta que no remueva la causa de disolución ni disuelva la sociedad sólo pueden acudir al juez para solicitar la disolución, nunca la imposición de la medida de remoción de la causa.

⁶⁴ Por ejemplo, permitir a los socios concurrir voluntariamente a un aumento de capital, que como hemos mencionado puede ser una medida preventiva o sanadora de la insolvencia.

⁶⁵ Vid. art. 165.2, segundo inciso, de la LC: «En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior».

situación es de insolvencia inminente, porque no existe una obligación de la sociedad de acudir a la solución concursal. Lo mismo debería extenderse a la negativa a capitalización si se trata de una medida de prevención de una insolvencia futura o inminente: mientras no se verifique la insolvencia actual, la sociedad deudora debería poder optar libremente por la adopción de medidas preconcursales, de acuerdo a las reglas generales (inalteradas) del Derecho de sociedades. Por ello, debería plantearse la conveniencia de que dicha medida de refinanciación con habilitación para ser judicialmente impuesta a los socios de la sociedad deudora se integrara dentro de un eventual presupuesto objetivo del instituto preconcursal concreto en el que pudiera justificarse tal postergación del interés de los socios, como sería encontrarse en situación de insolvencia actual; en ese escenario no debería permitirse a los socios obstaculizar más la tutela del interés de los acreedores mediando un plan razonable de viabilidad futura de la empresa.

IV. LA CRISIS ECONÓMICA COMPLEJA: LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN CASO DE CONCURRENCIA DE CAUSA DE DISOLUCIÓN Y PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO

Para concluir el análisis haremos un breve apunte sobre la estructura de los deberes de los administradores en la situación habitual de concurrencia simultánea de una crisis patrimonial disolutoria con una crisis de solvencia, pues aunque de acuerdo a lo ya indicado es posible comprender casi todas las posibilidades que se presentan, algunas dejan dudas o admiten una crítica. Las cuestiones sobre competencia orgánica y legitimación ya analizadas resultan plenamente trasladables a las siguientes páginas.

1. Concurrencia de pérdidas graves e insolvencia actual

Procede aludir en primer lugar al principio básico de coordinación entre las situaciones de crisis patrimonial y de solvencia. Como hemos mencionado, la causa de disolución de pérdidas graves recogida en la Ley de sociedades de capital dispone expresamente, tras modificación por la Ley concursal en 2003, que no será obligado disolver si concurre esa situación de pérdidas graves y al mismo tiempo es preceptivo iniciar un procedimiento concursal por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia⁶⁶. Así, el presupuesto objetivo del concurso de la sociedad, cuando genere la obligación de impulsar el procedimiento concursal

⁶⁶ Así lo recoge el art. 363.1 e) de la Ley de sociedades de capital. Los artículos 260.1.4.º de la Ley de sociedades anónimas de 1989 y 104.1 e) de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, referidos a la mencionada causa legal de disolución, fueron modificados en tal sentido por las Disposiciones finales vigésima y vigésima primera de la Ley concursal, regulación contenida en la actualidad en el art. 363.1 e) de la Ley de sociedades de capital.

—insolvencia actual— funciona como límite del ámbito de aplicación de la causa de disolución: se concede preferencia a la solución especial concursal sobre la solución general societaria de disolución-liquidación-extinción en caso de concurrencia simultánea de pérdidas graves e insolvencia actual⁶⁷. Como es natural, esto tiene incidencia directa sobre los deberes de los administradores de la sociedad, de modo que la obligación de promover la disolución y la obligación de instar el concurso son incompatibles y excluyentes entre sí, con la consecuencia inmediata también de la desaparición de la responsabilidad por deudas que origina el incumplimiento del deber de promover la disolución⁶⁸.

El problema se presenta en la coordinación de la norma societaria y las normas concursales en los casos de promoción de soluciones preconcursales de remoción de la insolvencia actual, y también en los supuestos en que se haya iniciado la solución concursal del convenio, que elimina la situación de insolvencia de la sociedad durante la fase de cumplimiento del mismo, pues no hay regulación que aluda a la enervación de la causa de disolución en tales casos.

Como es sabido, el deber de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde que se conoce o debió conocerse la situación de insolvencia actual concurre con la posibilidad de adoptar medidas preconcursales de remoción de la insolvencia, de manera que si se iniciaran conversaciones para acordar la refinanciación decae temporalmente el deber de solicitar el concurso voluntario siempre que se comunique el inicio de tales negociaciones al juez competente para declarar el concurso, concediéndose tres meses desde la comunicación al juzgado para concluir el acuerdo de refinanciación, e impidiéndose en ese tiempo la solicitud de concurso necesario⁶⁹. Si la sociedad se encuentra en situación de pérdidas graves y además en insolvencia actual y pone en marcha ese mecanismo preconcursal que permite alargar los plazos del deber de solicitud de concurso voluntario, la causa de disolución permanece igualmente inactiva durante toda la extensión del plazo para solicitar el concurso: no procede promover la disolución, sino sólo instar las soluciones arbitradas con carácter especial por la Ley concursal, esto es, una solicitud de concurso voluntario o una solución preconcursal⁷⁰.

⁶⁷ Baste ahora la cita de JUSTE MENCÍA, Javier: comentario a la «Disposición final 20. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Tecnos, 2004, vol. II, págs. 2372-2373.

⁶⁸ En efecto, los administradores deben solicitar el concurso por el juego de los artículos 363.1 e) y 367 de la Ley de sociedades de capital y los artículos 2, 3 y 5 de la Ley concursal. Véase a BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: comentario a la «Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo II, pág. 3252; PULGAR EZQUERRA, J.: *El concurso de acreedores...*, op. cit., págs. 483-485; *id.*, «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», en PULGAR EZQUERRA (dir.), *El concurso de acreedores*, Madrid, La Ley, 2012, pág. 171.

⁶⁹ Arts. 5 bis y 15.3 de la LC.

⁷⁰ Como veremos *infra* apartado IV.2, la solución es distinta si la solución preconcursal es preventiva, por encontrarse la sociedad en insolvencia inminente.

La cuestión se lleva a la fase de cumplimiento de la solución concursal de convenio, o de una solución preconcursal. Se entiende que tanto durante la fase de cumplimiento de convenio y como del acuerdo de refinanciación, los acuerdos alcanzados han eliminado la situación de insolvencia en que se encontraba la sociedad, que ahora sí es capaz de pagar regularmente sus obligaciones a medida que van venciendo y resultan exigibles. Normalmente, además, una de las medidas que se incorporan a un acuerdo de refinanciación o a un convenio es el restablecimiento del equilibrio entre patrimonio y capital, pues el plan de viabilidad que les acompaña debería contemplar el respeto del principio de correspondencia efectiva del capital⁷¹. Pero la pregunta es qué sucede si durante la fase de cumplimiento del acuerdo de refinanciación o del convenio, la sociedad, que ya no es insolvente, sufre pérdidas que dejan reducido su patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra de capital. Y la verdadera relevancia de la cuestión se anuda a conocer el alcance de los deberes del órgano de administración de promover la disolución de la sociedad —convocatoria de la Junta o solicitar la disolución judicial— y la consecuente responsabilidad por deudas que prevé la Ley de sociedades de capital para el caso de incumplimiento. Pues bien, la STS núm. 590/2013, de 15 de octubre, resolvió la cuestión en referencia a la concurrencia de pérdidas graves durante la fase de cumplimiento del convenio, entendiendo que el deber de promover la disolución continúa suspendido durante toda la fase de cumplimiento del convenio, y en consonancia los administradores no son responsables por las deudas posteriores al momento en que aparezca el desequilibrio patrimonial determinante⁷². Esta posición del Tribunal Supremo ha sido con razón criticada, puesto que ciertamente en fase de cumplimiento del convenio desaparecen alguna de las medidas de tutela de acreedores que se aplicaban durante la fase común, y no es razonable no aplicar las normas societarias de tutela basadas en la correspondencia efectiva del patrimonio y capital, cuyo máximo exponente es la causa de disolución por pérdidas graves⁷³. En lo que respecta a la fase de

⁷¹ Véase MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «Deberes de promoción de la disolución y el convenio concursal. (Comentario de la STS [1.ª] de 15 de octubre de 2013)», en *RDM*, núm. 292, 2014, págs. 626-628.

⁷² Señala la citada STS: «*Tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al art. 133.2 LC, sino la propia normativa societaria (...), que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC)*».

⁷³ En palabras de MARÍN DE LA BÁRCENA: *op. loc. ult. cit.*, «*La normativa concursal y la societaria en este punto no se excluyen, como declara el Tribunal en la sentencia comentada, sino que se complementan entre sí. Esto implica que, aunque no se pueda considerar un presupuesto para su presentación ni para su aprobación judicial, la propuesta de convenio y el plan de viabilidad formulados por una sociedad de capital han de tener en cuenta, en nuestra opinión, el necesi-*

cumplimiento del acuerdo de refinanciación, lógicamente también se debe mantener la plena vigencia de la regulación societaria tuitiva de los acreedores, lo que requiere la previsión en el contenido del acuerdo de un restablecimiento del equilibrio adecuado entre patrimonio y capital —para evitar la causa de disolución una vez eludida la insolvencia—, y además su mantenimiento durante toda la fase de cumplimiento para evitar tener que acudir a la disolución de la sociedad⁷⁴.

2. Concurrencia de pérdidas graves e insolvencia inminente

La norma societaria deja claro que sólo se enerva la obligación de promover la disolución por pérdidas graves, y consecuentemente la responsabilidad por deudas de los administradores en caso de incumplimiento, cuando «sea procedente solicitar la declaración de concurso», es decir, cuando la norma concursal obligue a instar la solución concursal. Como es sabido, concurriendo el presupuesto objetivo del concurso de acreedores, únicamente se obliga al deudor a solicitar el concurso en caso de insolvencia actual, siendo voluntaria la solicitud de concurso si la insolvencia es inminente. Así, la simultaneidad de unas pérdidas graves con una situación de insolvencia inminente no altera la obligación de los administradores de promover la disolución, que será la solución prioritaria⁷⁵. Si llevamos el problema a la posibilidad de acudir a una solución preconcursal preventiva de una insolvencia que por el momento es sólo inminente, incluso aunque se haya realizado la comunicación del inicio de negociaciones a la que se refiere el art. 5 bis

rio cumplimiento de las reglas sobre correspondencia mínima entre capital y patrimonio que se activarán desde el momento en que se produzca la firmeza de la resolución que aprueba el convenio. (...) En nuestra opinión, no existe ninguna razón para derogar las reglas legales sobre correspondencia mínima entre capital y patrimonio en la fase de cumplimiento de convenio de una sociedad de capital. Los administradores deben solicitar la apertura de la liquidación concursal si prevén que la sociedad no podrá cumplir con los pagos comprometidos y las nuevas obligaciones, pero también deben hacerlo si la sociedad incurre en pérdidas cualificadas y no logra recuperarse mediante la adopción por la Junta general de alguna de las soluciones posibles y dentro de los plazos previstos en la Ley de Sociedades de Capital». También expresa dudas JUSTE MENCÍA, J.: «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», *RCP*, núm. 21, 2014, págs. 17-26.

⁷⁴ De nuevo MARÍN DE LA BÁRCENA: *op. ult. cit.*, pág. 623, «una vez alcanzado el convenio o los acuerdos y, en su caso, lograda la homologación judicial, las reglas sobre conservación del equilibrio entre capital y patrimonio se vuelven a aplicar, como es natural, si no se quiere eliminar todo el sistema de protección de acreedores basado en la institución del capital social y sustituirlo por un control de solvencia».

⁷⁵ *Vid.* art. 2.3 de la Ley concursal. Además, RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: comentario a la «Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas» y a la «Disposición final vigésima primera. Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GARAU (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, Madrid, Dykinson, 2004, tomo II, pág. 1896; PULGAR EZQUERRA, J.: *El concurso de acreedores...*, *op. cit.*, pág. 485; MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital», en *RdS*, núm. 24, 2005, pág. 106.

de la Ley concursal, debemos resolver que no se elimina ni se ve alterado en su contenido el deber de los administradores de la sociedad de promover la disolución. De nuevo, el plan de viabilidad del acuerdo preconcursal —preventivo de la insolvencia— debería incorporar el restablecimiento del equilibrio patrimonio-capital a través de cualquiera de las medidas de recapitalización, removiendo así la causa de disolución, y se impone además que dicho acuerdo sea adoptado, y en su caso las medidas de remoción de las pérdidas graves aprobadas por la Junta general, antes de que concluya el plazo para el cumplimiento de los deberes de promoción de la disolución por los administradores, para evitar la responsabilidad por deudas por incumplimiento⁷⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, Guillermo: comentario al «artículo 44», en ARROLLO/ EMBID, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, 1997, págs. 518 y ss.

ALONSO LEDESMA, Carmen: «El papel de la Junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 615 a 664.

BATALLER GRAU, Juan: «La disolución», en ROJO, Á., y BELTRÁN, E. (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2012, págs. 21 a 88.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 50, 2010, págs. 157 a 183.

— Comentario a la «Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo II.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, y GARCÍA-CRUCES, José Antonio: voz «Acuerdos de refinanciación», AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, tomo I, págs. 151 y ss.

⁷⁶ Sería sencillo dilatar el plazo necesario para cerrar el acuerdo de refinanciación sin incumplir los deberes, esperando a que transcurrieran casi los dos meses para convocar la Junta general que deba pronunciarse sobre la disolución, extender de forma razonable el plazo previo de convocatoria. Tras la celebración de la Junta en la que presumiblemente no se adopte la disolución ni (todavía) se remueva la causa de disolución, los administradores tendrían un plazo de otros dos meses para acudir al juez a solicitar la disolución judicial.

- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: Comentario al «artículo 160. Competencia de la Junta», en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 1200 a 1208.
- Comentario al «artículo 234. Intervención de la Junta general en asuntos de gestión», en ROJO y BELTRÁN (coords.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1682 a 1688.
- «Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores», *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 217 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Derecho de Sociedades*, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-Ley 4/2014», en *La Ley mercantil*, núm. 1, 2014, págs. 56 a 73.
- *El régimen jurídico preconcursal de los «acuerdos de refinanciación» (d. ad. 4.ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Reflexiones sobre las soluciones preconcursales», en *RCP*, núm. 16, 2012, págs. 115 a 125.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «La reactivación de la Junta general en el Código Unificado de Gobierno Corporativo: aproximación a las competencias implícitas», en *EPrints Complutense*, núm. 11, 2007.
- GALLEGO LANAU, María: «La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 391 a 421.
- «La cesión global plural de activo y pasivo», en *RdS*, núm. 38, 2012, págs. 281 a 304.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: *Las instrucciones de la Junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia», en GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuer-*

dos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial, Bosch, Barcelona, 2013, páginas 21 a 44.

GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «La reactivación de la sociedad», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 89 a 147.

GIRÓN TENA, José: *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», en *RCP*, núm. 14, 2011, págs. 151 a 170.

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La capitalización de deuda como instrumento pre-concursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 319 a 374.

JUSTE MENCÍA, Javier: «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales» *RCP*, núm. 21, 2014, págs. 17 a 26.

— Comentario a la «Disposición final 20. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Tecnos, 2004, vol. II.

LARGO GIL, Rita: «El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 153 a 213.

— *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid, Civitas, 2.ª edición, 2000.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Deberes de promoción de la disolución y el convenio concursal. (Comentario de la STS [1.ª] de 15 de octubre de 2013)», en *RDM* núm. 292, 2014, págs. 619 a 628.

— «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital», en *RdS*, núm. 24, 2005, págs. 91 a 120.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa, voz «Dación en pago», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, tomo I, págs. 957 y ss.
- PÉREZ TROYA, A.: «Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito», GARCÍA-CRUCES (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 423 a 464.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: *Preconcurzalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016.
- «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», en PULGAR EZQUERRA (dir.), *El concurso de acreedores, La Ley*, Madrid, 2012.
- «El acuerdo de la Junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», en *RdS*, núm. 34, 2010, págs. 19 a 50.
- *El concurso de acreedores: la declaración*, *La Ley*, Madrid, 2009.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (Aspectos sustantivos)*, Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital», en *ADC*, núm. 33, 2014, págs. 85 a 110.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso: «Tipología de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO y LEÓN SANZ (dirs.), *Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 59 a 81.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación», en DÍAZ MORENO y LEÓN SANZ (dirs.), *Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, páginas 111 a 144.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: Voz «Insolvencia», en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, tomo II, págs. 1801 y ss.

JAVIER MEGÍAS LÓPEZ

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: Comentario al «artículo 2. Presupuesto objetivo», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo I.

— Comentario al «artículo 3. Legitimación», en ROJO y BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo I.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, SACRISTÁN BERGIA, Fernando, y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo III, Marcial Pons, Madrid, 2007, páginas 2185 a 2220.

(Trabajo recibido el 10/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)

EL CONCURSO

EL CONCURSADO Y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: CAPACIDAD Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN RESPECTIVO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ

Notaria de Granada

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Notaria de Fuenlabrada

RESUMEN

El presente trabajo comienza analizando los presupuestos del concurso, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, temporal o formal. A continuación se centra en la capacidad del concursado, haciendo especial referencia a las limitaciones en sus facultades de administración y disposición, su capacidad procesal y la posible limitación de sus derechos fundamentales. En tercer lugar, el artículo se refiere a la figura de los administradores concursales: requisitos para su nombramiento, facultades, remuneración, incapacidades e inhabilitación. Finalmente, se analizan desde un punto de vista práctico los requisitos necesarios para la intervención en escritura pública tanto del concursado como de los administradores concursales, distinguiendo los distintos supuestos.

Palabras clave: concursado, presupuesto del concurso, limitaciones, inhabilitación, facultades de administración y disposición, administradores concursales, escritura pública.

INSOLVENCY DEBTOR AND ADMINISTRATOR: CIVIL CAPACITY AND FACULTIES. SPECIAL REFERENCE TO DISPOSITION ACTS

MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ

Notary Public in Granada

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Notary Public in Fuenlabrada

ABSTRACT

This paper begins analyzing the requirements for insolvency proceedings. Secondly, it focuses on the insolvent debtor's civil capacity, making particular reference to limits on

powers of disposition and administration, procedural capacity and restrictions on fundamental rights. It also refers to insolvency administrators: requirement for their appointment, faculties, remuneration, disabilities and inabilities. Finally, this article analyzes from a practical view the requirements to be fulfilled by insolvency debtors and administrators to intervene in a public deed.

Keywords: insolvency debtor, requirements for insolvency proceedings, limitations, inabilities, powers of disposition and administration, insolvency administrators, public deed.

SUMARIO: I. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 1. Presupuesto subjetivo. 1.1. Capacidad concursal pasiva: el deudor. 1.2. ¿Pluralidad de acreedores? 2. Presupuesto objetivo: la insolvencia del deudor. 3. Presupuesto objetivo implícito: la existencia de bienes en el activo del deudor. 4. El elemento temporal: plazo para instar el concurso. 5. Requisito formal: el auto de declaración del concurso. 6. Publicidad de la situación concursal.—II. LA CAPACIDAD DEL CONCURSADO. 1. Efectos de la declaración de concurso sobre el patrimonio del deudor. 1.1. La continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial o personal. 1.2. El derecho a testar. 1.3. El derecho a alimentos. 1.4. El concurso y el régimen económico matrimonial del deudor. 1.5. La administración y disposición de los bienes del deudor. A) Régimen de administración y disposición. B) La autorización judicial para los actos de disposición. C) Enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial. D) Consecuencias de la infracción de las limitaciones en este ámbito. 2. La capacidad procesal del concursado. 3. El concurso y los derechos fundamentales. 4. La inhabilitación del deudor. 5. Obligaciones del concursado. 6. Efectos del convenio de acreedores sobre el deudor.—III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. Composición y requisitos para su nombramiento. 2. Facultades de la administración concursal. Su retribución. 2.1. Facultades de gestión patrimonial. 2.2. Facultades de índole procesal. 2.3. La retribución del administrador concursal. 3. Incapacidades e incompatibilidades. Recusación.—IV. INTERVENCIÓN EN LA ESCRITURA PÚBLICA DEL CONCURSADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. Intervención del concursado por sí solo. 1.1. Actos no afectados por la situación de concurso. 1.2. Actos sí afectados por la situación de concurso. 2. Intervención de los administradores concursales como interventores o como sustitutos. 2.1. Régimen anterior a la reforma introducida por la Ley 38/2011. 2.2. Régimen posterior a la reforma introducida por la Ley 38/2011. 3. Intervención de los administradores concursales como otorgantes directos.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. Presupuesto subjetivo

Cuando se trata de analizar el presupuesto subjetivo del concurso de acreedores es preciso plantear dos cuestiones diversas: la de quién puede ser declarado en concurso (capacidad concursal pasiva) y la de quién puede instar la declaración de concurso (capacidad concursal activa).

1.1. Capacidad concursal pasiva: el deudor

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, va dirigida a cualquier deudor «sea persona natural o jurídica» (art. 1.1 LC). Por tanto, la **regla general** es que cabe el concurso de cualquier deudor siempre que tenga personalidad jurídica. Hay que distinguir:

- a) En el caso de *personas físicas* bastará con que hayan nacido (artículo 30 del CC) y no hayan fallecido ni hayan sido declaradas fallecidas. Así:
 - i. Es indiferente su edad y capacidad de obrar, si bien los menores e incapacitados actuarán en el concurso a través de sus respectivos representantes legales, con sujeción a las reglas de ejercicio y limitaciones propias de los regímenes de la patria potestad y la tutela y, si durante el procedimiento alcanzan la mayoría de edad o recobran la capacidad, actuarán ya por sí mismos, sin perjuicio del eventual mantenimiento de las medidas de intervención ya decretadas por la autoridad judicial, siempre a criterio de ésta. Además, en caso de calificación del concurso como culpable, si al producirse la insolvencia el deudor era menor o incapaz, las consecuencias de aquella calificación pesarán sobre quienes eran sus representantes legales.
 - ii. Asimismo, es indiferente que la persona física insolvente esté o no casada y cuál sea su régimen económico matrimonial, si bien la existencia de bienes gananciales o comunes habrá de tenerse en cuenta en la determinación de la masa activa. Tradicionalmente, no cabía la declaración de concurso único de un matrimonio casado en ganancia-

les u otro régimen de comunidad, pues tenía en cuenta el legislador que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y que las «*cargas y deudas de la sociedad de gananciales*» son en realidad técnicamente cargas y deudas de los cónyuges de las que han de responder, bajo determinados presupuestos, los bienes gananciales; únicamente se admitía que, en caso de concurso de ambos cónyuges, la administración concursal pudiese solicitar la acumulación de ambos concursos (anterior redacción del artículo 25.3 de la Ley Concursal), lo que determinaría su conocimiento por parte del mismo Juzgado y la provisión de una misma administración, pero no la confusión de las masas¹. Superando este planteamiento, tras la reforma introducida en el precitado artículo 25 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se admite directamente la declaración conjunta de concurso de los cónyuges y parejas de hecho inscritas, en caso de concurso tanto voluntario como necesario².

- b) En el caso de las *personas jurídicas*, gozan de capacidad concursal pasiva tanto las de naturaleza asociativa como las de naturaleza societaria y las de carácter fundacional.

En cuanto a la legitimación para instar el concurso si el concursado es una persona jurídica, cabe plantearse si el administrador está legitimado por sí solo para presentar la solicitud de la declaración de concurso o si requiere acuerdo de Junta a estos efectos. A esta cuestión se refiere el artículo 3.1 LC, dejando claro que la competencia corresponde al órgano de administración o liquidación, lo que por otro lado es lógico porque una solicitud extemporánea podría acarrear la responsabilidad patrimonial personal del administrador de calificarse el concurso como culpable ex artículo 172 bis LC. Y por identidad de *ratio* también están legitimados los socios que respondan personalmente de las deudas sociales ex art. 3.2. LC.

En relación con el deudor persona jurídica existen supuestos dudosos:

- i. ¿Es posible la declaración de concurso si se trata de entidades en liquidación? No sólo es posible, sino que es un fenómeno que se da con cierta frecuencia en la práctica.

¹ Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 2010.

² En el caso de las parejas de hecho inscritas, para que sea posible la declaración conjunta de concurso, es preciso que existan entre ellos «*pactos expresos o tácitos*» o que se aprecien «*hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común*». En estos casos de declaración conjunta de concurso, será juez competente para conocer del asunto el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo.

- ii. Más discutido ha sido el caso de la sociedad en formación e irregular, si bien, hoy son muchos los argumentos para defender que ambas gozan de personalidad jurídica y que, por tanto, es perfectamente posible el concurso de acreedores siempre que la voluntad de los socios fundadores haya sido la de crear una sociedad personificada (lo que se conoce como una sociedad *externa*). A esta conclusión podemos llegar por dos vías: ya entendamos que estaríamos ante una personalidad jurídica básica o imperfecta o bien entendiendo que el contenido de la personalidad jurídica es único e inmutable y que la inscripción es únicamente un requisito tipológico de las sociedades de capital, exigible para que sean predicables de la sociedad anónima o limitada las características que le son propias, en particular en lo que atañe a la responsabilidad de los socios por la deudas sociales³, de ahí que, aun a falta de inscripción, estemos ante entidades personificadas. A mayor abundamiento, alude NIETO DELGADO⁴ que la posibilidad de concursar de la sociedad irregular, «*aun careciendo de proclamación normativa expresa, parece que puede inferirse sin mayores problemas de los artículos 24.2 de la Ley Concursal y 322.2 del Registro Mercantil (expresamente modificado por el art. 10.7 del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio), cuando se contempla la inscripción en el Registro de la sociedad mercantil declarada en concurso que no estuviera inscrita...*». Además, en apoyo de esta tesis, también puede traerse a colación el 105.1.3.º de la Ley Concursal, que prohíbe al concursado que no esté inscrito «*cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria*» que presente propuesta anticipada de convenio.
- iii. ¿Y qué ocurre con las sociedades canceladas en el Registro Mercantil cuando existen acreedores cuyos créditos no han sido aún satisfechos? Tal y como expone NIETO DELGADO⁵, tras traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 20 de enero de 2013, que establece que «*la definitiva desaparición de la sociedad sólo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido cancelada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos...*», la declaración de concurso en estos casos es perfectamente posible sin necesidad de acreditar la insolvencia de los antiguos socios ni de los liquidadores responsables. ¿Significa esto que habría que volver a inscribir la sociedad en el Registro Mercantil? Así parece inferirse del mandato contenido en el artículo 24.2

³ En esta línea, CALVO VIDAL, Isidoro-Antonio: *La personalidad jurídica societaria*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2011.

⁴ NIETO DELGADO, Carlos: «Los presupuestos del concurso de acreedores» en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (AA.VV.), CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.196.

⁵ NIETO DELGADO, C.: *ob. cit.* pp.197.

LC, aunque propiamente no se trataría de una inscripción nueva porque es evidente que, por el principio de tracto, habría que practicar el asiento pertinente en la hoja que se abriera en su momento a la sociedad para dejar sin efecto practicada. No obstante, como señalada ROJO, lo más habitual en estos casos será la opción de los acreedores por la reclamación contra los propios socios, según las normas del régimen del pasivo sobrevenido⁶.

- iv. ¿Y con las entidades de crédito? Para las que se encuentren en dificultades económicas, la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito, ha establecido un proceso específico de reestructuración o «resolución», según los casos, cuya apertura evita que los jueces puedan admitir solicitudes de concurso de las mismas, de manera que el concurso de una entidad crediticia sólo sería posible hipotéticamente en el caso de que no se llegase a abrir dicho proceso por el FROB o, si tras la denominada «resolución», que viene a ser una liquidación de la entidad llevada a efecto por el FROB, quedase aún masa sin liquidar⁷.
- v. Finalmente, cabe plantearse si se produce una extensión de la declaración de concurso a los socios personalmente responsables de las deudas sociales. Tradicionalmente, dicha extensión no podía tener lugar, pues, a tenor del artículo 48.5 de la Ley Concursal, tal responsabilidad no podría hacerse efectiva «hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social»; sí se admitía, en cambio, que el juez, cuando resultase fundada la posibilidad de que la masa activa fuese insuficiente para cubrir todas las deudas, ordenase como medida precautoria el embargo de bienes y derechos de dichos socios. Tampoco se extiende el concurso al socio único de la sociedad unipersonal, ni siquiera cuando, por falta de publicidad de la unipersonalidad, sea responsable personal de las deudas sociales (artículo 45 de la Ley Concursal).

No obstante lo anterior, de nuevo como novedad introducida por la Ley 38/2011, el artículo 25 de la Ley Concursal admite la declaración conjunta de concurso de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como de entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades⁸.

⁶ Vid. los comentarios de ROJO al artículo 1 de la Ley Concursal, en ROJO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «Comentario de la Ley Concursal», volumen I, ed. Civitas, Madrid, 2004.

⁷ En favor de la última posibilidad se ha pronunciado NIETO DELGADO, C.: *ob. cit.* pp.201.

⁸ En estos casos de declaración conjunta de concurso, será juez competente para conocer del asunto el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y,

Existen, sin embargo, **dos excepciones a la regla general** señalada:

1. El artículo 1.2. LC excluye *«las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público»*. Quedan por tanto fuera:
 - i. La Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las Administraciones de las distintas entidades locales.
 - ii. Los organismos dependientes de las administraciones territoriales que conforman la llamada «Administración Institucional» y entre los que destacan, en el ámbito de la Administración General del Estado, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las fundaciones estatales.
 - iii. Y los restantes «entes de Derecho público», que son todos los que integran la denominada «Administración corporativa» (p. ej., colegios profesionales, cámaras oficiales, comunidades de regantes) y los organismos encuadrados en la denominada «Administración independiente» (p. ej., Banco de España, Comisión Nacional de Mercados y Competencia, Agencia Española de Protección de Datos, etc.).

El fundamento de estas excepciones radica en que son entidades al servicio de los intereses generales o públicos, razón por la cual y, por tanto, la exclusión les afecta sólo en la medida en que precisamente están consagradas a dichos intereses generales.

Por el contrario, no quedan excluidas las sociedades mercantiles estatales al tratarse de entidades de derecho privado, por más que tengan una participación mayoritaria de capital público, ni tampoco las entidades municipales del suelo y vivienda u otro tipo de empresas concesionarias de obras y servicios públicos (como las sociedades concesionarias de autopistas) o contratistas de las Administraciones Públicas, si bien respecto de las últimas se prevé la aplicación de las especialidades establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la regulación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo, así como la posible acumulación de los procesos concursales ya iniciados si se formularen propuestas de convenio que afecten a todos ellos (Disposición Adicional segunda ter LC introducida por la Ley 9/2015, de 25 de mayo).

si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.

Por tanto, cabe el concurso de toda entidad de derecho privado aun cuando tengan relación o estén participadas por entidades públicas. Ahora bien, siendo ésta la regla general existen supuestos controvertidos o dudosos:

2. En principio, quedan fuera todas las entidades carentes de personalidad jurídica, como los fondos de pensiones, los fondos de inversión, cualesquiera otros patrimonios separados sin personalidad propia, las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal o las comunidades de bienes⁹.

Por excepción, es posible la declaración en concurso de la herencia yacente, que carece de personalidad jurídica, tal y como resulta de la Ley Concursal, artículo 1.2, al declarar que: «*El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*». Completa esta norma el artículo 3.4 LC, que dispone que la solicitud de declaración de concurso de la herencia formulada por el heredero equivale legalmente a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Por otra parte, el concurso de herencia se da por imperativo legal en los casos en que, iniciado el procedimiento como concurso de persona natural, fallece el deudor concursado (artículo 182 LC), y en estos casos será a la administración concursal a quien corresponderá el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal hereditario.

¿Cuál es la razón de ser de la diferencia de trato entre la herencia aceptada pura y simplemente y la aceptada a beneficio de inventario? Que en el caso de aceptación pura y simple por el/los herederos, lo que ocurre es que los mismos pasan a responder *ultra vires* de las deudas de la herencia y se produce una confusión entre el patrimonio del heredero y el del causante (lo contrario que en el caso de aceptación a beneficio de inventario), de ahí que lo que habría que instarse sería el concurso del heredero.

La Ley Concursal no prevé la posibilidad de que, siendo varios los herederos, unos acepten pura y simplemente y otros a beneficio de inventario (artículo 1007 del CC). Ante el silencio del legislador, la solución más razonable parece ser la de entender que los acreedores del causante (y los de la herencia) pueden pedir tanto el concurso de la herencia como el de los aceptantes pura y simplemente¹⁰.

⁹ Como excepción, la jurisprudencia sí ha admitido la declaración de concurso de aquellas comunidades de bienes que, por la actividad económica desarrollada con los bienes que las integran o por otros hechos concluyentes que desarrollen *ad extra*, merezcan la calificación de sociedad civil o mercantil irregular. *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de marzo de 1996.

¹⁰ En este sentido, se expresa ROJO. *Vid.* ROJO, Á.: «*Poder de decisión: acreedores en el concurso*», ed. Civitas, Madrid, 2005.

Finalmente, es importante tener en cuenta que el cónyuge conviviente *more uxorio*, ascendientes, descendientes y hermanos del concursado, los cónyuges de todos los anteriores y los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o conviviente *more uxorio* del concursado tienen la consideración de «*personas especialmente relacionadas con el concursado*» (artículo 93 LC), con las graves consecuencias que ello tiene, por ejemplo, en sede de rescisión de las enajenaciones hechas en su favor y en sede de calificación de los créditos a su favor.

1.2. Capacidad concursal activa

Por lo que se refiere ahora a la capacidad concursal activa o de quién está legitimado para instar la declaración de concurso, la idea de partida es que la declaración de concurso se produce siempre a instancia de parte. A partir de ahí, a la legitimación activa para instarla se refieren los artículos 3 a 5 de la Ley Concursal, de los que resultan, de nuevo, una regla general y varias reglas especiales.

La **regla general** es que están legitimados el deudor y cualquier acreedor (artículo 3.1 de la Ley Concursal). De hecho, el deudor tiene el deber de solicitar la declaración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que haya conocido o debido conocer su estado de insolvencia, fijándose al efecto ciertas presunciones *iuris tantum* (artículo 5 de la Ley Concursal).

Según quien inste la declaración de concurso, se establece la distinción entre concurso voluntario y concurso necesario. Dice el artículo 22 de la Ley Concursal que: «1. *El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. (...) 2. Por excepción (...), el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado*».

La Ley Concursal contempla, además, toda una serie de **normas especiales**:

1. No está legitimado el acreedor que, en los seis meses anteriores a la solicitud, haya adquirido el crédito *inter vivos* y a título singular, después de vencer (artículo 3.2 de la Ley Concursal).
2. Como ya hemos señalado, para pedir el concurso de una persona jurídica, están legitimados sus socios o miembros personalmente responsables de sus deudas (artículo 3.3 de la Ley Concursal).

3. En el caso de concurso de la herencia, no aceptada pura y simplemente, están legitimados los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia (artículo 3.4 de la Ley Concursal). La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación a beneficio de inventario.
4. Se puede instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores si hay confusión de patrimonios o pertenecen al mismo grupo (artículo 3.5 de la Ley Concursal).
5. En el marco de un proceso penal por delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, si hay indicios de insolvencia y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará al juez para que comunique los hechos a los acreedores conocidos para que, si procede y les conviene, soliciten la declaración de concurso.

Para terminar con la capacidad concursal activa, queda por destacar el carácter esencial que tiene, en el seno del concurso, la **existencia de una pluralidad de acreedores**. Aunque han existido opiniones discordantes, lo cierto es que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia así lo han entendido¹¹, llegando a afirmar que esa pluralidad de acreedores es una suerte de presupuesto subjetivo implícito del concurso, que sólo tiene sentido como proceso colectivo. Y ello por tres principales razones:

- El propio origen etimológico del término «concurso» («*concursum*»), que significa concurrencia de varios, en este caso sobre el patrimonio del deudor¹².
- El tenor literal de diversos preceptos de la Ley Concursal, como los artículos 2.1 (que se refiere al «*deudor común*»), 3.1 (que se refiere a «*cualquiera de sus acreedores*»), 6.2.4.º (que se refiere a la «*relación de acreedores*» que ha de presentar el deudor que insta su propio concurso) y todos los preceptos relativos a la clasificación y graduación de créditos y pagos, mayorías para la aprobación del convenio, etc., que sólo tienen sentido si concurren varios acreedores.

¹¹ Vid. por todas la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 9 de enero de 1984, referida al antiguo procedimiento de quiebra.

¹² En esta línea, la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal recuerda que «*el nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de concurso, expresión clásica que desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y Francisco Delgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común*».

- Y, como razón de fondo, la innecesariedad de recurrir al procedimiento concursal si el acreedor es único, pues, con fundamento en la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC, sería posible satisfacer los créditos en una sola ejecución singular, con los mecanismos de reintegración derivados del régimen de las acciones rescisorias del CC¹³.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, tras diversos vaivenes, ha acabado defendiendo esta posición. Así:

- i. En un primer momento, en Resolución 29 de abril de 2011, el Centro Directivo, en un caso en que se había denegado la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de formalización de acuerdos sociales de liquidación y extinción en que el liquidador había manifestado la existencia de un solo acreedor al que no se había pagado ni asegurado su crédito por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia total y definitiva, entendió que podía *«resolverse la cuestión planteada sin necesidad de prejuzgar sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso, ya que en el ámbito estrictamente registral no existe norma alguna que supedita la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso»*.
- ii. Posteriormente, en Resolución de 2 de julio de 2012, luego confirmada por la de 4 de octubre de 2012, la Dirección General de los Registros y del Notariado cambia su criterio para defender, en un supuesto análogo, que lo procedente era instar el concurso de acreedores. El Centro Directivo se apoya, entre otros argumentos, en el artículo 48 ter LC, introducido por la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece la posibilidad de acordar como medida cautelar el embargo de los bienes y derechos de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho o apoderados generales *«cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura de déficit resultante de la liquidación de los términos previstos en esta ley»*, aduciendo la indefensión del acreedor de aceptarse la inscripción de la extinción de la sociedad sin más en el Registro Mercantil. Del texto de la resolución se infiere claramente que la principal preocupación de la Dirección General de los Registros y del Notariado es la adecuada tutela del acreedor conocido y de otros posibles acreedores, razón por la cual se muestra contraria a que se proceda a la cancelación de una sociedad en el Registro Mercantil cuando tanto la inexistencia de más acreedores, como la inexistencia de bienes resulten únicamente de las meras manifestaciones del liquidador. Sin embargo, el Centro Directivo no se pronuncia categóricamente a favor de la posibili-

¹³ En este sentido, *vid.* auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de enero de 2010.

dad de instar el concurso en este supuesto en que parece haber un único acreedor, sino de impedir la inscripción de la extinción de la sociedad en las condiciones reseñadas sin que medie la oportuna resolución judicial.

- iii. Finalmente, con mejor criterio, el Centro Directivo ha vuelto a cambiar de opinión en Resolución de 1 de agosto de 2016 en un supuesto análogo a los anteriormente descritos, en el que además existía auto de inadmisión de la demanda de concurso de acreedores. En esta ocasión, la Dirección General de los Registros y del Notariado hace un repaso de los argumentos utilizados por la doctrina para defender la necesidad de una pluralidad de acreedores para instar el concurso, además de argumentar que las normas de la Ley de Sociedades de Capital y las de la Ley Concursal no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención del único acreedor. Expuesto lo anterior, concluye defendiendo que *«debe admitirse la manifestación que sobre la inexistencia de activo y sobre la existencia de un único acreedor realice el liquidador bajo su responsabilidad —confirmada con el contenido del balance aprobado...»*.

La acreditación de la existencia de una pluralidad de acreedores corresponderá al deudor (en el caso de concurso voluntario) o al acreedor que solicite el concurso (en el caso de concurso necesario)¹⁴. Si se apreciase fraude de ley dirigido a crear una pluralidad artificiosa de acreedores que permita acceder al concurso, deberá denegarse la declaración¹⁵.

Por el contrario, la **falta de pluralidad de acreedores sobrevenida** (la llamada *«unipersonalidad crediticia sobrevenida»*) no es causa legal de conclusión del concurso (artículo 176 de la Ley Concursal), habiendo declarado el Tribunal Supremo que la resolución debe ceñirse a los hechos existentes en el momento de la presentación de la demanda y su contestación¹⁶. Cuestión distinta es que la unipersonalidad crediticia sea originaria, pero su constatación sea sobrevenida; en tal caso, sí procedería el archivo de las actuaciones¹⁷.

2. Presupuesto objetivo: la insolvencia del deudor

Toda declaración de concurso exige la insolvencia del deudor, concepto que es definido en el artículo 2.2. LC, a cuyo tenor: *«Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles»*,

¹⁴ Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 11 de mayo de 2005.

¹⁵ Vid. sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 22 de febrero de 2008.

¹⁶ Vid. sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de septiembre de 1989.

¹⁷ Vid. auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15) de 27 de noviembre de 2008.

ya sea por carecer de bienes suficientes para hacer frente a las deudas o por falta de liquidez.

La noción de insolvencia, por tanto, se identifica con el **estado interno del patrimonio del deudor, que le impide de forma regular tanto cumplir sus obligaciones exigibles como satisfacer el importe al que eventualmente puede ascender la responsabilidad por incumplimiento**. A partir de aquí, la doctrina se ha detenido en el análisis de las cinco características fundamentales que integran esta noción: imposibilidad, continuidad, regularidad, exigibilidad y puntualidad¹⁸.

- i. En cuanto a la **imposibilidad**, se pone el acento en que el cumplimiento de las obligaciones ha de ser verdadera y objetivamente imposible. La falta de liquidez, la existencia de un cierto desbalance o el hecho de que el pasivo sea superior al activo no supone necesariamente que el deudor no pueda seguir cumpliendo con sus obligaciones (p. ej., realizando algunos de sus activos o recurriendo al crédito personal). Y, del mismo modo, una situación de balance positivo no excluye la posibilidad de que el deudor sea declarado en concurso (p. ej., si el activo es irrealizable a corto plazo). Lo que acoge la ley, por tanto, como señala ROJO¹⁹, no es una concepción «*patrimonial*» de insolvencia, sino una concepción «*funcional*», que atiende al hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad.
- ii. La idea de **continuidad** pone el acento en que la falta de solvencia relevante a efectos concursales no es la falta de solvencia puntual, sino la que constituye un estado, siendo necesaria, por tanto, una cierta continuidad en la imposibilidad de pagar.
- iii. La idea de **regularidad** hace referencia al modo en que se hace frente a los pagos, por referencia a los medios normales de mercado, ya sean de financiación o de liquidación de activos. No habrá regularidad en el pago cuando el deudor se vea obligado a acudir a recursos y mecanismos excepcionales, que pueden además agravar la situación de insolvencia en lo sucesivo (p. ej., vender la sede donde la empresa desarrolla su principal actividad o solicitar un préstamo con condiciones usurarias).

¹⁸ Sobre esta materia, *vid.* CERDÁ ALBERO, F.: «La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», en AAVV, «*Estudios sobre la ley concursal (libro homenaje a Manuel Olivencia)*», ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, vol. 1, págs. 953-1000; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *op. cit.*, vol. 1, págs. 1001-1017; y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, R.: «Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal», en *op. cit.*, vol. 1, páginas 1077-1082.

¹⁹ ROJO FERNÁNDEZ RÍO: *op. cit.*

- iv. La idea de **exigibilidad** supone que la insolvencia no tiene lugar mientras no sea exigible al menos una obligación, cualquiera que sea su naturaleza (contractual, extracontractual o legal) o el concepto en que ha de responder de ella el concursado, con los matices que luego diremos para la «insolvencia inminente». En todo caso, el acreedor solicitante del concurso no tiene por qué ser titular del crédito exigible.
- v. Finalmente, la idea de **puntualidad** ha sido bastante discutida. Se trata de determinar si es o no insolvente quien puede pagar regularmente, pero con retraso o mora. Según ha señalado la jurisprudencia²⁰, esta cuestión debe ser analizada por el juez en cada caso concreto, para averiguar si el retraso es transitorio o continuado: el primero no supone insolvencia (salvo que suponga absoluta frustración de los intereses de la contraparte) y el segundo, sí. Es práctica judicial frecuente considerar como retraso continuado, en línea con la opinión de ROJO, aquel que permanece durante más de tres meses²¹.

¿Cómo se acredita la situación de insolvencia? Hay que distinguir:

- i. Tratándose de un concurso voluntario, aquél iniciado a instancia del deudor, es a éste a quien le corresponde «*justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente*». Por tanto, basta con que el deudor prevea que no va a poder cumplir de forma regular con sus obligaciones para que pueda instar el concurso. Además, a diferencia de lo que ocurre con el concurso necesario, no existe en el caso del concurso iniciado a instancia del deudor una lista cerrada de hechos que sirvan para demostrar la situación de insolvencia, por lo que se concede una mayor flexibilidad al deudor a la hora de solicitar el concurso. Parece que se requiere simplemente exponer la situación del pasivo, sin necesidad de acreditar la realidad o existencia de cada una de las deudas, puesto que resulta aplicable el principio confesorio en la medida en que tal declaración, en la medida en que es hecha por el propio deudor, tiene por objeto un hecho que le es perjudicial (ex artículo 316.1 de la LEC).

En cuanto a la apreciación de la insolvencia, el artículo 14.1 de la Ley Concursal dice que «*el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2 u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor*». De aquí resulta que la solicitud y el reconocimiento del deudor no vinculan al juez y que éste tiene un amplio margen de apreciación de la existencia de la insolvencia,

²⁰ Vid. auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 8 de septiembre de 2008.

²¹ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *op. cit.*

pudiendo inferirla de los hechos relacionados en el precepto legal mencionado o de otros diferentes.

Finalmente, hay que insistir, por su relevancia, en el concepto de «*insolvencia inminente*». No perdamos de vista que la noción de inminencia tiene en el ámbito concursal un significado propio, traído del Derecho alemán. No se trata aquí de constatar la proximidad temporal en el acaecimiento de un cierto evento (que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones de pago), sino de apreciar la existencia de riesgo, amenaza o posibilidad factible de que tal estado de insolvencia se produzca. Se trata, simplemente, de que el deudor prevea que no podrá cumplir con sus obligaciones en el futuro o que sólo podrá hacerlo incurriendo en mora o en medios irregulares o extraordinarios de cumplimiento, sin que se fije un plazo determinado (aunque la doctrina alemana tradicional entiende como plazo máximo razonable el de tres años). Y todo ello será apreciado y valorado por el juez sobre la base de los estados contables del deudor e incluso de criterios externos²².

- ii. Tratándose de un concurso necesario, aquél iniciado a instancia de los acreedores, caben dos opciones para justificar la existencia de lo que la doctrina califica de «insolvencia cualificada»:
 - a. Que el acreedor haya despachado previamente ejecución o apremio contra el deudor sin que del embargo hayan resultado bienes libres suficientes para el pago.
 - b. O que se cumpla alguna de las circunstancias que prevé el apartado 4 del artículo 2 LC en relación al deudor:
 - 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones.
 - 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general a su patrimonio.
 - 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes. El alzamiento supone la desaparición u ocultación que de su fortuna hace el deudor con ánimo defraudatorio y con el fin de eludir

²² El clarificador auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 17 de febrero de 2006, se remitió a los criterios contenidos en la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 31 de mayo de 1993, entre los que se cuentan: los resultados económicos y/o *cash flow* negativos y continuados, la pérdida de intangibles muy importantes para la actividad, la reducción de pedidos significativa, la pérdida de algún cliente muy importante, una gran inversión en algún producto o servicio sin éxito o la existencia de contratos a largo plazo no rentables.

el pago a sus acreedores y que puede acarrear también importantes consecuencias penales. También constituye alzamiento la desaparición injustificada del deudor de su domicilio. No hay alzamiento, en cambio, en caso de modificación del régimen económico matrimonial del deudor, puesto que tal modificación no perjudica los derechos adquiridos por terceros (ex artículo 1317 del CC).

- 4.º El incumplimiento generalizado de sus obligaciones tributarias, laborales o de la Seguridad Social durante tres meses.

Además, en todos estos casos, no basta una insolvencia inminente, sino que tiene que ser actual.

Lo mismo ocurre cuando los solicitantes del concurso sean los socios que personalmente deban responder de las deudas sociales.

Tampoco en este caso la concurrencia de estos hechos externos determina necesaria u obligatoriamente la apreciación de la insolvencia por el juez, ni hace automática la declaración de concurso. Presentada la solicitud, el juez emplazará al deudor (artículo 14 de la Ley Concursal) y éste podrá (artículos 18 y 19 de la Ley Concursal) adoptar alguna de las siguientes conductas:

- *No comparecer*, en cuyo caso el juez dictará auto que declare el concurso.
 - *Comparecer y allanarse*, en cuyo caso se dictará auto que declare concurso.
 - *Formular oposición*, basada en la inexistencia del hecho alegado por quien solicitó el concurso o en su solvencia acreditada con su contabilidad. Si prospera la oposición, el juez desestimará la solicitud de concurso. Si no prospera, lo declarará.
- iii. Una tercera opción es que el concurso sea instado por el mediador concursal. Esta posibilidad está prevista en dos supuestos: 1) cuando el acuerdo extrajudicial de pagos no fuera aceptado y el deudor continuara en situación de insolvencia, en cuyo caso se prevé tanto la solicitud inmediata por parte del mediador concursal como la declaración del mismo de forma inmediata (art. 238.3 LC); en el caso de incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, en cuyo caso también se establece el deber de instar el concurso por el mediador concursal, considerándose al deudor en estado de insolvencia (art. 241.3 LC). En ambos casos, tal y como se

estudia en otro artículo de esta obra colectiva, se abre el concurso consecutivo, el cual se rige por lo dispuesto para el procedimiento abreviado, aunque con una serie de especialidades.

3. Presupuesto objetivo implícito: la existencia de bienes en el activo del deudor

Finalmente, es preciso hacer mención a una cuestión particularmente controvertida: la de la consideración o no de la existencia de bienes en el activo del deudor como presupuesto objetivo implícito del concurso. O, en otras palabras, la de **si es viable la existencia de concursos sin masa activa**. Existen, en este punto, dos distintas tesis doctrinales y jurisprudenciales:

- a) A favor de exigir que existan bienes en el patrimonio del deudor como presupuesto objetivo del concurso, se puede argumentar que:
 - i. La finalidad esencial y primera del procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente y, secundariamente, permitir la continuación de la actividad de la empresa. Y ni una ni otra finalidad, como es lógico, podrán cumplirse si no existen bienes.
 - ii. Razones de economía procesal.
 - iii. Razones de economía material, pues sin activo no pueden atenderse ciertas formalidades del proceso (ej., publicación de edictos, retribución de administradores).
 - iv. Siempre les queda a los acreedores el recurso a las ejecuciones singulares.
 - v. Según el artículo 176 de la Ley Concursal, la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes puede declararse «*en cualquier estado del procedimiento*», incluso en el de la provisión sobre la admisión o no de la solicitud.
- b) En contra de exigir que existan bienes en el patrimonio del deudor como presupuesto objetivo del concurso, postura hoy mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia²³, militan los siguientes argumentos:

²³ Vid., por todas, auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de junio de 2007 y auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de marzo de 2010.

- i. El tenor literal del artículo 14 de la Ley Concursal declara la procedencia de la declaración de concurso si de la documentación aportada resulta la existencia de algún hecho revelador de la insolvencia del deudor, sin exigir dato alguno sobre el activo del deudor.
- ii. El artículo 30 del Reglamento CE/1346/2000, *sobre procedimientos de insolvencia*, prevé que la legislación de los Estados miembros pueda exigir que el activo sea suficiente para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento, pero el legislador español no ha hecho uso de esa posibilidad.
- iii. Denegar la apertura del concurso por ausencia de bienes del concursado vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, impidiendo la reintegración de bienes por vía de la acción rescisoria concursal y la exigencia de las responsabilidades derivadas de la eventual calificación del concurso como culpable.
- iv. El tenor literal del artículo 176 de la Ley Concursal contempla la falta de bienes como causa de terminación del concurso, lo que presupone lógicamente que antes haya sido declarado, supeditando además esa conclusión a rigurosas comprobaciones, como el informe de la administración concursal.
- v. Además, tras la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 3/2009, deben decaer los argumentos a favor de la inviabilidad del concurso por no poder atenderse los requerimientos económicos del mismo (gastos de publicación de edictos, honorarios de los administradores concursales y procuradores, etc.), pues se han eliminado o abaratado considerablemente todos esos gastos.

4. El elemento temporal: plazo para instar el concurso

Si el deudor ya se encuentra en una situación de insolvencia existe un plazo de dos meses para instar el concurso desde que el deudor «*hubiera conocido o debido conocer su insolvencia*» (art. 5.1 LC).

No obstante, este plazo se ha visto prorrogado por la reforma introducida por la Ley 38/2011 mediante la posibilidad de que el deudor presente una comunicación al juez que sería competente para conocer del concurso, informando sobre el inicio de negociaciones con sus acreedores, dirigidas a obtener una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo preconcursal de refinanciación.

¿Y qué ocurre con el acuerdo extrajudicial de pagos? Por aplicación de los artículos 5 bis y 233 LC, aceptado el cargo por el mediador concursal, es preceptiva la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, la cual podrá formularse siempre que no haya vencido el plazo de dos meses que tiene el deudor, según el art. 5 LC, para solicitar la declaración de concurso desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento del plazo previsto en el artículo 5.1. LC? La finalidad del plazo de dos meses para la solicitud de concurso por parte del deudor obedece sin duda a la necesidad fijar un período de tiempo con carácter objetivo que permita determinar *a posteriori*, en sede de calificación, si el deudor obró o no diligentemente. A tenor del artículo 165.1 1.º LC: «*El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso*». Y aunque no es el momento de detenernos en las consecuencias de la calificación del concurso como culpable, baste señalar que la misma puede acarrear tanto la inhabilitación para la administración de bienes ajenos o la representación de terceros como, en el caso de deudor persona jurídica, la responsabilidad personal de los administradores, liquidadores o apoderados generales de la misma o incluso de los socios que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de deuda (arts. 172 y 172 bis LC).

5. Requisito formal: el auto de declaración del concurso

El concurso se inicia con el auto de declaración del mismo dictado por el juez de lo mercantil del lugar donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales, salvo que el domicilio fuese distinto, en cuyo caso el acreedor solicitante también podrá dirigirse al juez de lo mercantil en cuyo territorio radique éste. ¿Y qué se entiende por centro de los intereses principales? «*El lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses*». En caso de deudor persona jurídica, se presume que el mismo se halla en el lugar del domicilio social, si bien cualquier cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso no se tendrá en cuenta a estos efectos (art. 10 LC).

El auto de declaración del concurso es ejecutivo aunque no sea firme, y produce toda una serie de efectos jurídicos prevenidos, entre los que destacan (artículo 21.2 LC):

1. La apertura de la fase común del concurso.

2. La designación de la administración concursal, a cuyas características, funciones, régimen de actuación y responsabilidad nos referiremos en el epígrafe III de este artículo, al que nos remitimos.
3. La declaración formal del deudor como concursado, lo que produce toda una serie de efectos sobre los deudores, los acreedores, los créditos y los contratos. A los primeros se refiere el presente trabajo.

Además, el auto deberá pronunciarse sobre el carácter voluntario o necesario del concurso y, en este último caso, se requerirá al deudor para que presente en un plazo de diez días la documentación exigible al deudor en caso de concurso voluntario iniciado a instancia del mismo.

4. La posible adopción de medidas cautelares hasta la aceptación por los administradores concursales de su cargo.

6. Publicidad de la situación concursal

La adecuada tutela de los intereses de los acreedores es lo que justifica el régimen de publicidad previsto en los artículos 23 y siguientes LC de la situación concursal, consistente en:

1. La publicación urgente y en extracto en el *BOE* de la declaración de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de interesado, pueda acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso.
2. La publicación en el Registro Público Concursal tanto del auto de declaración del concurso como de todas aquellas resoluciones posteriores que hayan de ser objeto de publicidad.
3. Tratándose de deudor persona física, la inscripción en el Registro Civil de la declaración de concurso, la intervención o la suspensión de facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.
4. Tratándose de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil, ya se trate del empresario individual o de entidades, se inscribirán en éste tanto el auto de declaración del concurso como las resoluciones relativas a la apertura de fases del concurso, la intervención o suspensión de las facultades de administración o disposición del deudor, la formación de la pieza de calificación o la conclusión del concurso.

En el supuesto de que el sujeto no estuviese inscrito, se practicará previamente la inscripción del mismo. Y en el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia, ex artículo 322 RRM, tras la modificación introducida por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio²⁴.

5. Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el juez mandará inscribir en éste las mismas circunstancias.
6. Finalmente, si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales. Además, practicada la anotación preventiva, como regla general no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste.

II. LA CAPACIDAD DEL CONCURSADO

Tradicionalmente el concursado se asimilaba al incapacitado parcialmente. Sin embargo, esta posición parece hoy superada, ya que la doctrina mayoritaria entiende que la incapacitación *strictu sensu* sólo puede traer causa en «*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*» (art. 200 CC) y siempre que medie declaración judicial, a diferencia de lo que ocurre con la declaración judicial de concurso, donde en la mayoría de los supuestos el deudor se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades físicas y cognitivas y, sin embargo, ve limitada su capacidad de actuación con la única finalidad de preservar su patrimonio y de evitar que mediante sus actos se pueda ver mermado o esquilado en perjuicio de los acreedores. Cuestión distinta es que la conducta del deudor que ha puesto en peligro su patrimonio y, por ende, los créditos de sus acreedores traiga causa en algún trastorno psíquico que pudiera constituir causa de incapacitación.

Una segunda tesis es aquella que contempla la situación jurídica del concursado como un estado civil, la cual se basa fundamentalmente en el hecho de inscribirse la declaración de concurso en el Registro Civil. Sin embargo, la circuns-

²⁴ A nuestro juicio, parece excesiva la exigencia de la constancia de la identidad de los socios, máxime cuando ha sido introducida por una norma reglamentaria.

tancia de la inscripción no es razón suficiente para entender que estamos ante un estado civil, ya que la misma puede sencillamente obedecer a la necesidad de dar publicidad de la situación concursal en aras de la protección de los terceros que pudieran tener relaciones económicas con el concursado. Además, como ha señalado MARTÍNEZ FLÓREZ²⁵, «*la situación del concursado carece de las notas de orden público y de indisponibilidad características del estado civil...*».

Una tercera postura es la que entiende que nos encontramos con un sujeto con una capacidad de obrar limitada de forma temporal, como excepción a la plena capacidad de obrar. Su posición se asemeja a la del pródigo, en cuanto que el fundamento de las limitaciones impuestas al declarado en concurso o pródigo en ambos casos es la protección de los terceros y en ambos casos los sujetos afectados se ven limitados en su capacidad de obrar en la esfera patrimonial, además de sancionarse con la anulabilidad en ambos casos aquellos actos ejecutados por el pródigo o concursado sin la intervención o asistencia del curador o de la administración concursal cuando la misma fuere necesaria. Sin embargo, también hay importantes diferencias entre ambas figuras: mientras que en un supuesto de prodigalidad los sujetos tutelados son los familiares con derecho a alimentos, en el caso del concurso lo son los acreedores del deudor; y mientras que el pródigo se caracteriza por la adopción de decisiones que ponen en riesgo su patrimonio personal de forma irracional (la sentencia del TS de 2 de enero de 1990 hablaba de «*espíritu desordenado, de disipación y derroche*»), la mayoría de los concursos obedecen a razones de índole distinta: crisis económica, decisiones empresariales o personales inadecuadas, mala gestión etc.

Y, finalmente, MARTÍNEZ FLÓREZ²⁶, entiende que la declaración de concurso no incide sobre la capacidad del obrar del concursado, sino sobre el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes y derecho que forman la masa activa y sobre el ejercicio de algunas facultades de índole personal que pueden afectar a su patrimonio. Es por ello que, a juicio de la autora citada, «*las consecuencias de la violación de la intervención y de la suspensión no repercutirán sobre el contrato, sino sobre la transmisión (que será ineficaz) o sobre la administración (que será igualmente ineficaz)*».

Sea como fuere, como veremos, las limitaciones impuestas al concursado se refieren exclusivamente a la esfera económica, no a su vida personal, sin perjuicio de que el juez puede adoptar en cualquier fase del procedimiento medidas que afecten a sus derechos fundamentales en pro de la defensa de sus acreedores.

²⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6/2005, ed. Civitas, S. A.

²⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: *op. cit. supra*.

1. Efectos de la declaración de concurso sobre el patrimonio del deudor

1.1. La continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial o personal

La declaración de concurso no interrumpe por sí la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 44 de la Ley Concursal), pero se reconocen al juez amplias facultades para acordar el cierre de instalaciones o el cese de actividades. Así, dice el artículo 44.4 de la Ley Concursal que «(...) *el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta*». Esta medida puede ser también adoptada por el juez al declarar el concurso, en ejercicio de su competencia para adoptar las provisiones necesarias para asegurar la conservación e integridad del patrimonio del deudor (art. 21.1.4.º LC).

Aunque no lo diga expresamente la ley, puede también el concursado iniciar una actividad empresarial o profesional *ex novo*, sujeto siempre a la administración concursal o, incluso, por sí solo, integrándose en la masa activa los frutos que obtenga con dicha actividad.

En el caso de deudor persona jurídica, la declaración de concurso no es por sí misma causa de disolución de la entidad. Sí lo será, en su caso, la apertura de la fase de liquidación concursal.

La acción de responsabilidad contra los administradores o liquidadores de hecho o de derecho sólo puede ser ejercitada por los administradores concursales, sin previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios (artículo 48.2 LC). Además, el juez puede ordenar el embargo de sus bienes y derechos —si han ejercido el cargo en los dos años anteriores a la declaración de concurso—, si se prevé la posible calificación del concurso como culpable (artículo 48.3 LC).

Corresponde además exclusivamente a la administración concursal reclamar la realización de los desembolsos pendientes y el cumplimiento de las prestaciones accesorias pendientes, cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o estatutos sociales (artículo 48.4 de la Ley Concursal).

1.2. El derecho a testar

En el ámbito sucesorio, el concursado conserva la facultad de testar (artículo 40.6 LC), entendiendo la doctrina mayoritaria que esta previsión puede hacerse extensiva al otorgamiento de pactos sucesorios sobre su propia herencia que no

impliquen transmisión actual de bienes y también al otorgamiento de donaciones *mortis causa* sin transmisión actual de bienes (en los territorios con Derecho foral o especial en que este tipo de donaciones son admitidas con sustantividad propia).

En cuanto a la capacidad para ser sucesor de otro a título universal o particular, ésta no se ve alterada por el concurso, sin perjuicio de la integración en la masa activa de los bienes adquiridos por dicho cauce (artículo 76.1 de la Ley Concursal). El concursado también podrá ser parte en contratos sucesorios sobre la herencia de un tercero con eficacia *post mortem*, siempre que no impliquen renuncia a los derechos que le correspondan en tal sucesión.

1.3. El derecho a alimentos

Hasta la apertura de la fase de liquidación, el concursado tiene derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa (artículo 47.1 LC), siendo el juez (en los casos de suspensión de facultades del concursado) o la administración concursal (en los casos de intervención) quienes determinarán la cuantía y periodicidad de los mismos.

En cuanto a los alimentos que el deudor deba prestar a otras personas, se satisfarán con cargo a la masa activa aquellos que tuviese el deber de prestar por imposición de resolución judicial dictada en procesos de filiación, capacidad, matrimonio y menores (artículo 47.2 LC). En los demás casos, sólo se satisfarán con cargo a la masa activa cuando los alimentistas no puedan obtenerlos de otras personas y siempre con la autorización del juez del concurso (artículo 47.3 LC).

En cuanto a su fundamento, como ha señalado KARRERA EGIALDE²⁷: «*En un proceso destinado a una ejecución universal, la tutela de los intereses de todos los acreedores debe ser el principal conducto que debe encauzar la liquidación del patrimonio del concursado, incluso con mayor peso que en el proceso de ejecución singular. Esta base debe cohonestarse con la protección de los intereses de subsistencia vital del deudor e incluso de su familia*».

1.4. El concurso y el régimen económico-matrimonial del deudor

El concursado puede otorgar capitulaciones matrimoniales durante el concurso porque la modificación del régimen económico matrimonial no perjudica a terceros (ex artículo 1317 del CC).

²⁷ KARRERA EGIALDE, Mikel, M.: «Sobre el fundamento del derecho de alimentos en el concurso», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (AA. VV.), CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y Ortega Doménech, Jorge (coordinadores), Dykinson, Madrid, 2013.

Para los cónyuges casados en régimen de comunidad, se incluyen en la masa activa del concurso los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado (artículo 77.2 LC). En este caso, el otro cónyuge podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad y el juez acordará que la división del patrimonio se haga de forma coordinada con lo que resulte de la liquidación o convenio, con derecho de preferente adjudicación de la vivienda al cónyuge del concursado (artículo 78.4 LC).

Para los cónyuges casados en separación de bienes, se establece una presunción *iuris tantum* de donación, siempre que no exista separación legal o de hecho. La presunción recae sobre la contraprestación satisfecha por el consorte del concursado en adquisiciones onerosas verificadas por éste cuando aquélla proceda del patrimonio del concursado (apartados 1 y 2 del artículo 78 LC). Si no puede acreditarse el origen, la presunción vendrá referida a la mitad de dicha contraprestación.

Además, se produce la división «jurídica» de los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia (artículo 78.3 LC), con derecho del cónyuge del concursado a adquirirlos abonando a la masa la mitad de su valor.

1.5. La administración y disposición de los bienes del deudor

A) Régimen de administración y disposición

En relación con las facultades de administración y disposición de los bienes del deudor²⁸, hay que distinguir:

- a) En el caso de **concurso voluntario**, la regla general es que el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.

No obstante, atendiendo a las circunstancias del caso, el juez del concurso podrá acordar la suspensión del ejercicio por el deudor de sus facultades de administración y disposición patrimoniales, en cuyo caso el ejercicio de las mismas corresponderá a la administración concursal.

²⁸ Nos referimos únicamente, como es lógico, a los actos de administración y disposición patrimonial realizados tras la declaración de concurso. Los realizados con anterioridad no se ven afectados por la situación concursal, más allá de la posibilidad de que, si concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, puedan ser objeto de una acción de reintegración de la masa. En consecuencia, la enajenación de un bien inmueble del concursado formalizada antes de la declaración de concurso es válida y eficaz y susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad. En este sentido, *vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 2009.

- b) Tratándose de un **concurso necesario**, en todo caso quedará suspendido el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

No obstante, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio, lo que permite ir adecuando el régimen de administración y disposición a las necesidades que pudieran surgir de forma sobrevenida, ya sea una conducta poco colaborativa o negligente del deudor o si, por el contrario, resulta conveniente que sea el deudor quien ostente la iniciativa. En estos casos, será necesaria que especifique «*los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se pretenden obtener*» (apartados 3 y 4 del artículo 40 LC).

La diferencia entre mera intervención y sustitución es que, en el primer caso, el deudor es quien tiene la iniciativa a la hora de decidir cómo gestionar su patrimonio, aunque todas aquellas decisiones que afecten a su patrimonio habrán de contar con el visto bueno del administrador concursal. Por el contrario, en un supuesto de sustitución, el deudor queda despojado de todo poder de decisión sobre su patrimonio.

No obstante, como corolario de la finalidad de conservación de la empresa, el artículo 44 LC permite al deudor, antes de que haya mediado aceptación del cargo por parte del administrador concursal, «*realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado*». E inclusive, aceptado el cargo por la administración concursal, se prevé, únicamente en los supuestos de intervención, la posible concesión por la misma de autorización general para determinados actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad empresarial o profesional del deudor.

¿A qué bienes afectan estas limitaciones a las facultades de administración y disposición? A los «*bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal*» (art. 40.6 LC). Por tanto, quedan fuera tanto los bienes de índole personalísima como aquellos legalmente inembargables ex art. 76.2 LC.

¿Y qué ocurre con el deudor persona jurídica? En este caso, durante la tramitación del concurso se mantendrán sus órganos, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión. Y lo mismo es predicable de los apoderamientos. Además, los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y voto en todo caso en las sesiones de los órganos sociales de la persona jurídica concursada, las cuales deberán contar con la administración concursal para celebrarse con carácter universal.

¿A quién corresponderá la representación de la sociedad durante el concurso?
A tenor del artículo 48.3 LC, «*los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso*», si bien, a semejanza de lo acontecido con el deudor persona física, en caso de acordarse la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, las mismas corresponderán al administrador concursal, sin que ello signifique desaparición del órgano de administración social, el cual, durante la fase común, subsistirá y ejercerá la representación respecto de aquellos actos que la persona jurídica pueda desarrollar excepcionalmente por sí sola. Sin embargo, la apertura de la fase de liquidación sí que supone el cese de los administradores sociales y la privación de facultades a la Junta general (ex artículo 145 LC).

B) La autorización judicial para los actos de disposición

Esté sometido a uno u otro régimen —intervención o suspensión— el concursado, para la realización de actos de disposición sobre los bienes integrados en la masa activa es precisa la autorización del juez del concurso²⁹, que puede contemplar la venta directa, sin que sea obligatoria la subasta pública ni la sujeción a las reglas del procedimiento de apremio³⁰, y que puede ir acompañada de la autorización para el alzamiento de los embargos trabados sobre la finca objeto de la enajenación³¹. La autorización es estrictamente necesaria, salvo en los siguientes casos:

- Los actos de disposición que la administración considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso, que deberán ser comunicados inmediatamente después de ser realizados al juez del concurso (artículo 43.3.1.º LC).
- Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, si se presentasen ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario (art. 43.3.2.º LC).

²⁹ El auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 19 de noviembre de 2009, enumera los supuestos en que está justificada la concesión de la autorización judicial para actos de enajenación de bienes de la masa activa.

³⁰ En este sentido, *vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 23 de mayo de 2005, y auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 13 de junio de 2005.

³¹ *Vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 19 de noviembre de 2009. En esta misma línea, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 55.3 de la Ley Concursal contempla la posibilidad de que el juez acuerde, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificulte gravemente la continuidad de la actividad del concursado.

- Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 43.3.3.º en relación con el art. 44 LC)³².
- Los actos de disposición realizados ya en fase de liquidación al amparo y con los requisitos y limitaciones contenidos en el plan de liquidación aprobado

Judicialmente, aunque en este supuesto lo que en realidad ocurre es que la autorización judicial está implícita en la aprobación del plan a cuyo amparo se realiza el acto dispositivo.

Por *actos de disposición* hemos de entender, a estos efectos, todos aquellos que supongan la enajenación, gravamen, pérdida, renuncia o no adquisición de bienes o derechos de naturaleza patrimonial pertenecientes al patrimonio del concursado o que hayan de quedar integrados en el concurso y que no tengan la calificación legal de inembargables (ex artículos 40.6 y 76.2 de la Ley Concursal, p. ej., transmisión a terceros por cualquier título, constitución de derechos reales de garantía, renuncia abdicativa, preventiva o reconocitiva, condonación de deuda, etc.), incluidos los actos de tal naturaleza que puedan tener lugar en el ámbito procesal³³ y los actos que impliquen pago o cumplimiento de obligaciones de dar contraídas por el concursado³⁴.

C) Enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial

Un caso singular que es preciso destacar por su gran trascendencia práctica es el de la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial, previsto en los apartados 3 y siguientes del artículo 155 de la Ley Concursal. Tal enajenación,

³² En este punto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2010 dejó dicho que basta la declaración de la administración concursal de que el acto realizado es un acto inherente a la actividad empresarial o profesional del concursado, sin que sea necesaria ulterior acreditación.

³³ Además, la intervención o suspensión también afectan a las facultades procesales del deudor. *En caso de suspensión* corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las acciones que no tengan carácter personal, bastando para las demás la comparecencia del deudor por sí solo, si bien necesitará la aquiescencia de la administración concursal para desistir, renunciar, allanarse o transigir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. *En caso de intervención*, el concursado necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer acciones o recursos que puedan afectar a su patrimonio (art. 54 de la Ley Concursal).

³⁴ El concursado puede, en cambio, por sí solo efectuar el pago o cumplimiento de obligaciones que sean de hacer o de no hacer. Y ello porque la libre disponibilidad de bienes sólo es exigible para cumplir las obligaciones de dar (ex artículo 1160 del CC). Tampoco puede el concursado por sí solo recibir pagos que tengan por objeto bienes o cantidades que hayan de integrarse en la masa activa del concurso.

en cualquier fase del concurso, debe ser autorizada por el juez, a propuesta exclusiva de la administración concursal y con traslado a las partes. Y tal autorización —que debe ser anunciada con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto— nos situará en uno de los dos siguientes supuestos:

- i) Enajenación del bien con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, lo que supondrá la exclusión del crédito privilegiado de la masa pasiva sin necesidad —porque el precepto lo único que exige es la audiencia de los interesados— de consentimiento del acreedor (excepción al artículo 1205 del CC)³⁵; o
- ii) Si no se prevé en la autorización la subrogación del adquirente, entonces tendrá lugar la enajenación del bien y se destinará el precio obtenido al pago del crédito con privilegio especial y, si hubiese remanente, al pago de los demás créditos por el orden que corresponda. En todo caso, la enajenación habrá de efectuarse en pública subasta (judicial o extrajudicial), salvo que, a solicitud de la administración concursal y oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para pago al acreedor privilegiado o a la persona que éste designe³⁶ (p. ej., entidades a las que las entidades financieras tienen cedida la titularidad de sus activos inmobiliarios), siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un

³⁵ En este sentido, *vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 27 de abril de 2005. Contraria a este criterio y partidaria de exigir el consentimiento del acreedor a la subrogación se mostró sorprendentemente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 2014.

Como excepción, en caso de que se pretenda durante la fase común la enajenación de bienes no necesarios para la continuación de la actividad del concursado o la enajenación de bienes necesarios para la continuación de la actividad una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación, como en tales supuestos el acreedor conserva su facultad de ejecución separada (ex artículo 56 de la Ley Concursal), la autorización judicial no podrá prescindir del consentimiento del acreedor titular del gravamen. En esta línea, *vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de octubre de 2012.

Tras la apertura de la fase de liquidación, todo acreedor hipotecario pierde la facultad de ejecución separada (artículo 57.3 de la Ley Concursal).

³⁶ Los citados medios de realización pueden ser contemplados en la autorización o en el plan de liquidación como medios únicos o bien pueden articularse como medios alternativos o subsidiarios los unos respecto de los otros. Además, la subasta extrajudicial podrá ser ante la administración concursal o por medio de entidad especializada y, caso de tratarse de una segunda o ulterior subasta, se celebrará sin sujeción a tipo. En este sentido, *vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 24 de junio de 2013.

precio inferior y la realización se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles o valoración por entidad especializada para bienes muebles.

Autorizada la enajenación del bien afecto a un crédito con privilegio especial en los términos expuestos en el párrafo anterior, si hubiese algún otro crédito con privilegio especial posterior, se podrá ordenar su cancelación, previo pago de la parte del remanente obtenido que la corresponda según las normas de preferencia.

Por lo demás, la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de octubre de 2012³⁷ afirmó la aplicación preferente de las excepciones legales a la autorización judicial de los actos dispositivos contempladas en los artículos 43.3 y 44 de la Ley Concursal, en detrimento del artículo 155.3 de la Ley Concursal.

Finalmente, si la enajenación del bien afecto a crédito con privilegio especial se realiza al amparo del plan de liquidación aprobado judicialmente, igualmente podrá éste prever como medio de realización la subasta, la venta directa o la dación en pago, pero señala la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que, salvo que consienta otra cosa el acreedor privilegiado, deberán respetarse los requisitos de los apartados 3 y 4 del artículo 155 de la Ley Concursal³⁸.

D) Consecuencias de la infracción de las limitaciones en este ámbito

Los actos que infrinjan las limitaciones derivadas del régimen de intervención o suspensión serán anulables a instancia de la administración concursal, si bien ésta también los podrá convalidar o confirmar (artículo 40.7 de la Ley Concursal). Además, no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean convalidados o confirmados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme. Desde un punto de vista técnico, tal sanción legal de anulabilidad no es atinada. Y ello porque el acto anulable, en sentido estricto, es un acto válido y eficaz, aunque de validez y eficacia claudicantes, en cuanto que puede ser objeto de una ulterior impugnación, cuyo éxito sólo se proyectaría hacia el futuro. Siendo esto así, el acto realizado por el deudor habría de ser inscribible en los registros públicos y, sin embargo, la Ley Concursal le niega el acceso a los mismos. Por eso, parece que el legislador concursal ha querido en realidad que

³⁷ El caso concreto al que se refería dicha resolución era la venta con subrogación de una vivienda y plaza de aparcamiento por parte de una entidad promotora inmobiliaria, que fue consentida tanto por la administración concursal como por la entidad financiera acreedora hipotecaria.

³⁸ En esta línea destacan los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 23 de julio de 2013 y, por remisión a ella, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 2014. Tales pronunciamientos contradicen en cierto modo lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley Concursal, que no limita de ninguna forma el contenido del plan de liquidación y las vías que éste puede contemplar para la mejor realización de los bienes.

los actos de los que hablamos sean más bien actos ineficaces *ab initio*, sin perjuicio de que el pronunciamiento judicial sea preciso para destruir la apariencia creada. Estaríamos, pues, en términos más rigurosos, ante actos nulos convalidables o actos incompletos, realizados por quien no tiene suficiente poder de disposición (porque lo tiene suspendido o intervenido)³⁹.

Siguiendo esta tesis del acto nulo convalidable, el que hubiese adquirido en virtud de estos actos nunca estará protegido, aun cuando (indebidamente) hubiese obtenido la inscripción en el Registro de la Propiedad, porque, como sabemos, la inscripción no convalida los actos nulos (artículo 33 de la Ley Hipotecaria) y porque la propia constancia registral de la situación del deudor enajenante excluye la buena fe. Y esto último también impide la protección registral de un tercero subadquirente. Tratándose de bienes muebles, la cuestión es más compleja y nos conduce a una duda de mayor alcance: la de si la existencia de mecanismos de publicidad de las resoluciones concursales, de acceso libre, rápido y gratuito, excluye la buena fe de quien contrata en el tráfico con el concursado.

2. La capacidad procesal del concursado

La primera distinción que debemos hacer es, según se trate de acciones de índole personal o no, ya que sobre las primeras conserva el deudor plenas facultades, lo que se infiere tanto del tenor del art. 51.2 (que prevé la sustitución del deudor por la administración concursal en los procedimientos en curso en los supuestos de suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor siempre que sea «*en el ámbito de sus competencias*») como del art. 54.1 LC (que se refiere expresamente a las «*acciones de índole no personal*»). Por el contrario, tratándose de otro tipo de acciones declarativas, a la hora de regular la capacidad del deudor en materia procesal, la legislación concursal distingue según que:

- i. Se trate de procedimientos en curso en el momento de declararse el concurso, en cuyo caso, tratándose de juicios declarativos, la regla general es su continuación hasta que recaiga sentencia firme.

En los casos de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal también sustituirá al deudor en los procedimientos en curso, sin perjuicio de que el deudor pueda man-

³⁹ Contra esta conclusión podría alegarse que tal nulidad es incompatible con la caducidad de la acción que prevé la norma. Pero esta objeción decae si analizamos detenidamente las tres causas que dan lugar a dicha caducidad y lo que en verdad implican: el transcurso del plazo de un mes desde que se hubiese requerido a los administradores para ejercitar la acción (que implica la convalidación tácita), el cumplimiento del convenio y la finalización de la liquidación (que implican la desaparición de las limitaciones impuestas al deudor).

tener su representación y defensa separada por sus propios medios sin afectar a la masa del concurso.

Por el contrario, en los supuestos de mera intervención, el deudor conservará la capacidad de actuar en juicio, debiendo recabar la autorización de la administración concursal para «*desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*» (art. 51 LC).

ii. Se trate de procedimientos iniciados con posterioridad al inicio del concurso.

La Ley Concursal faculta expresamente a la administración concursal para el ejercicio de las acciones de anulabilidad de los actos ejecutados incumpliendo las limitaciones impuestas al deudor en sede de administración o disposición (art. 40.7 LC), las de enervación de acciones de desahucio ejercitadas contra el deudor antes del concurso (art. 70 LC) y las rescisorias y de impugnación (art. 72.1 LC), con independencia de cuál sea el régimen de administración y disposición del patrimonio del deudor acordado por el juez. En los demás supuestos, con arreglo al artículo 54 LC, hay que distinguir:

- a) En caso de **suspensión** de las facultades de administración y disposición del deudor:
 - Corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal.
 - Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.
- b) En caso de **intervención**, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

En todo caso, el deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido.

Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa.

3. El concurso y los derechos fundamentales

La legislación concursal contempla la limitación de los derechos y libertades fundamentales del deudor concursado sólo en supuestos tasados, cuando el interés de los acreedores así lo exija y siempre mediando decisión judicial motivada y que deberá atender a las necesidades del supuesto concreto.

Todas estas limitaciones se encuentran en el artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, a la que se remite el artículo 41 LC, habida cuenta de la reserva de Ley Orgánica establecida en el artículo 81.1 CE en materia de derechos fundamentales.

¿Cuáles son los derechos y libertades fundamentales del deudor que pueden quedar afectados?

1. El derecho al secreto de las comunicaciones, regulado en el artículo 18.3 CE, pues las mismas podrán ser intervenidas aunque *«con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso»*. Además, de tratarse de comunicaciones telefónicas, será necesario cumplir los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
2. El derecho a la libre residencia y circulación contemplado por el artículo 19 CE, dado que puede imponerse al deudor persona física el deber de residir en la población de su domicilio e inclusive arresto domiciliario si el deudor incumpliera el deber impuesto o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo.
3. El derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ya que podrá ordenarse la entrada y registro del domicilio del deudor, si bien, en caso de negativa del mismo, se requieren indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal no aportados o el carácter necesario de esta medida.

Todas estas medidas podrán adoptarse desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario o desde la declaración de concurso y no sólo contra el deudor persona natural, sino también contra todos o alguno de sus administradores o liquidadores, ya lo fueran en el momento de la solicitud de declaración de concurso o dentro de los dos años anteriores.

Y para su adopción, resulta indiferente que se haya acordado la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio.

¿Cuáles son los requisitos exigibles para la restricción de estos derechos y libertades fundamentales?

El primero de ellos y fundamental es la necesaria adopción de cualquiera de estas medidas por el juez del concurso.

En segundo lugar, resulta imprescindible la audiencia previa del Ministerio Fiscal.

En tercer lugar, para la adopción de cualquiera de estas medidas, el juez habrá de tener en cuenta lo siguiente:

- i. Ha de tratarse de una medida idónea en relación con el estado del procedimiento.
- ii. Es necesario que a través de la medida se busque un resultado concreto.
- iii. Debe existir proporcionalidad entre la medida adoptada y el objetivo perseguido.
- iv. Ha de fijarse una duración limitada en el tiempo, el cual no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado perseguido, sin perjuicio de la posible prórroga en caso necesario.

Y por último, las decisiones judiciales estimatorias podrán ser recurridas en apelación por el deudor en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial.

4. La inhabilitación del concursado

Tradicionalmente, la doctrina asociaba la inhabilitación del quebrado para el ejercicio del comercio en la pérdida de confianza generada. Por el contrario, modernamente ha ganado terreno la tesis que defiende que la insolvencia no siempre depende del comportamiento del deudor, sino que sencillamente es un riesgo derivado del ejercicio de una actividad empresarial, de ahí que la legislación vigente contemple únicamente la posible inhabilitación temporal del concursado en el supuesto de calificarse el concurso como culpable. Así resulta del artículo 172.2.2.º LC que establece la «*inhabilitación de las personas afectada por la calificación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a*

quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período» (art. 172.2.2.º LC).

¿Y qué sujetos pueden quedar afectados por la calificación? Por aplicación del artículo 164.1 LC puede entenderse que pueden serlo tanto el deudor como, si los tuviere, sus representantes legales y, tratándose de personas jurídicas, sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho o apoderados generales, o quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, o sus socios (estos últimos sólo en el supuesto de que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos ex artículo 165.2 LC).

Además, hay que tener en cuenta que el artículo 13.2.º CCom, que fue modificado por la Disposición Final 2.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción dada por la Ley 38/2011, dispone que: *«No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: 2.º Las personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación...»*⁴⁰.

Como señala SÁNCHEZ PACHÓN⁴¹, no estamos propiamente ante una suerte de incapacidad, sino ante prohibiciones legales de realizar ciertas actividades establecidas en interés de terceros distintos del propio sujeto a quien afectan.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, a tenor del artículo 244.5 del CC, *«tampoco pueden ser tutores: 5. Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona»* y que, con arreglo a los artículos 291 y 301 del CC, tampoco podrán ser curadores o defensores judiciales.

⁴⁰ Critica SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «La prohibición del ejercicio del comercio a los inhabilitados por concurso (el art. 13.2. del CCom)», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005; el hecho de que junto a las interdicciones previstas en la Ley Concursal, el CCom mantenga la prohibición de ejercer el comercio o intervención administrativa o económica en compañías. A su juicio, *«no parece que tenga mucho sentido el mantener la prohibición de tener cargo o intervención administrativa en compañías mercantiles o industriales. Por un lado, la legislación especial ha ido concretando las limitaciones y prohibiciones de actuación de los sujetos afectados por concurso; por otro, el mencionado artículo 172.2.2.º LC parece permitir la misma prohibición «atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio».* Por ello, si lo que se pretende con la prohibición del artículo 13.2 es la protección a los titulares de bienes que podrían ver perjudicados su patrimonio por la actividad de una persona que no ofrece la confianza necesaria y que —probablemente— tampoco dispone de bienes para responder a los perjuicios que pueda causar a los mismos, el objetivo se conseguiría ya con el precepto mencionado...».

⁴¹ SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: *op. cit.*, pág. 2357.

5. Obligaciones del concursado

Con carácter general, mientras no se interrumpa la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, ex artículo 44 de la Ley Concursal, para el supuesto de que el deudor quede sometido a régimen de intervención, el mismo habrá de llevar a cabo las actuaciones necesarias para seguir desarrollando dicha actividad de la manera más diligente posible. En este sentido, dispone el artículo 43 LC que: *«En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario»*. Por tanto, el deudor sujeto a intervención tiene que velar por la conservación de la masa activa bajo la supervisión del administrador concursal, previéndose que, a falta de actuación por su parte, la administración concursal pueda recurrir al juez para poder adoptar las medidas pertinentes. Y para el caso de que se haya acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición, el deber de conservación de la masa debe entenderse referido al administrador concursal.

Además, con carácter específico, el artículo 42 LC, bajo la rúbrica *«colaboración e información del deudor»*, establece tanto el deber del deudor de compañecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido, como el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Esta obligación incumbe también a los apoderados del deudor. En cuanto al administrador de hecho, hay alguna sentencia que ha declarado que el mismo estaría sujeto a las mismas obligaciones⁴².

Además, el deudor debe seguir cumpliendo su obligación de formulación de cuentas anuales y, en su caso, de sometimiento de éstas a auditoría (artículos 45 y 46 de la Ley Concursal). Y pondrá su documentación a disposición de la administración concursal y del juez. La formulación de las cuentas corresponde al concursado bajo supervisión de la administración concursal (en caso de intervención) o a dicha administración (en caso de suspensión).

¿Qué consecuencias puede tener para el deudor el incumplimiento de estos deberes? En primer lugar, la negativa del deudor a colaborar puede llevar al juez a la adopción de alguna de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del mismo ya vistas (pensemos, por ejemplo, en la entrada y registro del domicilio del deudor, si el mismo se negase a entregar la documentación necesaria para la formulación de las cuentas anuales). En segundo lugar, el artículo 165.1.2.º LC

⁴² En este sentido, sentencia del Juzgado Mercantil de Pontevedra de 30 de octubre de 2007.

dispone lo siguiente: «1. *El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:...* 2.º *Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la Junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio*». Por tanto, el incumplimiento de los deberes de colaboración podría acarrear la calificación del concurso como culpable y con ello no sólo la posible condena a inhabilitación temporal para administrar bienes ajenos, sino, inclusive, en el caso de deudor persona jurídica, la responsabilidad patrimonial personal de los administradores o liquidadores ex artículo 172 LC.

6. Efectos del convenio de acreedores sobre el deudor

Vistos los efectos que produce sobre el deudor la declaración de concurso, hay que analizar ahora en los efectos que produce sobre él la aprobación del convenio, recordando que éste se configura legalmente como la solución «normal» del concurso y consiste en un acuerdo —de naturaleza al mismo tiempo contractual y jurídico-pública— entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, que se alcanza en el seno del proceso concursal y que tiene como fin esencial la satisfacción de los créditos concursales.

A partir de aquí, la cuestión planteada de los efectos de la aprobación del convenio sobre el concursado encuentra una primera respuesta en el artículo 133.2.1.º de la Ley Concursal, que sencillamente dice que el efecto primero de la aprobación del convenio es, precisamente, el cese de los efectos de la declaración de concurso desde que es eficaz el convenio, es decir, desde la fecha de la sentencia de aprobación (artículo 133.1.1.º de la Ley Concursal)⁴³.

Por tanto, una vez que el convenio es eficaz:

- i. El deudor recupera la libre administración y disposición de sus bienes, salvo que, excepcionalmente, en el mismo convenio, se establezcan otras medidas, limitaciones o efectos (artículo 133.2 LC), pudiéndose incluir entre ellos medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición por el deudor (artículo 137.1 LC). A título de ejemplo, entre estas medidas se pueden citar:

⁴³ Esta regla general tiene la salvedad de los supuestos excepcionales de i) suspensión de la eficacia del convenio por planteamiento de recurso de apelación contra la sentencia que lo aprobó, o de ii) eficacia anticipada del convenio por admisión a trámite de la oposición a la aprobación (si bien, en este último caso, esa eficacia anticipada será sólo parcial y no supondrá la cesación de los efectos de la declaración de concurso, ex artículo 129.4 de la Ley Concursal).

- Que ciertos actos sean aprobados por una comisión de acreedores o por la administración concursal (actuando ya no como órgano concursal, sino como órgano convencional).
- Que ciertos actos hayan de ser realizados por sujetos distintos del deudor.
- Que el deudor no pueda realizar ciertos actos en tanto no se verifique el cumplimiento del convenio.

Si el deudor infringe estas medidas específicas establecidas en el convenio estará incumpliendo el propio convenio, lo que llevaría aparejada, previa la declaración de ese incumplimiento por el juez, la apertura de oficio de la fase de liquidación (artículo 143.1.5.º LC), lo que automáticamente supone la suspensión de las facultades de administración y disposición (artículo 145.1 LC) y podrá justificar la calificación del concurso como culpable (artículo 164.2.3.º LC).

Y, en cuanto a las consecuencias que la infracción de esas medidas tiene respecto de los actos y contratos realizados contravieniéndolas, el artículo 137.2 de la Ley Concursal dispone que: «*Las medidas prohibitivas o limitativas serán **inscribibles en los registros públicos** correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite*» (es decir, la acción de naturaleza rescisoria de los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal). Se desprende del precepto citado que las limitaciones impuestas en el convenio no afectan al poder de disposición del concursado. Sus actos son válidos e inscribibles, pero si infringen las limitaciones establecidas en interés de los acreedores, serán rescindibles en perjuicio de cualquier adquirente, pues las condiciones del convenio estaban inscritas y podían ser conocidas por ese adquirente.

- ii. Los alimentos que el deudor estuviese obligado a prestar se regirán por las normas generales (artículos 142 y siguientes del CC).
- iii. El deudor recupera plenamente su capacidad procesal. Si existiesen procedimientos en curso en los que la administración concursal hubiese actuado en nombre del deudor, se producirá la sustitución procesal a favor de éste.
- iv. Los administradores concursales cesan en sus cargos (artículo 133.2.2.º de la Ley Concursal) y, en consecuencia, dejan de poder asistir con voz a

las reuniones de los órganos colegiados de la entidad concursada y ya no supervisarán la formulación de las cuentas anuales del deudor.

- v. El deudor queda vinculado por los términos del convenio, con independencia de que haya prestado o no su aquiescencia al mismo (artículo 128.3 de la Ley Concursal).

Vistos los efectos que producen para el concursado tanto la declaración de concurso como la aprobación del convenio, resta decir que la conclusión del concurso (artículo 176 de la Ley Concursal) hará cesar todos esos efectos, salvo, en su caso, los impuestos en la sentencia firme de calificación (artículo 178 de la Ley Concursal).

III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

A tenor de los artículos 26 y siguientes de la Ley Concursal, la administración concursal se caracteriza por los siguientes rasgos:

- i. Es un órgano necesario del concurso.
- ii. Es un órgano autónomo. No es delegado del juez, pero éste supervisa su funcionamiento y puede redistribuir funciones y atribuir competencias específicas a sus miembros, caso de ser varios.
- iii. Como veremos, es un órgano generalmente unipersonal, ocasionalmente mancomunado o y, en todo caso, especializado, aunque no estrictamente profesional.
- iv. Es un órgano que tiene reconocida la condición de parte en todas las secciones del concurso, sin necesidad de comparecencia en forma (artículo 184.1 LC).
- v. Actúa en interés de la masa, pero no representa a los acreedores.
- vi. El nombramiento de los administradores concursales se realiza por el juez del concurso en el auto de declaración de concurso (artículo 21.1.2.º LC), fijándose igualmente sus facultades en el marco del procedimiento.
- vii. Es un órgano que desempeña, fundamentalmente, dos funciones: 1) la función de proposición, asesoramiento y dictamen al juez; y 2) la función de intervención o sustitución del concursado en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre la masa activa, con la obligación de conservarla del modo más conveniente para los intereses del concurso (artículo 43.1 de la Ley Concursal).

- viii. ¿Puede ser una persona jurídica? Ya desde la reforma operada por la Ley 38/2011, la Ley Concursal reconoce expresamente la posibilidad de que el administrador concursal sea una persona jurídica (art. 27 LC), en cuyo caso su representante orgánico o voluntario deberá manifestar ante la autoridad judicial, en el momento de aceptar el cargo, la identidad de la persona física que lo desempeñará materialmente.

La duda es si deberá tratarse de una sociedad profesional. Si partimos de la definición de actividad profesional que nos ofrece el artículo 1.1., párrafo segundo, de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, se requiere *«titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional»*. Ahora bien, en sentido estricto, para el ejercicio de la actividad de administrador concursal no se requiere titulación específica (al menos en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario previsto en esta materia, al que aludiremos más adelante), ni tampoco existe colegio profesional para los administradores concursales. Sin embargo, entendemos que es perfectamente admisible la constitución de una sociedad profesional que tenga por objeto la administración concursal, ya que la propia Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, aludió expresamente a esta posibilidad al señalar como una de sus novedades *«el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia»*. A mayor abundamiento, la regulación de las sociedades profesionales tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica de los usuarios de los servicios prestados. Además, a semejanza de lo que ocurre con los mediadores concursales⁴⁴, los requisitos exigidos por la Ley de Sociedades Profesionales pueden entenderse cumplidos de la siguiente manera: en cuanto a la titulación, porque (al menos bajo el régimen transitoriamente vigente) se cumple dicho requisito por los profesionales que pueden desempeñar la labor de administrador concursal; y en cuanto la colegiación, también por la misma razón y porque además se exige la inscripción de los administradores concursales en el Registro Público Concursal. Además, la propia Ley Concursal exige a la persona jurídica nombrada administrador concursal la constitución de un seguro de responsabilidad civil en su artículo 29.1. De hecho, ésta ha sido la postura adoptada por la DGRN en la Resolución de 20 de junio de 2013, por entender que de numerosos preceptos de la Ley Concursal resulta claramente el carácter profesional del administrador concursal, de ahí que termine defendiendo no sólo la posibilidad de que las personas jurídicas dedicadas a ejercicio del cargo de administrador concursal se constituyan como sociedades pro-

⁴⁴ Cuestión para cuyo análisis nos remitimos a MARQUÉS MOSQUERA, C: «El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 23, Wolters Kluwer, La Ley, 2015.

fesionales, sino la obligación de constituirse como tales⁴⁵. Sin embargo, no han faltado autores que, partiendo de la admisibilidad de que el administrador concursal sea una sociedad profesional, han defendido la posibilidad de que se trate de otra clase de personas jurídicas, basándose fundamentalmente en: el tenor literal del inciso de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 citado; la circunstancia de que la Ley Concursal se refiera a las personas jurídicas administradores concursales en general; el hecho de que se exija un representante persona física de la persona jurídica administrador concursal y en la exigencia de la contratación del seguro de responsabilidad civil por parte de la persona jurídica administrador concursal, exigencia que es redundante en el caso de las sociedades profesionales (art. 29.1 LC)⁴⁶.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, junto a la figura del administrador concursal, la Ley Concursal contempla en su artículo 31 la figura del auxiliar delegado, en el cual podrá delegar el administrador concursal determinadas funciones, incluidas la relativa a la continuación de la actividad del deudor. El mismo podrá ser designado:

- i. A solicitud del administrador concursal cuando la complejidad del concurso así lo exija, mediando autorización del juez.
- ii. Cuanto así lo decida el juez del concurso, en atención a las circunstancias concretas, previa audiencia al administrador concursal.
- iii. Con carácter obligatorio en los siguientes supuestos:

«1.º En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.

2.º En empresas de gran dimensión.

3.º Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.

4.º En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.»

A los auxiliares delegados será de aplicación el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes.

⁴⁵ En este sentido se pronuncia igualmente CASANELLAS, Raimon: «La administración concursal persona jurídica», *Anuario de Derecho Concursal* núm. 31/2014, Civitas, S. A.

⁴⁶ En este sentido, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, Sección Varía, segundo semestre 2012, *La Ley*.

1. Composición y requisitos para su nombramiento

Fue la Ley 38/2011, de 10 de diciembre, la que modificó la composición de la administración concursal, ya que inicialmente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal contemplaba una administración concursal compuesta por tres miembros: un abogado con experiencia profesional de al menos de cinco años, un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado con idéntica experiencia y un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general sin garantizar. Tan sólo cabía la administración concursal integrada por un solo miembro en el caso de tramitarse el procedimiento abreviado.

Por el contrario, tras la citada Ley 38/2011, la administración concursal pasó a estar integrada por un único miembro, ya fuera un abogado en ejercicio o un economista, un auditor de cuentas o un titulado mercantil con cinco años de experiencia profesional o una persona jurídica integrada, al menos, por un abogado en ejercicio y un economista, auditor de cuentas o titulado mercantil. Tan sólo se contempla la necesidad de nombrar como segundo administrador concursal a un acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general garantizado, en los casos de concurso ordinario con especial trascendencia, además de existir normas especiales para los concursos de entidades emisoras de valores o instrumentos derivados admitidos o negociación, entidades de crédito o entidades aseguradoras.

Se consideran como concursos de especial trascendencia los que reúnan alguna de las características previstas en el artículo 27 bis de la Ley Concursal: volumen de negocio igual o superior a 100 millones de euros en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración, pasivo superior a 100 millones de euros, más de 1.000 acreedores o más de 100 trabajadores.

Además, excepcionalmente, cuando exista una causa de interés público que lo justifique, se prevé la posible designación por el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor concursal, el nombramiento como segundo administrador a una Administración pública acreedora o entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este caso, la representación de la administración deberá recaer en algún empleado público con una cualificación específica y la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal.

¿Cuáles son los requisitos a cumplir por el administrador concursal? Hasta la entrada en vigor de la Ley 17/2014, el 27 de la Ley Concursal rezaba: «La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

- 1.º Ser abogado en ejercicio, con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.*

- 2.º *Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.*

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal».

Sin embargo, la citada Ley 17/2014 ha modificado el artículo transcrito de la Ley Concursal, remitiéndose a posterior desarrollo reglamentario, el cual, a fecha de hoy, aún no ha sido aprobado, a pesar del plazo de seis meses fijado a estos efectos en la Disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014. Por tanto, de momento resulta de aplicación transitoriamente el artículo 27 LC con la redacción anteriormente transcrita.

¿Cuáles son las novedades que ha introducido la Ley 17/2014 y que se encuentran pendientes de desarrollo reglamentario? Principalmente tres:

- i. La inscripción en el Registro Público Concursal, ya se trate de personas físicas o jurídicas, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se determinen, como presupuesto necesario para su nombramiento como administrador concursal. ¿Y qué requisitos serán exigibles para la inscripción registral? Habrá que estar al desarrollo reglamentario, pero la Ley Concursal establece como posibles baremos a tener en cuenta la titulación, la experiencia y la formación específica adquirida mediante la asistencia a cursos o la superación de pruebas, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de cumplir requisitos adicionales para poder ejercer en concurso de tamaño grande o mediano.
- ii. La designación por turno correlativo entre todos aquellos inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal que hayan manifestado su voluntad de actuar en el ámbito de competencia territorial del Juzgado competente.
- iii. La distinción por tamaño del concurso de que se trate entre pequeño, mediano y grande, de manera que, en los concursos de gran tamaño, el juez, motivadamente, pueda optar por designar a un administrador concursal distinto del que corresponda por turno, atendiendo a su especialización o experiencia acreditada previa. Nuevamente se remite a desarrollo reglamentario posterior la fijación de los criterios a tener en cuenta para determinar el tamaño del concurso.

2. Facultades de la administración concursal. Su retribución

Vistos los rasgos esenciales de la administración concursal y dado que la forma de ejercicio de su función se estudiará posteriormente, ahora procede analizar las facultades de los administradores, que son de dos tipos: facultades de gestión patrimonial y facultades de índole procesal.

2.1. Facultades de gestión patrimonial

Las facultades de gestión patrimonial son las siguientes:

- i. Formular las cuentas del concursado o supervisar su formulación por éste, según los casos.
- ii. Ejercitar las acciones del concursado de índole no personal, precisándose en el ejercicio de éstas, en cuanto puedan afectar al patrimonio del deudor, la autorización de la administración para demandar, recurrir, transigir o allanarse (artículo 54 LC).
- iii. Atender los pagos con cargo a la masa, sin realización de los bienes y derechos afectos, durante la paralización de la ejecución de garantías reales (artículo 56.3 LC).
- iv. Pedir al juez la modificación de las condiciones de los contratos laborales del concursado e, incluso, su suspensión o extinción colectivas (artículo 64.2 LC).
- v. Suspender o extinguir por sí misma las relaciones laborales de alta dirección que mantuviese el concursado, facultad que ha de entenderse referida de modo exclusivo a las reguladas por el RD 1382/1985, de 1 de agosto⁴⁷.
- vi. Pedir al juez, en los casos de suspensión de las facultades del deudor, la extinción de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento.
- vii. Enervar la acción de desahucio y rehabilitar contratos de arrendamiento (artículo 70 LC).
- viii. Ejercitar las acciones de reintegración de la masa activa del concurso (artículos 71 y siguientes LC).

⁴⁷ En este sentido, VIGUERA RUBIO, José María: «Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo III, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 3357.

- ix. Como hemos señalado, cuando el concursado es persona jurídica puede asistir con voz, pero sin voto, a los órganos colegiados de la entidad, ejercitar las acciones sociales de responsabilidad contra administradores, auditores y liquidadores, reclamar los desembolsos pendientes y ejercitar acciones contra los socios personalmente responsables de las deudas sociales (artículo 48 LC).
- x. Finalmente, la facultad patrimonial más relevante de la administración concursal, por su trascendencia en el tráfico jurídico general, es, como antes ya tuvimos ocasión de ver, la de intervención de las facultades de administración y disposición del concursado o la sustitución de éste en el ejercicio de las mismas, contando —cuando proceda— con la oportuna autorización judicial.

En el ejercicio de todas las facultades enumeradas, la administración concursal ha de guiarse por un principio superior: el **interés del concurso**. Así, dice el artículo 43.1 de la Ley Concursal que «*en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso*». La administración concursal, por tanto, no está ni al servicio del deudor ni al servicio de los acreedores, sino del concurso como institución y se debe a los fines de éste: la mejor satisfacción posible de los derechos e intereses de los acreedores y, en la medida que sea posible, la continuación de la actividad del deudor.

2.2. Facultades de índole procesal

Las facultades de índole procesal que asume la administración concursal son, sin ánimo exhaustivo:

- i. *Durante la fase común*, con el fin de determinar las masas activa y pasiva del concurso, los administradores habrán de:
 - Elaborar el inventario y avalúo de los bienes de la masa activa.
 - Elaborar la relación de litigios pendientes y de acciones que habrá que promover para la reintegración de la masa activa (artículos 70 y siguientes de la Ley Concursal).
 - Restituir los bienes separables a sus legítimos titulares (artículo 80 de la Ley Concursal).
 - Decidir sobre la inclusión o exclusión de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento en la lista de acreedores.

- Especificar, respecto de los créditos incluidos en la lista, si los mismos han de satisfacerse o no con cargo a los bienes gananciales o comunes del concursado.
 - Elaborar el informe de la administración concursal, con el contenido indicado en el artículo 75 de la Ley Concursal.
- ii. *Durante las fases de convenio y liquidación*, la administración deberá:
- Evaluar el contenido de la propuesta de convenio (anticipada y ordinaria) y del plan de viabilidad que las acompañe.
 - Asistir a la Junta de acreedores y, excepcionalmente, presidirla.
 - Preparar el plan de liquidación para la realización de los bienes y derechos de la masa activa, en caso de abrirse esta fase.
 - Antes del pago de los créditos concursales, deducir de la masa los bienes y derechos precisos para el pago de los créditos contra la misma.
- iii. *En la sección de calificación*:
- Presentar al juez informe razonado sobre los hechos relevantes para decidir sobre la calificación de concurso, expresando, en caso de que se proponga la culpabilidad, las personas a quienes haya de afectar la calificación (artículo 169 de la Ley Concursal).
 - Convocar la Junta o asamblea de socios para nombrar a los administradores o liquidadores que, por causa de la calificación, hayan resultado inhabilitados.

En todo caso, los administradores concursales deben rendir cuentas al juez de su actuación, una vez cesados en el ejercicio de sus cargos. Si el concurso terminado por insuficiencia de bienes del deudor llegase a ser rehabilitado, en principio, volverán a ser administradores.

2.3. La retribución del administrador concursal

Los administradores concursales tienen derecho a retribución con cargo a la masa ex art. 34 LC y la misma habrá de ser fijada por el juez.

¿Cuál es la cuantía de la retribución?

Tras la reforma introducida por la Ley 17/2014, el citado artículo 34 se remite a un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos, al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal y a las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal.

No obstante, a día de hoy aún no se aprobado dicho reglamento, por lo que sigue transitoriamente vigente la redacción anterior a la modificación citada, que también se remitía a desarrollo reglamentario, en este caso al aún vigente Real Decreto 1860/2004, el cual distingue entre retribución en la fase común y en las fases sucesivas, según que se trate de la fase de convenio o de la fase de liquidación.

No es este el momento de desgranar las cuantías previstas en el Real Decreto citado, si bien en todo caso habrá que tener en cuenta los límites fijados en el artículo 34.2 LC en la reforma dada por la Ley 25/2015, a cuyo tenor: «b) *Limitación. La cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes:*

- i) *La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por 100.*
- ii) *Un millón quinientos mil euros.*

No obstante, el juez, de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una remuneración que supere el límite anterior cuando, debido a la complejidad del concurso, los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50 por 100 de dicho límite».

Por lo demás, destacar que los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel y que, de cara a hacer efectivo el cobro de la remuneración, en aquellos concursos que concluyan por la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, se garantizará el pago de un mínimo retributivo mediante una cuenta de garantía arancelaria, que se dotará con las aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

En cuanto a la posible modificación sobrevenida de la retribución, la misma está prevista en cualquier estado del procedimiento de concurrir justa causa, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor. Además, en la nueva redacción del artículo 34 se prevé una posible reducción de la cuantía inicialmente fijada por el juez de manera motivada «*por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concur-*

sal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos».

3. Incapacidades e incompatibilidades. Recusación

El artículo 28 de la Ley Concursal aglutina una serie de supuestos que imposibilitan ser administrador concursal y que engloban no sólo incapacidades en sentido estricto, sino también prohibiciones o incompatibilidades a estos efectos.

A tenor del apartado 1 del mismo:

«No podrán ser nombrados administradores concursales las siguientes personas:

- 1.º Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.*
- 2.º Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con el mismo el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.*
- 3.º Quienes, estando inscritos en la sección cuarta de Registro Público Concursal, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del diez por ciento de la masa pasiva del concurso.*
- 4.º Quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años.»*

Además, si hay más personas disponibles, no podrán ser nombrados aquellos que hubiesen sido designados para el cargo por el mismo Juzgado en los dos años anteriores, ni cuando hubiesen sido separados del cargo dentro de los tres años anteriores o inhabilitados por falta de aprobación de cuentas en concurso anterior. Tampoco podrá serlo aquél que hubiese emitido, en su condición de experto independiente, el informe previsto en el artículo 71 bis.4 con ocasión de un acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor antes de la declaración de concurso. Finalmente se prohíbe nombrar en un mismo concurso a quienes estén entre sí

vinculados personal o profesionalmente, salvo que se trate de personas jurídicas inscritas.

Finalmente, el art. 32 establece la posible recusación de cualquiera de los administradores concursales a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, la cual se sustanciará por los cauces del incidente concursal. Son causas de recusación *«las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28 (a que hemos hecho alusión anteriormente), así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos»*.

4. Régimen de responsabilidad. Separación

Comenzando con la **responsabilidad** de los administradores concursales, su actuación puede dar lugar a dos clases de acciones:

a) *La acción concursal de responsabilidad:*

A tenor del artículo 35 LC, *«los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal»*. Y, en consecuencia, ambos responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia. Además, los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño (art. 36 LC).

Esta acción prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.

En cuanto a la legitimación activa, la Ley Concursal alude al deudor y a los acreedores, si bien conviene dejar claro que no se trata de una acción en interés propio, sino en interés de la masa. De ahí que al acreedor que hubiese ejercitado la acción tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

b) *La acción individual de responsabilidad:*

Están legitimados para su ejercicio el deudor, los acreedores y terceros que se hayan visto lesionados por actos u omisiones de los administradores concur-

sales y auxiliares delegados, en cuyo caso podrán ejercitar una acción contra los mismos.

En segundo lugar, en cuanto a la **separación del administrador concursal**, a tenor del artículo 37 LC:

«1. Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

En todo caso será causa de separación del administrador, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas, resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe.

- 2. La separación del representante de una persona jurídica implicará el cese automático de ésta como administrador concursal.*
- 3. La resolución judicial de cese revestirá forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión.*
- 4. Del contenido del auto a que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198.»*

En este supuesto, el juez del concurso procederá de inmediato a nombrar un nuevo administrador.

IV. INTERVENCIÓN EN LA ESCRITURA PÚBLICA DEL CONCURSADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Procedemos, a continuación, a estudiar la intervención en la escritura pública del concursado y de la administración concursal, es decir, cómo se acreditan ante el notario las facultades, las autorizaciones precisas y la formación de la voluntad del órgano concursal o, dicho de otra forma, los especiales requisitos o cautelas que ha de observar el notario a la hora de efectuar el oportuno juicio de capacidad y legitimación del concursado y de los administradores concursales que pretenden otorgar ante él algún instrumento público. Para ello voy a distinguir entre los

supuestos de intervención del concursado en la escritura pública por sí solo y los supuestos de intervención de la administración concursal⁴⁸.

1. Intervención del concursado por sí solo

Comenzando por la intervención del concursado en la escritura pública por sí solo, sin comparecencia de la administración concursal, ya vimos antes que, pese a las importantes limitaciones que supone la declaración de concurso, existen ciertos actos que el concursado puede, pese a todo, seguir realizando por sí solo. Por ello, es preciso distinguir entre dos tipos de actos: actos para cuya realización la capacidad del otorgante no se ve afectada por la situación de concurso y actos para cuya realización la capacidad del otorgante sí se ve afectada por dicha situación.

1.1. Actos no afectados por la situación de concurso

Los actos para cuya realización la capacidad del otorgante no se ve afectada por la situación de concurso, como es lógico, podrán ser realizados por el concursado por sí solo, sin intervención alguna de la administración concursal y, en ellos, el notario ni siquiera tendrá que indagar si el otorgante se halla o no en situación de concurso y, si lo estuviera, no se hará constar dicha situación. Así, sin ánimo exhaustivo:

- i. El concursado puede otorgar testamento (artículo 40.6.2.º de la Ley Concursal), pactos sucesorios y donaciones *mortis causa* en los territorios en los que se admiten (a las que se pueden asimilar las donaciones entre cónyuges en capitulaciones matrimoniales para caso de muerte del artículo 1341.2 del CC), siempre que todos estos actos no impliquen transmisión de bienes de presente.
- ii. Igualmente, el concursado puede por sí solo otorgar escritura pública de reconocimiento de hijos y de concesión de la emancipación a éstos.
- iii. También puede el concursado otorgar por sí solo capitulaciones matrimoniales en cuanto al contenido típico de éstas (establecer o modificar el régimen económico matrimonial), porque no perjudican a los acreedores (ex artículo 1317 del CC).

⁴⁸ Sobre esta materia, *vid.* BUSTILLO TEJEDOR, L.: «Concurso de acreedores. Cuestiones de interés notarial», en la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, diciembre de 2012.

- iv. Y, asimismo, puede el concursado actuar por sí solo como requirente en actas de manifestaciones, actas de notificación y actas de declaración de herederos abintestato, siempre que, por su específico contenido, no supongan afectación patrimonial de sus bienes.

1.2. Actos sí afectados por la situación de concurso

Fuera de los casos anteriores, en la generalidad de actos de índole patrimonial, ya sean de administración o de disposición, la capacidad del otorgante sí que se ve afectada por la situación de concurso. Como antes tuvimos ocasión de ver, el concursado puede verse sometido al *régimen de intervención* —en cuyo caso conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero necesita la conformidad o autorización de la administración concursal— o al *régimen de suspensión* —en cuyo caso la administración concursal sustituye al concursado en el ejercicio de tales facultades de administración y de disposición—. Y, en todo caso, los actos de enajenación y gravamen requieren, salvo casos excepcionales, autorización judicial específica o derivada de las propias reglas contenidas en el plan de liquidación aprobado judicialmente.

Junto con estas reglas generales, existen unos **actos específicos** —algunos ya apuntados con anterioridad— **de índole patrimonial que, aun estando afectados por la situación de concurso, permiten al concursado comparecer por sí solo**. Son los siguientes:

- i. Como ya hemos señalado, el concursado puede realizar por sí solo los actos propios del giro o tráfico de su empresa o actividad, en condiciones normales de mercado, en tanto no se produzca la aceptación del cargo de la administración concursal (artículo 44.2 de la Ley Concursal). El problema que plantea este supuesto, desde el punto de vista notarial, es el de la apreciación de la concurrencia de los presupuestos habilitantes establecidos por la norma, pues tanto la determinación de la condición del acto como de la normalidad de las condiciones en que se realiza son cuestiones fácticas de difícil comprobación u objetivación. Pero esto no significa que deba o pueda autorizarse cualquier escritura en la que figure el concursado como otorgante y no conste aún haberse constituido la administración concursal. El notario deberá comprobar, no sin dificultad práctica, al menos los siguientes extremos:
 - Que el acto está incluido en el objeto de la empresa del concursado (pues, aunque lo relevante es el objeto de hecho o actividad efectiva, esto no puede comprobarlo el notario, que sólo conocerá fehacientemente el objeto de Derecho y ni siquiera éste cuando se trate de un empresario individual). A ello deberá añadirse la manifestación del

concurtido de que, en efecto, el acto que pretende realizar se halla comprendido en el tráfico habitual de su empresa y que es necesario para la continuidad de ésta.

- Que el acto puede considerarse razonablemente como de desarrollo y ejecución normal de la actividad del concursado.
- Que las condiciones del acto no se alejan manifiesta y evidentemente de las de habituales condiciones del mercado⁴⁹.

Además, el notario deberá hacer las oportunas advertencias sobre las consecuencias (la nulidad del acto) que para los adquirentes y para el propio concursado tendría la infracción de los límites de la autorización concedida por la ley por falta de concurrencia de alguno de los presupuestos habilitantes analizados.

- ii. En caso de intervención, el concursado también podrá realizar por sí solo ciertos **actos de gestión ordinaria que le hayan sido previamente autorizados de manera general, aunque concreta y expresa, por la administración concursal** (artículo 44.2 de la Ley Concursal). En este caso, el concursado deberá acreditar la concesión de dicha autorización. Dicha acreditación puede ser complicada, pues no se prevé expresamente en la ley la expedición por parte de la administración concursal para estos casos de certificados u otros documentos justificativos. Pese al silencio de la norma y por exigirlo así la seguridad del tráfico, puede defenderse la necesidad de que este tipo de autorizaciones conferidas por la administración concursal sean publicitadas en los mismos términos que la propia declaración de concurso y el nombramiento de la administración concursal (ex artículos 24 de la Ley Concursal y 87.8.º y 94.1.11 del Reglamento del Registro Mercantil). Así, hay que concluir que si la autorización de la administración concursal ha sido publicitada, podrá verificarse su existencia mediante la oportuna consulta a los registros públicos en los que consta la declaración de concurso (Registro Mercantil, Registro Civil) o al registro público de resoluciones concursales. En cambio, si la autorización no hubiese sido publicitada, habrá de presentarse una suerte de certificación expedida por la administración concursal con firma legitimada notarialmente o, en su defecto, la administración concursal habrá de comparecer en el mismo acto.

Se discute en estos casos si es o no precisa autorización judicial tratándose de actos de enajenación o gravamen, ya se entienda que la autorización

⁴⁹ Se trataría de un tipo de juicio de naturaleza parecida al que el notario debe realizar en sede de prevención del blanqueo de capitales.

de la administración concursal exonera de la necesidad de recabar, en su caso, la correspondiente autorización judicial o lo contrario. En este último sentido se pronuncia GUILARTE MARTÍN-CALERO⁵⁰ por entender que los administradores difícilmente pueden autorizar al deudor para realizar actos para los cuales ellos mismos requieren autorización judicial, si bien matizando que este tipo de actos propios del giro o tráfico de la actividad empresarial quedan excluidos de la necesidad de autorización judicial por aplicación del artículo 43.3.3.º LC (que exonera los «*actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor*»).

- iii. Una particular problemática plantea la comparecencia del concursado como **requiriente para la autorización de un acta notarial**. Las actas notariales tienen un contenido muy variado, pero, en muchos casos, implican, de un modo u otro, directa o indirectamente, un acto de administración sobre el propio patrimonio. Por ello, en tales supuestos que habrá que determinar caso por caso, si las facultades de administración están intervenidas o suspendidas, parece claro que habrá que estar a las normas generales sobre actuación del concursado asistido o sustituido por la administración concursal. En todo caso, habida cuenta que en las actas, con carácter general, el notario lo que enjuicia es el interés legítimo del requirente, podría darse el caso de que el requerimiento hecho solo por el concursado sea aceptado, sin que por ello el notario incurra en responsabilidad.

2. Intervención de los administradores concursales como interventores o como sustitutos

En cuanto a la intervención de los administradores concursales en la escritura pública, bien sea en funciones de *intervención* para autorizar o dar su conformidad al acto que realiza el concursado, o bien sea en funciones de *sustitución* de éste, en estos supuestos, la administración concursal deberá comparecer personalmente ante el notario en el acto de otorgamiento.

Como ya hemos señalado, la composición y funcionamiento de la administración concursal ha sido una **materia profundamente reformada por la ya citada Ley 38/2011**, que entró en vigor el día 1 de enero de 2012. Por eso, es preciso analizar cómo era el *régimen anterior a la reforma* (porque será el que siga rigiendo para los concursos ya declarados a fecha de 1 de enero de 2012) y cómo es el *nuevo régimen posterior a la reforma* (que será aplicable a los concursos declarados a partir de esa fecha).

⁵⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La capacidad del deudor concursado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.44 y 45.

2.1. Régimen anterior a la reforma introducida por la Ley 38/2011

Comenzando por el régimen anterior a la reforma, debemos distinguir en él tres supuestos: uno general, otro excepcional y otro excepcionalísimo.

- i. El supuesto general es que la administración concursal se configure como **órgano colegiado integrado por tres miembros**, en cuyo caso los acuerdos se adoptarán por mayoría —dos votos favorables— (art. 35 de la Ley Concursal). Por tanto, basta la concurrencia de dos de ellos, pero no hay inconveniente en que comparezcan ante el notario los tres. Y ello porque no debe confundirse *colegialidad* con *mancomunidad* (ni en el momento de la adopción del acuerdo ni —aún menos— en el momento de su ejecución) y porque el propio artículo 36 de la Ley Concursal, en el marco de la responsabilidad de los administradores por acuerdos lesivos, excluye de tal responsabilidad a quien no haya intervenido en la adopción del acuerdo y lo desconociese o se hubiese opuesto, lo que indica que el legislador contempla la posibilidad de que un acuerdo pueda ser adoptado y ejecutado sin uno de los miembros de la administración colegiada.
- ii. El supuesto excepcional es que sólo ejerzan el cargo **dos administradores** —porque, por cualquier motivo, el tercero no se halla en ejercicio del cargo y mientras se provee un nuevo nombramiento—, en cuyo caso actuarán mancomunadamente, salvo para las competencias que el juez les hubiese atribuido individualizadamente (artículo 35 de la Ley Concursal).

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, se plantea la duda de si es posible que comparezca ante el notario **uno solo** de los administradores acreditando la formación de la voluntad del órgano mediante la exhibición del libro de actas legalizado a que se refiere el art. 35.4 de la Ley Concursal, siempre que conste en el acta la delegación de la facultad de ejecutar el acuerdo en el administrador compareciente. La cuestión es discutible.

* *A favor* de tal posibilidad puede alegarse:

- La aplicación analógica del régimen de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles.
- Razones de economía y celeridad del tráfico.
- Lo importante es la adecuada formación de la voluntad del órgano; la comparecencia en la escritura sólo implica ejecución de esa voluntad.

* *En contra* de tal posibilidad, sin embargo, se puede alegar que:

- La ley no la prevé.
- La facultad de autoorganización del órgano sólo tiene trascendencia interna.
- La analogía con las sociedades mercantiles no es adecuada, porque en éstas es la Ley la que determina quién tiene facultades certificantes y de elevación a público de los acuerdos, y esto no se prevé en la Ley Concursal.
- El tenor del art. 35 de la Ley Concursal apunta a que cualquier supuesto de ejercicio individual de la administración requiere autorización judicial.
- Y es problemática la acreditación de la autenticidad del acta si las firmas no están notarialmente legitimadas.

Quizá la posición más razonable pasa por entender que, si el libro de actas está debidamente legalizado, el acta contiene todos los extremos precisos y las firmas que la suscriben están notarialmente legitimadas, el notario adquiere certeza suficiente de la existencia, autenticidad y regularidad del acuerdo y podrá proceder a la autorización.

- iii. Finalmente, el supuesto excepcionalísimo se da en tres casos: i') cuando uno solo de los administradores ejercita individualmente ciertas competencias atribuidas por el juez (artículo 35 de la Ley Concursal); ii') cuando actúa alguno de los auxiliares delegados del artículo 32 de la Ley Concursal; y iii') cuando se trate de un concurso tramitado por el procedimiento abreviado (porque el concursado es persona física o persona jurídica autorizada para presentar balance abreviado y siempre que se estime que el pasivo no supera los 10 millones de euros) y el juez haya optado por proveer una administración unipersonal (artículo 191 de la Ley Concursal). En todos estos casos **bastará con la sola comparecencia del administrador o auxiliar en cuestión.**

2.2. Régimen posterior a la reforma introducida por la Ley 38/2011

Para los concursos declarados a partir del día 1 de enero de 2012:

- i. Como hemos expuesto en el epígrafe relativo a la composición de la administración concursal, la regla general ya no es la administración concursal colegiada de tres miembros, sino la **administración concursal unipersonal**, desempeñada por un único administrador. Igualmente, se podrá designar como administrador concursal a una persona jurídica especiali-

zada, en la que se halle integrada, al menos, un abogado y un economista o auditor de cuentas.

- ii. La regla excepcional será, para los concursos ordinarios de especial trascendencia, la administración concursal integrada por **dos miembros** (abogado o economista y acreedor ordinario o con privilegio general dentro del primer tercio de créditos de mayor importe, pudiendo ocupar esta última posición la representación legal de los trabajadores o, incluso, a una Administración o ente público, cuando concurra una causa de interés público). Esos dos administradores concursales **actuarán mancomunadamente, salvo para aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente** (ex artículos 27 y 35 de la Ley Concursal).

En este punto puede plantearse la misma cuestión más arriba planteada sobre la posibilidad de que comparezca ante notario **sólo uno** de los administradores concursales mancomunados a fin de ejecutar algún acto acordado por ambos. A los argumentos a favor de tal posibilidad que antes quedaron expuestos debe añadirse ahora el tenor del artículo 27 de la Ley Concursal, cuando prevé que «*el primer administrador concursal designado* (referencia que debe entenderse hecha al designado conforme al apartado 1 del artículo, es decir, el abogado o economista) *será el que ostente la representación de la administración concursal frente a terceros en los términos previstos en esta ley para los supuestos de administración concursal única*». El análisis armonizado de este precepto y del artículo 35 de la Ley Concursal invita a concluir que el legislador ha querido distinguir entre el momento de adopción de los acuerdos (en el que los dos administradores han de actuar mancomunadamente generando una suma de voluntades individuales) y el momento de la ejecución de los acuerdos previamente adoptados (en el que bastaría la intervención del primero de los administradores designados, siempre que se acredite con la suficiente fehaciencia la concurrencia de la voluntad del otro en la formación del acuerdo que se pretende ejecutar).

A partir de aquí, en cualquiera de los tres supuestos anteriores, al margen de los datos personales de los administradores comparecientes —que se harán constar en la comparecencia—, **habrán de acreditarse ante el notario los siguientes extremos específicos**:

1. En primer lugar, hay que acreditar la **declaración de concurso del deudor**. Para ello se exhibirá testimonio del auto judicial de declaración de concurso. Y el notario dejará constancia de que lo tiene a la vista y reseñará sus datos esenciales, es decir: tipo de concurso declarado (necesario o voluntario), Juzgado de lo Mercantil que lo dictó y fecha. En su caso, también reseñará la fecha del *BOE* en que fue publicado el extracto del auto, así como el hecho de que éste ha tenido acceso al Registro Público de Resoluciones Concursales, al Registro Civil o al Registro Mercantil.

2. En segundo lugar, hay que acreditar el **nombramiento de la administración concursal**, así como su **aceptación del cargo**. Y ello se logra con la exhibición del mismo testimonio del auto judicial de declaración de concurso (salvo que el nombramiento del acreedor-administrador esté contenido en resolución aparte, en cuyo caso habrá que presentar también testimonio de ésta), de las actas de aceptación del cargo —en su caso— y de la credencial a que se refiere el art. 29.1 *in fine* de la Ley Concursal. Si el administrador concursal es persona jurídica, la identidad de la persona natural designada para desempeñar materialmente el cargo constará en la credencial y, siguiendo la doctrina de la DGRN, si tal persona natural es miembro del órgano de administración de la persona jurídica nombrada, bastará que se acredite tal circunstancia según las normas generales, y si fuese un tercero, sería preciso el otorgamiento de un poder que igualmente habrá de ser exhibido al notario.
3. Y, en tercer lugar, en los casos en que proceda según lo anteriormente estudiado, habrá que acreditar: i') la concesión de la preceptiva autorización o conformidad de la administración concursal (si se trata de un acto que realiza el concursado bajo el régimen de intervención y la administración concursal no comparece personalmente), mediante exhibición de la correspondiente certificación con firma legitimada notarialmente; y/o ii') la autorización judicial o la atribución individual de competencias, mediante la exhibición del testimonio del correspondiente auto judicial firme que la contenga⁵¹. En este punto habrá también que examinar el auto de declaración de concurso por si en él se les hubiesen conferido a los administradores facultades específicas o se les hubiese autorizado con carácter general para la realización de ciertos actos para los que, de ordinario, se necesita autorización judicial.

Recordemos que la **autorización judicial para la realización de actos positivos** puede ser una autorización específica (en fase común y, en algunos casos excepcionales, en fase de liquidación) o la autorización implícita que supone el plan de liquidación aprobado judicialmente siempre que el acto dispositivo, claro está, se ajuste estrictamente a las condiciones y limitaciones contempladas en dicho plan y, en su caso, en las modificaciones incorporadas al mismo por el auto judicial aprobatorio. En el primer caso (*autorización judicial específica*), lo que ha de exhibirse al notario es el testimonio del auto firme que la contenga. En

⁵¹ En este punto es muy clara la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2010 cuando señala que «(...) en aquellos casos en que resulte necesaria la autorización judicial para los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, será preciso para obtener su inscripción registral que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizatorio, por medio del correspondiente testimonio expedido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo, aun cuando, como ocurre en el presente caso, no conste la firma del juez (...)».

el segundo caso (*acto realizado al amparo del plan de liquidación*), lo que habrá de exhibirse al notario es el testimonio del auto firme aprobatorio del plan de liquidación que lleve incorporado el texto íntegro de dicho plan, así como, en su caso, la documentación complementaria que acredite que se han cumplido las específicas condiciones fijadas en el plan (p. ej., acta de la subasta celebrada por la administración concursal para la enajenación de los bienes).

Acreditada la autorización judicial para la realización del acto, ni el notario ni el registrador pueden entrar a valorar si ante el juez del concurso quedaron debidamente justificadas las circunstancias habilitantes para la realización del bien por el cauce autorizado⁵².

Finalmente, debe contemplarse la posibilidad de que la administración concursal confiera **poder especial** a terceros para la ejecución de determinados actos. Dicho apoderamiento, que no podrá ser general, se regirá por las normas generales de Derecho privado.

3. Intervención de los administradores concursales como otorgantes directos

Finalmente, queda por plantear la cuestión de si la administración concursal puede comparecer en una escritura pública en ejercicio de sus funciones como otorgante directo, no para suplir al deudor o completar su actuación, sino como tal administración concursal para realizar algún acto necesario para el concurso. Y la respuesta ha de ser afirmativa, pensando, fundamentalmente, en los tres siguientes supuestos:

- i. El primero es el del poder notarial a que se refiere el art. 184.5 de la Ley Concursal, que señala que los administradores concursales serán oídos siempre, sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en recursos o incidentes deberán hacerlo asistidos de letrado. La dirección técnica de estos recursos e incidentes se entenderá incluida en las funciones del letrado administrador concursal; pero, si estamos ante un administrador concursal único y no es letrado o jurista, deberá designar un abogado por medio del correspondiente poder notarial.
- ii. El segundo caso es el del poder notarial a que se refiere el art. 50 de la Ley Concursal, que prevé el emplazamiento de la administración concur-

⁵² De esta opinión es CORRAL LOSADA. *Vid.* CORRAL LOSADA, M. E.: «La nueva ley concursal y el registro de la propiedad. Novedades en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sobre las relaciones entre concurso y registro de la propiedad», en AAVV, *La reforma del 2012 y la Ley Concursal analizada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

sal ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo, social y penal con posterioridad a la declaración de concurso y con trascendencia para la masa, teniendo la consideración de parte en defensa de la masa. Como en el caso anterior, podrá la administración designar un abogado y, como tal administración concursal, conferir un poder para pleitos.

- iii. Finalmente, también es posible que la administración concursal, para el adecuado ejercicio de sus funciones, deba efectuar por medio de notario requerimientos a poseedores de bienes que hayan de integrarse en la masa activa para que den cuenta del estado y situación del bien o notificaciones a titulares del derecho de separación *ex iure domini* acerca de los bienes objeto del mismo, para restituírselos.

En todos estos supuestos comparecerán ante el notario los administradores concursales por sí solos y se acreditará la declaración de concurso, su condición de administradores y sus facultades en la misma forma anteriormente estudiada.

V. BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Estudios sobre la ley concursal (libro homenaje a Manuel Olivencia)*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

—*Tratado judicial de la insolvencia*, tomo I, PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (directores), Aranzadi, S. A., Pamplona, 2012.

—*El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, Juana (directora), *La Ley*, Madrid, 2012.

—*El derecho de la insolvencia (El concurso de acreedores)*, CAMPUZANO, Belén y SANJUÁN y MUÑOZ, Enrique (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BLANCO GÓMEZ, Juan José: «Cuestiones puntuales de la nueva reforma concursal: la declaración de concurso y su incidencia en la actividad productiva del deudor y en su capacidad de obrar patrimonial», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Universidad de Murcia, 2004.

BELLIDO PENADÉS, R.: *El procedimiento de declaración de concurso*, Civitas, Madrid, 2010.

- BUSTILLO TEJEDOR, L.: «Concurso de acreedores. Cuestiones de interés notarial», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, diciembre de 2012.
- CALVO VIDAL, Isidoro-Antonio: *La personalidad jurídica societaria*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2011.
- CASANELLAS, Raimon: «La administración concursal persona jurídica», *Anuario de Derecho Concursal* núm. 31/2014, Civitas, S. A.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, Sección Varia, segundo semestre 2012, *La Ley*.
- CORRAL LOSADA, M. E.: «La nueva ley concursal y el Registro de la Propiedad. Novedades en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sobre las relaciones entre concurso y Registro de la Propiedad», en AAVV, *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis: *Manual práctico de Derecho Concursal. La Ley Concursal tras la reforma de la Ley 38/2011*, ediciones experiencia, Barcelona, 2012.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «El derecho fundamental a la protección de datos en el registro público concursal», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2013, Aranzadi, S. A.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: «La capacidad patrimonial del concursado», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 5, sección Varia, segundo trimestre de 2006, *La Ley*.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La capacidad del deudor concursado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- KARRERA EGIALDE, Mikel, M.: «Sobre el fundamento del derecho de alimentos en el concurso», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (AA.VV.), CUENA CASAS, M.; ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y Ortega Doménech, Jorge (coordinadores), Dykinson, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6/2005, ed. Civitas, S. A.
- NIETO DELGADO, Carlos: «Los presupuestos del concurso de acreedores», en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (AA.VV.), CAMPUZANO,

Ana Belén y SANJUÁN y MUÑOZ, Enrique (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PULGAR, J.: *El concurso de acreedores. La declaración, La Ley*, Madrid, 2009.

PULGAR, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER, G. (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la Ley Concursal*, volúmenes I y II, Cívitas, Madrid, 2004.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.: *Poder de decisión: acreedores en el concurso*, ed. Civitas, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

VÁZQUEZ PIZARRO, Teresa: «Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor», en *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia* (AA.VV.), MARTÍN MOLINA, Pedro B. y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José M.^a (coordinadores), Dykinson, 2013.

PINO ABAD, Manuel: La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas y su capacidad para ser declaradas en concurso», en *Personalidad y capacidad jurídicas (74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba)*, tomo II, CASADO RAIGÓN, R. y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. (coordinadores), Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, 2005.

(Trabajo recibido el 14/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)

EL PATRIMONIO FAMILIAR EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA VIVIENDA HABITUAL Y OTROS BIENES CONYUGALES

LUIS L. BUSTILLO TEJEDOR

Notario de Felanitx

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda el efecto que la declaración de concurso tiene en los bienes del concursado en la medida en que los mismos estén sujetos a un régimen económico matrimonial, distinguiendo entre la separación de bienes y la sociedad de gananciales, que son los dos más comunes. En particular se abordan ciertos aspectos de la compleja relación entre dos instituciones, el concurso de acreedores y la familia (y su organización económica), que se explican por finalidades muy diversas y que no siempre están coordinadas con claridad en la ley. Asimismo se aborda el tratamiento que en el ámbito concursal recibe la vivienda habitual de la familia.

Palabras clave: concurso de acreedores, patrimonio familiar, vivienda habitual, sociedad de gananciales, separación de bienes.

FAMILY ASSETS IN INSOLVENCY PROCEEDINGS: MAIN RESIDENCE AND CONJUGAL PROPERTY

LUIS L. BUSTILLO TEJEDOR

Notary Public in Felanitx

ABSTRACT

This work analyzes the effects an arrangement with creditors produces in the debtor's matrimonial assets, not only if property is held in community by husband and wife, but also if there is separate ownership of property during marriage. It also tries to clarify the complex relationship between family and insolvency proceedings, making special reference to the main residence's destiny.

Keywords: arrangement with creditors, family assets, main residence, community of property, separation of ownership.

SUMARIO: I. EL PATRIMONIO FAMILIAR.—II. LA INDEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS CÓNYUGES. LOS CONCURSOS CONEXOS COMO EXCEPCIÓN A DICHA INDEPENDENCIA.—III. PATRIMONIO FAMILIAR Y ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA FAMILIAR: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LA SEPARACIÓN DE BIENES. 1. El concurso y el régimen de separación de bienes. 1.1. La potestad doméstica y la responsabilidad de uno de los cónyuges por deudas contraídas por el otro. 1.2. La determinación de la masa activa en el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. 2. El concurso y la sociedad de gananciales. 2.1. La determinación de la masa activa en el concurso de persona casada en régimen de gananciales. 2.2. La determinación de la masa pasiva en el concurso de persona casada en régimen de gananciales. 2.3. La gestión de la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges ha sido declarado en concurso.—IV. LA VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.

I. EL PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio, sumariamente, puede definirse como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones unificado sustancialmente por la común pertenencia a una persona física o jurídica, que sirve para la satisfacción de sus necesidades y es el sustrato material de las ideas de responsabilidad y herencia.

En principio, se trata de una relación unívoca entre un sujeto y sus bienes y derechos (y obligaciones), configurándose como un constructo jurídico que permite tratarlos homogéneamente, a ciertos efectos, pero que no tiene, de modo absoluto, una existencia autónoma como objeto unitario de derecho. Además, examinando la norma positiva, puede observarse lo ambivalente del término, pues no siempre se refiere a una misma realidad, siquiera sea ficticia o normativamente creada. Pero, en general, aparte de la relación bienes-titular suele también utilizarse para aludir a conjuntos de bienes sometidos a un régimen particular de disposición o administración, de responsabilidad, o cualificados por su común afección a determinadas finalidades o utilidades. Así, se habla de patrimonio ganancial, que sería el conjunto de los bienes gananciales que constituyen la especial comunidad germánica en que se erige la sociedad de gananciales o que, según otras tesis, están sometidos a un especial régimen jurídico que no prejuzga su titularidad. O de patrimonio empresarial, para aludir al conjunto de elementos materiales e inmateriales que integran el ciclo de explotación económica, aún cuando no sean todos los que corresponden o pertenecen al titular de dicha explotación.

Y también se habla de patrimonio familiar. Y esta denominación vuelve a poner de manifiesto el carácter difuso del término, pues careciendo la familia de personalidad jurídica (y aún es difícil determinar qué sea la familia) no es válida para ella la definición que al principio se ha dado del patrimonio, pues no cabe decir, hablando con propiedad, que «el patrimonio familiar es el conjunto de bienes y derechos que pertenece a la familia». Por ello, en el presente trabajo, a efectos de acotación de su objeto, se identificará el patrimonio familiar con el patrimonio conyugal en la medida en que el mismo está afecto a la subvención de

las necesidades familiares, o sujeto a reglas especiales determinantes de un especial régimen de administración, disposición y responsabilidad.

II. LA INDEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS CÓNYUGES. LOS CONCURSOS CONEXOS COMO EXCEPCIÓN A DICHA INDEPENDENCIA

A continuación se examinarán las relaciones entre el concurso de acreedores y las reglas que rigen las relaciones económicas entre los cónyuges y con terceros (régimen económico matrimonial), pero antes es preciso dejar claro que, como se ha apuntado, el matrimonio y/o la familia no tienen personalidad jurídica y, por tanto, no pueden ser, como tales, declarados en concurso. El hecho de contraer matrimonio no liquida la independencia patrimonial del cónyuge, es decir, subsiste la relación unívoca sujeto/bienes que viene a significar la idea de patrimonio. Cada cónyuge tiene su propio patrimonio y su propia responsabilidad, sin perjuicio de que, eventualmente, ésta pueda derivar de actos del otro (por ejemplo, atención a las necesidades familiares), pero no hay en modo alguno una confusión de masas, ni se imputan a un sujeto colectivo llamado «matrimonio» o «familia» las obligaciones o deudas, ni son poseídos por un ente de tal naturaleza los bienes y los derechos.

Esto no obstante, la indudable interrelación entre los patrimonios de uno y otro cónyuge, las eventuales responsabilidades cruzadas o subsidiarias de un cónyuge por las deudas del otro, etc., pueden hacer aconsejable que, en el caso de insolvencia de ambos, los dos concursos reciban un tratamiento unitario o coordinado, a los efectos de su tramitación. Es el caso de los concursos conexos, que regulan los artículos 25 a 25 ter de la Ley Concursal.

Dice así el artículo 25.1 LC que:

«Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades.»

Y el artículo 25.bis.1 5.^a LC prevé que pueda solicitar la administración concursal o cualquiera de los concursados la acumulación de los concursos ya declarados de, entre otros, *los cónyuges*.

El efecto de la declaración conjunta o acumulación de concursos es, en principio, de alcance puramente procesal, tendente a la tramitación coordinada de los mismos, sin que se produzca la confusión de las masas pasiva o activa del concurso. Dispone así el artículo 25 ter.1 LC que *«los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las*

masas. Si bien añade en su apartado segundo que excepcionalmente se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

La lectura del precepto parece conducir a un alcance meramente formal de la consolidación, no erigiéndose por tanto en un mecanismo de protección de los acreedores frente a los actos de los deudores que hayan llevado o podido llevar a la distracción de todo o parte de su patrimonio mediante traspasos entre masas, que pueda significar la insatisfacción de los acreedores o una merma de las posibilidades de tal satisfacción. Sin embargo, el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de los de Madrid, de 30 de enero de 2014 (concurso 282/2010), refiriéndose a la acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo, sostiene que *«lo cierto y verdadero es que el efecto de la consolidación en los informes de la administración concursal de cada concurso llevará a la consecuencia inmediata de que los acreedores de cada concurso extiendan su expectativa de cobro sobre la masa activa de todos y cada uno de los concursos con masa consolidada, ya que aquel Informe del artículo 74 de la Ley Concursal rige el estatuto jurídico para el cobro de los acreedores, la afección de bienes, y determina luego las consecuencias de la liquidación y pago».*

Ese mismo auto se ocupa de clarificar las condiciones que deben darse para que esta consolidación, que en todo caso reconoce como recurso excepcional, pueda tener lugar, y dice: *«lo esencial es que exista una confusión patrimonial entre las masas de los concursos. Si por patrimonio se entiende el conjunto de activos y pasivos titularidad de un sujeto de Derecho, en cuanto a la extensión, existirá dicha confusión cuando concurra una conmixción de los elementos típicos patrimoniales, esto es, los conjuntos de activos y pasivos, de modo que se afecta la generalidad o mayoría muy principal de dicho conjunto, de dichas masas de los distintos concursos, aún cuando algunos activos o pasivos aislados sean individualizables para cada concurso, los cuales serán, no obstante, arrastrados por la consolidación, ya que no puede ser parcial, pues en otro caso no existiría propiamente confusión patrimonial. Siguiendo con la extensión de la conmixción, debe afectar tanto a pasivo como activo, no sólo a uno de tales aspectos, ya que el concepto de patrimonio es omnicompreensivo de ambos elementos. Y en cuanto al alcance de tal conmixción, no se precisa que sea absoluta, sino que puede ser relativa, de modo que un esfuerzo deslindante sobre ese conjunto de activos y pasivos pudiera tener algún éxito, pero basta para dar lugar a la consolidación cuando dicho esfuerzo no aparezca justificado, no por razones de justicia material, sino prácticas, por su coste o tiempo que conllevará».*

En el particular caso del matrimonio, la acumulación de concursos no ha de hacerse depender de que el régimen económico matrimonial sea el de gananciales,

pues la comunidad en el pasivo y en el activo que, como se ha visto, viene requerida para la acumulación, puede darse también si el régimen es de separación o de participación. Por otra parte, aun cuando los cónyuges estén casados en régimen de gananciales, no por ello debe afirmarse de manera automática la acumulación, por cuanto puede suceder, por ejemplo, que los bienes privativos de cada cual sean suficientes para la satisfacción de su pasivo, o que no existan bienes gananciales. Ahora bien, como se verá, la necesaria inclusión de los bienes gananciales en la masa pasiva (por cuanto la aparente condición del artículo 77 LC debe descartarse) determina que, si ambos cónyuges están declarados en concurso, unos mismos bienes estarían incluidos en dos masas, con responsabilidades directas y subsidiarias cruzadas entre ellas (y los mismos acreedores, por los mismos créditos, podrán estar en las dos masas pasivas, ex artículo 49.2 de la Ley Concursal). Parece que se trataría de un caso claro de conexión, si bien ni aún sosteniendo la procedencia de la consolidación de masas se daría una respuesta satisfactoria a los problemas que se plantearían al concurrir al concurso, sobre una masa integrada por bienes gananciales y privativos de cada cónyuge, los acreedores particulares de cada cual y los consorciales. Parte de esos problemas de adaptación se examinarán a continuación.

III. PATRIMONIO FAMILIAR Y ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA FAMILIAR: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LA SEPARACIÓN DE BIENES

Como se sabe, de todo matrimonio puede predicarse la existencia de un régimen económico matrimonial, que podría definirse como el conjunto de reglas rectoras de las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y con terceros. Ese régimen económico matrimonial es, *prima facie*, el que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales (artículo 1315 del CC), estableciéndose por las distintas legislaciones regímenes supletorios para el caso de que los cónyuges no pacten nada al efecto.

En este trabajo me centraré en el examen de la relación del concurso de acreedores con los dos modelos de relaciones económicos más frecuentes en la práctica y (con variantes) en las legislaciones españolas: la sociedad de gananciales y la separación de bienes.

1. El concurso y el régimen de separación de bienes

1.1. La potestad doméstica y la responsabilidad de uno de los cónyuges por deudas contraídas por el otro

El régimen de separación de bienes se caracteriza fundamentalmente por un dato negativo: la ausencia de comunicación entre los patrimonios de los cónyuges

o aún de una expectativa de adquisición por uno de ellos de una parte de los bienes del otro o de las ganancias por él obtenidas durante el matrimonio. No implica, empero, que pueda hablarse de «ausencia de régimen económico matrimonial», puesto que las consecuencias de la erección de una comunidad de vida con la celebración del matrimonio y, por tanto, de la existencia de unos deberes recíprocos entre los cónyuges y para con las personas de ellos dependientes implican la afectación de los bienes propios de los cónyuges a la satisfacción de las necesidades familiares. Así resulta del artículo 1440 del CC, cuyo párrafo primero sienta el principio de separación en cuanto al pasivo al establecer que *«las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad»*. Pero añade en el párrafo segundo que *«en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código»*.

Los artículos 1319 y 1438 del CC vienen referidos a la responsabilidad de los cónyuges, en el plano externo y en el plano interno, respectivamente, por las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, es decir, la atención de las necesidades ordinarias de la familia. Interesa aquí, fundamentalmente, el primero de esos dos preceptos, en la medida en que sanciona la eventual responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones contraídas en el ejercicio de dicha potestad por el otro cónyuge, aún sin su consentimiento expreso o tácito, toda vez que ese consentimiento no es preciso, por cuanto el párrafo primero del artículo 1319 del CC dispone que *«cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma»*. Y el mismo artículo, en su párrafo segundo, establece la responsabilidad de ambos cónyuges por las obligaciones contraídas con arreglo al párrafo primero al decir que *«de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge»*. Leído este precepto desde la óptica de la separación de bienes, por razón de la referencia al mismo que contiene el artículo 1440.2, resultara que el cónyuge casado en régimen de separación de bienes queda subsidiariamente responsable de las deudas contraídas por su consorte en el ejercicio de la potestad doméstica. Y que, en consecuencia, tales deudas, no contraídas directamente por uno de los cónyuges, podrán determinar la declaración de concurso y que los acreedores por esta causa se integrarán en la masa pasiva del concurso del cónyuge concursado que no contrajo la deuda. Nótese que la norma del artículo 1319.2 es de carácter imperativo no modificable por voluntad de las partes, en la medida en que establece un régimen de responsabilidad y protección de los terceros. Sí es modificable, empero, la distribución interna de dicha responsabilidad, que es la cuestión abordada por el artículo 1438 del CC, cuando dice que *«los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos»*.

1.2. La determinación de la masa activa en el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes

Dispone el artículo 77.1 de la Ley Concursal (cuya declaración es asimismo válida para los casados en cualquier régimen económico matrimonial) que *«la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado»*.

En el caso de la separación de bienes, en principio, la determinación de la masa activa no presentará especiales dificultades, pues el dato de la titularidad bastará para decidir sobre la inclusión o no de un bien o derecho en la masa activa. En caso de duda, se estará a lo que se dispone en el artículo 1441 del CC, según el cual *«cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad»*.

Además de lo anterior, contiene la Ley Concursal dos normas específicamente dedicadas a la determinación de la masa activa en el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes: la llamada presunción muciana concursal y el régimen especial de las compraventas con pacto de sobrevivencia.

La **presunción muciana¹ concursal** está establecida por el artículo 78.1 de la Ley Concursal, que dispone que:

«Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.»

La norma citada tiene su precedente próximo en el artículo 1442 del CC². Esta presunción, que se dirige a evitar distracciones de bienes de la masa en perjuicio o minoración de la misma, es en realidad doble: por un lado, la presunción de donación de las sumas satisfechas por el cónyuge del concursado en las adquisiciones onerosas por éste realizadas, cuando la prestación proceda del patrimonio

¹ Su nombre deriva del hecho de que su origen puede encontrarse en el Digesto en un texto de Pomponio sobre Quintus Mucius Scaevola.

² Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.

del concursado; por otro lado, la presunción de donación de la mitad de la contraprestación satisfecha en las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge del concursado dentro del año anterior a la declaración de concurso, cuando no pueda acreditarse la procedencia de la contraprestación. Ambas presunciones deben ser leídas de manera coordinada con los mecanismos de reintegración de la masa activa del artículo 71 de la Ley Concursal, de modo tal que resulte del artículo 78 la afirmación de la existencia de donaciones, a las que se aplicará el régimen de reintegración o rescisión previsto en el citado artículo 71. Esta vinculación al instituto de la reintegración va a permitir, adicionalmente, interpretar correctamente el artículo 78 y colmar algunos vacíos del mismo.

La **primera presunción** del artículo 78 de la Ley Concursal, como se ha dicho, sienta la existencia de una donación del concursado a su consorte, cuyo objeto sería la contraprestación por éste satisfecha en negocios onerosos celebrados con terceros. ORDUÑA y PLAZA³ sostienen que el ámbito de la presunción (de ambas presunciones) debe extenderse también a las adquisiciones/transmisiones entre los propios cónyuges⁴. La primera de las presunciones exige que se acredite, como hecho base del que ha de partir la afirmación que constituye la presunción, que la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado procede del patrimonio de éste. No se determina quién ha de probar tal circunstancia, pero, desde el momento en que la presunción se vincula con la reintegración concursal, y la afirmación de la existencia de una donación sólo tiene sentido y efectos en la medida en que, respecto de la donación presunta, se va a proceder a aplicar esos mecanismos, parece que la carga de la prueba ha de corresponder a la administración concursal y a los acreedores (artículo 72 de la Ley Concursal). Frente a lo que ocurre con la segunda presunción, no se establece plazo, por lo que podría parecer que, cualesquiera adquisiciones realizadas por el cónyuge del concursado, en cualquier momento de la vigencia del régimen de separación, se verían afectadas por la presunción, por lejanas que fuesen en el tiempo de la declaración de concurso o de la incursión del deudor en estado de insolvencia. Nuevamente, la vinculación de la presunción al régimen de reintegración aconseja establecer el lapso temporal en el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Además, cualquier otra solución llevaría a la ineficacia de la presunción, porque, si se presume donación, sólo se darán los efectos propios de la reintegración cuando la misma fue realizada en los dos años anteriores a la declaración de concurso (artículo 71 de la Ley Concursal). Estas últimas afirmaciones parten de la base de que la presunción del artículo 78 opera sólo en el ámbito concursal y no fuera del concurso ni respecto de otros mecanismos de reintegración que puedan existir, conforme al régimen civil «general»: efectivamente, la declaración de concurso y

³ ORDUÑA, Francisco Javier y PLAZA, Javier: «Comentario al artículo 78 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (Dirs.), Civitas, 2004.

⁴ Sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 78 como de considerar vigente, por lo menos en lo referido a las transmisiones entre cónyuges, el artículo 1442 del CC, no derogado expresamente.

los mecanismos de reintegración en la Ley establecidos no impiden la utilización de otros mecanismos previstos en el CC para la defensa del derecho de crédito, sobre todo la acción de rescisión de los artículos 1291.3.º y 1297 del CC, que tiene un plazo de prescripción de cuatro años. Pero respecto de esta acción rescisoria «ordinaria» no rige la presunción. Como dicen ORDUÑA y PLAZA⁵, «*la expresión “declarado el concurso” con la que se inicia el precepto, no es indicativa del momento a partir del cual rige la presunción, sino del supuesto o ámbito de aplicación de estas presunciones, que sólo se aplican en el ámbito concursal*».

La presunción, en cualquier caso, es *iuris tantum*, y admite prueba en contrario, que gravitará sobre el hecho del que parte la presunción, es decir, la procedencia de los bienes, acreditando quien sostenga la inexistencia de donación que la adquisición se realizó con fondos propios, o recibidos de un tercero distinto del cónyuge concursado, o sobre el título por el que el concursado aportó los fondos que constituyeron la contraprestación, es decir, que el título era oneroso (préstamo, por ejemplo).

La **segunda presunción** operará cuando, habiendo adquirido el cónyuge del concursado casado en régimen de separación algún bien a título oneroso en el año anterior a la declaración de concurso, no puede demostrarse la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición. En este caso, la carga de la prueba del origen de los fondos o bienes empleados para la adquisición recaerá sobre el cónyuge del concursado que pretenda desvirtuar la presunción. En este caso, la donación presunta vendrá referida no a la totalidad de la contraprestación, sino sólo a la mitad de la misma, que será lo que deba reintegrarse a la masa activa del concurso. Debe en cualquier caso notarse que el período en el que debe haberse realizado la adquisición onerosa por el cónyuge del concursado, que es más onerosa para éste que la primera presunción, ya que sobre la base del dato puramente negativo de la no acreditación del origen de la contraprestación le impone la carga de la prueba precisa para desvirtuar la afirmación legal de existencia de una donación, es más reducido, pues sólo operará respecto de las adquisiciones realizadas en el año anterior a la declaración de concurso. Para desvirtuar esta segunda presunción será necesario que se acredite que, aún proviniendo los fondos del patrimonio del concursado, proveyó de éstos al consorte adquirente por un título no gratuito; que los fondos provienen de un tercero; o que se trataba de fondos propios. En cuanto a esta última circunstancia, el CC de Cataluña, en su artículo 231-12.2, establece que la presunción análoga a la establecida por la ley concursal «*se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarla*», sin exigir la acreditación de la efectiva aplicación dichos ingresos o recursos a la adquisición del bien.

⁵ ORDUÑA, Francisco Javier, y PLAZA, Javier: *op. cit.*

En cuanto a los efectos de la presunción, cuando no fuere desvirtuada, ya pueden ser inferidos de lo dicho anteriormente. Una vez afirmada la existencia de una donación, procederá, a instancia de la administración concursal o subsidiariamente de los acreedores, la reintegración de los bienes o cantidades que se presumen donadas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, cuyo examen detallado excede del ámbito y objeto del presente trabajo.

Por último, debe tenerse en cuenta que esta presunción no regirá, de acuerdo con el artículo 78.2 de la Ley Concursal (y de igual modo el artículo 231-12 del CC de Cataluña), si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho. Esta excepción plantea un interrogante: ¿en qué momento debe existir la separación judicial o de hecho para que no opere la presunción?, ¿en el momento de declararse el concurso o en el momento de efectuarse la adquisición onerosa por parte del cónyuge del concursado? ARANGUREN URRIZA⁶ entiende que basta con que la separación exista en el momento de la adquisición, mientras que LINACERO DE LA FUENTE⁷ estima que debe exigirse no exclusivamente en el momento de la adquisición, o en el momento de la declaración del concurso, sino que debe requerirse durante el período sospechoso y, por tanto, desde la adquisición hasta la declaración del concurso. De lo contrario, argumenta, especialmente en el caso de separación de hecho, si se exige su concurrencia únicamente en el momento de la adquisición, los cónyuges podrían burlar la aplicación de la norma.

El artículo 78 LC, como se apuntó, contiene una segunda norma especial sobre la formación de la masa activa de los casados en régimen de separación de bienes, cual es la relativa a las adquisiciones con pacto de sobrevivencia. Dice así en su párrafo tercero que:

«Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado.»

El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, 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 el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno».

⁶ ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», en *Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Aranzadi, 2007.

⁷ LINACERO DE LA FUENTE, María: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, ed. Reus, 2005.

El pacto de sobrevivencia puede definirse como el pacto ínsito en una compraventa por virtud del cual quienes adquieren un bien conjuntamente acuerdan que, fallecido uno de ellos, el sobreviviente devenga titular de la totalidad del bien. Regulado en el CC catalán (artículos 231-15 a 231-18), que contrae su ámbito a las adquisiciones realizadas por cónyuges (o futuros contrayentes), cualquiera que sea su régimen económico matrimonial. Su admisibilidad en el derecho común es discutida. PÉREZ RAMOS⁸ ha estudiado los argumentos a favor y en contra de esa posibilidad. En contra puede alegarse uno, fundamental, cual es el de la proscripción de la sucesión contractual en el Derecho Común (artículo 1271 del CC). Sin embargo, tal obstáculo puede superarse si se conceptúa adecuadamente el pacto de sobrevivencia, como ínsito en un contrato de compraventa, revelando que verdaderamente se trata de un convenio oneroso de naturaleza aleatoria entre los adquirentes, recíprocamente condicionado, a la vez suspensiva y resolutoriamente. Es decir, al adquirir dos personas un bien incluyendo dicho pacto estaría cada cual adquiriendo su mitad sujeta a condición resolutoria y la mitad del otro como expectativa, bajo condición suspensiva. El evento determinante de la resolución del derecho propio y de la correlativa actualización de la expectativa del otro adquirente sería la premoriencia. De esta suerte, la mitad indivisa perteneciente a quien muere antes no se incluiría en su herencia y no cabría hablar de adquisición por vía sucesoria. Hay que notar, además, que el artículo 78 de la Ley Concursal no circunscribe su aplicación al ámbito del derecho catalán, pareciendo así asumir la posibilidad de estos pactos en otros casos, sobre la base de la autonomía de la voluntad.

El efecto de la declaración de concurso de uno de los cónyuges sobre esos pactos está claramente expuesto en el transcrito artículo 78.3 de la Ley Concursal: se integra en la masa activa la mitad indivisa del bien, sin aclarar si esos supone inmediatamente la extinción del pacto (puede suceder que, no terminando el concurso en liquidación, sino en convenio, una vez terminado el concurso, el bien quede en poder del concursado: si el pacto no se ha extinguido, entonces, fallecido uno de ellos, se produciría su efecto propio). Este último efecto es el que parece resultar de la lectura combinada de los artículos 231.17 y 231-18 del CC de Cataluña, que, previendo asimismo la inclusión en la masa activa de la mitad del bien, sólo prevé su extinción cuando se produzca la *adjudicación a un tercero de la mitad del bien como consecuencia del embargo o de un procedimiento concursal*. Todo lo anterior, sin perjuicio de que, tanto conforme a la Ley Concursal como con arreglo al Código catalán, el no concursado pueda dar por terminado el pacto mediante la adquisición de la mitad del otro en los términos que establece el artículo 78 de aquélla y el 231-17.2 de éste.

⁸ PÉREZ RAMOS, Carlos: «Notas sobre la admisibilidad de las compras con pacto de sobrevivencia en el derecho común», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 77, 2011.

2. El concurso y la sociedad de gananciales

2.1. La determinación de la masa activa en el concurso de persona casada en régimen de gananciales

Como antes se dijo, la masa activa del concurso de persona casada comprenderá los bienes propios o privativos del concursado (artículo 77.1 de la Ley Concursal). Pero si el concursado estuviese casado en régimen de gananciales u otro de comunidad, entonces, de acuerdo con el apartado segundo del mismo artículo 77 LC, «*se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado*».

Hay, pues, aparentemente, una relación entre la composición cualitativa de la masa pasiva y la composición de la masa pasiva. O, de otro modo, la inclusión de un bien en la masa activa dependerá de la causa u origen de las obligaciones del cónyuge concursado. Y así el artículo

Se trataría, pues, de localizar alguna obligación que sea de cuenta y cargo de la sociedad de gananciales para determinar la inclusión de todos ellos en la masa pasiva. Pero la cuestión dista de ser tan clara como aparenta. Porque el artículo 1373 del CC establece la responsabilidad de los gananciales por las deudas propias de un cónyuge si sus bienes privativos no fueren suficientes para hacerlas efectivas. Es decir, siquiera sea potencialmente, los bienes gananciales pueden llegar a responder en cualquier concurso de persona casada en ese régimen, de lo que debe seguirse la inclusión de los mismos, en todo caso, en la masa activa. Pero esta interpretación privaría de sentido a la disposición contenida en el artículo 77.2 de la Ley Concursal. Así, una interpretación coherente con la letra de este último precepto conduciría a afirmar que, a menos que así lo establezca la administración concursal en su informe, acreditando la concurrencia de alguno de los supuestos de responsabilidad de los bienes gananciales, los gananciales no se incluirían «a priori» en la masa activa por la sola causa de la previsión de insuficiencia de los privativos para hacer efectiva la responsabilidad del cónyuge por sus deudas propias. Pero esta interpretación no resulta satisfactoria y, según indica ARJONA GUAJARDO-FAJARDO⁹, no es la que prevalece entre los autores. En primer lugar, puede objetarse que la inclusión de un bien en la masa activa no tiene sólo el significado de sujetar el bien a la satisfacción de las deudas del concursado en una eventual liquidación que, también, sino que, primariamente, significa la alteración de las facultades dispositivas y de gestión que al concursado corresponden sobre sus bienes¹⁰. Si se afirma que, por no existir obligacio-

⁹ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, LXVI, 2013.

¹⁰ «*Declarado el concurso, la primera finalidad respecto a los bienes integrantes en la masa activa es su conservación a expensas de la futura solución concursal*» (Auto del Juzgado Mercantil núm. 8, de Madrid, de 20 de diciembre de 2013).

nes de cargo de la sociedad de gananciales, tales bienes no han de quedar incluidos, debe concluirse que las facultades dispositivas del concursado sobre tales bienes (en unión con su consorte) no se ven afectadas, con lo que podría producirse una dispersión de esos bienes en perjuicio de los acreedores, que podrían verse impedidos para hacer efectiva esa responsabilidad subsidiaria, si llegara a darse el caso. En segundo lugar, no parece coherente con la mecánica procedimental del concurso, pues no está prevista una reformulación de la masa activa cuando se verifique la insuficiencia de los bienes privativos. En tercer lugar, no es coherente esa interpretación con el principio de responsabilidad patrimonial universal, pues parece que se conforman dos patrimonios separados, excluyendo provisionalmente a uno de dicha responsabilidad, obviando el hecho de que tales bienes pertenecen o pueden pertenecer al cónyuge concursado. Lo que establece el artículo 1373 del CC no es una exoneración de responsabilidad, sino, antes bien, una prelación u orden de ejecución de bienes. En cuarto lugar, porque el presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia, ha de haberse apreciado partiendo de la situación patrimonial del deudor considerada en su totalidad, es decir, abarcando también los bienes gananciales. Por ello hay que concluir que los bienes gananciales, todos ellos, se incluyen en la masa activa del concurso. Ahora bien, como esto supondría involucrar al otro cónyuge (cónyuge *in bonis*) en el concurso, se le ofrece la posibilidad de disolver la sociedad, de modo tal que se concrete la responsabilidad del concursado en los bienes o cuotas de los mismos que le correspondan en la liquidación. Así lo establece el inciso segundo del párrafo primero del artículo 1373 del CC y, para el caso del concurso segundo, inciso del artículo 77.2 de la Ley Concursal, que dice que *en este caso* (es decir, cuando el casado en gananciales sea declarado en concurso y deban incluirse en la masa los bienes «comunes»), «*el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso*». Este artículo establece, pues, una causa de disolución voluntaria (*podrá pedir*), a instancia o por decisión del cónyuge del concursado, que no opera por la sola declaración de concurso, sino que exige que los bienes gananciales se vean incluidos en la masa activa. En rigor, habiéndose concluido que, en el caso de ser declarado en concurso el casado en gananciales, siempre se incluyen en la masa activa los bienes gananciales, no se está introduciendo una modificación de calado en lo previsto en el artículo 1393.1.º del CC o, como mucho, de carácter temporal. Puesto que parece claro que, con arreglo al artículo 1393.1.º, podía pedirse la disolución desde que el concurso fuese declarado, el artículo 77.2 de la Ley Concursal no lo deja tan claro, si se parte de la correcta interpretación del mismo en cuanto a la inclusión, en todo caso, de los bienes gananciales. A mi juicio, debe concluirse que, desde el mismo momento de la declaración de concurso, también con base en el artículo 77.2 de la Ley Concursal, debe poder el cónyuge solicitar la disolución, lo que es además coherente con el hecho de que el artículo 21.7 de la Ley Concursal determine como contenido propio del auto de decla-

ración de concurso «*en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales*». Aparte de que es plenamente coherente con la finalidad perseguida al conceder al cónyuge del concursado tal posibilidad. ¿Y cuándo debe procederse, en caso de que se solicite, la liquidación? ¿Debe esperarse a que se apruebe el convenio o, en su caso, se abra la fase de liquidación? ¿O puede pedirse desde luego? El convenio, o la liquidación, deben realizarse sobre la base de una masa activa definida y debidamente acotada. Parece, por tanto, que debe procederse, con carácter previo, a la liquidación de la sociedad de gananciales, que será una operación previa que participaría de la naturaleza del derecho de separación *ex iure domini* del artículo 80 de la Ley Concursal. Si esto es así, ¿qué sentido tiene la llamada que el artículo 77 hace a la coordinación con lo que resulte de la liquidación o del convenio? CUENA CASAS¹¹ propone una solución armonizadora en el sentido de que, de manera inmediata, pueda obtenerse la fijación del haber ganancial a entregar al cónyuge no deudor, pero quedando diferido el pago al momento de aprobación del convenio o pago en la fase de liquidación, evitándose así la dispersión anticipada de los bienes que obligaría a los acreedores a perseguir los que hubieren sido adjudicados al otro cónyuge, que, téngase en cuenta, respecto de las deudas gananciales mantiene su responsabilidad ex artículo 1401 del CC cuando dice que «*el cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*». ARJONA GUAJARDO-FAJARDO¹², en cambio, opina que debe procederse a la liquidación de la sociedad y a la entrega del haber resultante a los cónyuges, integrándose en la masa activa el que haya de corresponder al concursado. Y es que, entiende, es la mejor manera de coordinar y proteger todos los intereses en juego, los de los cónyuges y los de los respectivos acreedores. Pues, efectivamente, los acreedores por deudas a cargo de la sociedad de gananciales son, en la liquidación de ésta y sobre los bienes gananciales preferentes a cualquier otro, en la liquidación efectuada con carácter previo verán satisfechos sus créditos con estos bienes (téngase en cuenta que el artículo 49.2 de la Ley Concursal, como se verá, incluye dentro de la masa pasiva del concurso también a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*). Y una vez efectuada dicha liquidación, los acreedores particulares de cada cónyuge podrán dirigirse contra el remanente de bienes gananciales que le haya sido entregado a su deudor y contra sus bienes privativos.

En todo caso, la disolución es una opción para el cónyuge del concursado, que no está obligado a ello en modo alguno, pudiendo consentir la inclusión de los bienes gananciales, sin perjuicio de que ello no suponga en modo alguno

¹¹ CUENA CASAS, Matilde: «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», *Actualidad Civil* n.º 20, 2008.

¹² ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, LXVI, 2013.

asunción de responsabilidad por su parte respecto del pasivo de su consorte concursado, pues deberá, con arreglo a las normas reguladoras del concreto régimen de comunidad, ser reembolsado. En un apartado posterior se analizará brevemente el régimen de la sociedad de gananciales en el caso de que el cónyuge del concursado no haga uso de la posibilidad de pedir la disolución del régimen.

Como resumen de lo anterior resulta que:

1. En la masa activa del deudor casado en gananciales se incluyen los bienes privativos y todos los gananciales, por cuanto éstos están sujetos en todo caso a la responsabilidad por sus deudas, sea principal, sea subsidiariamente.
2. El cónyuge *in bonis* puede evitar esa inclusión, eventualmente perjudicial para sí y para sus acreedores¹³, solicitando la disolución de la sociedad de gananciales desde la declaración de concurso.
3. Si se ejercita esa opción, la liquidación de la sociedad de gananciales deberá verificarse como operación previa a la apertura de las fases de convenio o de liquidación, al objeto de precisar o acotar la masa activa.

2.2. La determinación de la masa pasiva en el concurso de persona casada en régimen de gananciales

De acuerdo con el artículo 84 de la Ley Concursal, «*constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que, conforme a esta ley, no tengan la consideración de créditos contra la masa*».

Los créditos contra la masa (cuyo detalle se contiene en el propio artículo 84) son, en general, créditos de vencimiento posterior a la declaración de concurso, especialmente los que derivan de la continuidad en el funcionamiento de la empresa; créditos atinentes a la propia gestión del concurso (costas y gastos judiciales, etc.) u otros, como los créditos por alimentos del deudor a los que el legislador ha querido dar un tratamiento privilegiado. Tienen la consideración de créditos prededucibles, serán abonados a su vencimiento con cargo a la masa activa y con independencia del estado de tramitación del concurso y de la naturaleza del

¹³ Piénsese que, conforme al artículo 56 de la Ley Concursal, se suspenden las ejecuciones individuales desde el momento de la declaración de concurso, lo que puede ser tremendamente perjudicial para los acreedores del cónyuge del deudor concursado por deudas propias del mismo. En este sentido, cabe plantearse si tales acreedores pueden, vía acción subrogatoria del artículo 1111 del CC, ejercitar la opción de pedir la división cuando el cónyuge de su deudor haya sido declarado en concurso y éste no lo solicite.

crédito. Sus titulares figurarán en relación separada en la lista de acreedores, no tienen derecho de asistencia a la Junta de acreedores y no pueden adherirse a la propuesta anticipada de convenio¹⁴.

Pues bien, como se ve, la masa pasiva se integra por todos los créditos contra el deudor. Lo definitivo es la titularidad pasiva del crédito, sin que la ley haga distinguos por razón de la causa u origen de los mismos o los bienes (gananciales o privativos) sobre los que deban hacerse efectivos. Y es que no existen deudas de la sociedad de gananciales, sino sólo deudas de los cónyuges. La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y no puede ser declarada en concurso, con arreglo al artículo 11 de la Ley Concursal; y el artículo 541.1 de la LEC confirma esto al decir que «*no se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales*». No obstante, ocurre que, por razón de la propia mecánica de la sociedad de gananciales, los bienes comunes o consorciales pueden ser objeto de agresión por razón de deudas contraídas por el otro cónyuge, cuando las mismas sean de cuenta y cargo de sociedad. Esto explica que el artículo 49.2 de la Ley Concursal disponga que «*en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal*». Y es que existen determinados créditos que, con independencia de la identidad del deudor, pueden hacerse efectivos sobre los bienes gananciales, aun cuando fueran de titularidad del no deudor.

Como se ha visto, la determinación de qué créditos se han de hacer efectivos sobre los bienes gananciales pierde parte de su importancia desde el momento en que se ha descartado la interpretación del artículo 77 de la Ley Concursal, según la cual la inclusión de aquellos bienes en la masa dependía de la cualidad de los débitos. Todos los bienes gananciales se incluyen en la masa activa, por razón de que, en último término, van a responder, siquiera sea subsidiariamente, de las obligaciones del concursado. No obstante, es preciso hacer referencia a las deudas que se consideran de cargo de la sociedad de gananciales. Con tal expresión se quiere hacer referencia a aquellas obligaciones contraídas por uno o ambos cónyuges que, además de sobre sus bienes privativos, deben o pueden hacerse efectivas sobre los bienes gananciales, con independencia de quién sea el titular de los mismos. Por tanto, en la masa pasiva se integrarán aquellos acreedores del cónyuge *in bonis* que lo sean por alguno de los créditos referidos en los artículos 1365 (este último, en relación con las deudas del cónyuge comerciante, vinculado a los artículos 6 y siguientes del CCom) a 1368 y 1370 del CC. Establecido esto, caben dos posibilidades:

Primera, que el cónyuge *in bonis* solicite la disolución de la sociedad de gananciales, en cuyo caso todos los acreedores con derecho a hacer efectivo su

¹⁴ PRENDES CARRIL, Pedro (Dir): *Guía práctica concursal*, Aranzadi, 2012.

crédito sobre los bienes gananciales concurrirán a la liquidación del régimen. En el marco de esa liquidación, los acreedores por deudas de la sociedad tendrán preferencia para el cobro sobre los gananciales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1399 del CC. Los acreedores particulares de cada cónyuge podrán proceder luego sobre el remanente que les hubiese correspondido.

Segunda, que no se pida la disolución. En este caso confluyen en el concurso los acreedores del concursado por deudas privativas y gananciales y los del cónyuge *in bonis* por deudas gananciales. Quedan fuera los acreedores propios del cónyuge *in bonis*. Esto puede llevar a afirmar que resultan privilegiados los acreedores por deudas consorciales del cónyuge no concursado sobre los acreedores privativos del mismo, en la medida en que, integrados en la masa pasiva del concurso, tienen la expectativa de cobrar sobre los gananciales y sobre los privativos del concursado, sin que de la letra de la ley pueda resultar su exclusión respecto de estos últimos¹⁵.

La subsistencia de la sociedad de gananciales, no obstante el concurso, plantea asimismo otro problema, en relación con los acreedores de la sociedad de gananciales y su preferencia para el cobro sobre los bienes gananciales. Es decir, la Ley Concursal, determinando la inclusión de los acreedores por deudas consorciales en la masa pasiva del concurso, lo sean del concursado o del cónyuge *in bonis*, no ha establecido ninguna preferencia especial para ellos, de modo que concurrirán al cobro de sus créditos con los acreedores privativos del concursado sobre la masa indiferenciada integrada por los bienes privativos y los bienes comunes. Así, y por aplicación de los privilegios crediticios de la Ley Concursal, puede suceder que un acreedor privativo o particular haga efectivo su crédito sobre un bien ganancial y que éste quede finalmente insatisfecho en todo o en parte, y hay que tener en cuenta que los bienes gananciales no son sólo del cónyuge concursado y que sobre ellos, si no la titularidad, cuando menos el cónyuge *in bonis* ostenta una expectativa. En este sentido se plantea una colisión entre las preferencias crediticias del CC y las de la Ley Concursal. Cualquiera que sea la opción que se adopte conducirá a resultados insatisfactorios, porque, si se prefiere el privilegio de la ley concursal, se producirá el efecto antes indicado, pero si se opta por la prevalencia del CC se podría producir la subordinación de un acreedor que, de suyo, era privilegiado. Todo lo anterior es consecuencia de la no previsión por el legislador de una disolución automática y liquidación «preconcursal» de la sociedad de gananciales

¹⁵ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, LXVI, 2013, considerando que la literalidad de los artículos 86.3 y 94.2.2 LC cuando establecen que la Administración concursal debe expresar, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo [del cónyuge concursado] o también sobre el patrimonio común se explican por una expresión inadecuada del legislador, que no debe dar pie a considerar la existencia de compartimentos estancos en la masa o grupos de bienes sobre los que deban o puedan hacerse efectivos unos y otros créditos.

y de la falta de mecanismos adecuados de coordinación. Pero, en principio, podría defenderse la prevalencia de las normas de la Ley Concursal, en la medida en que, por un lado, es ley especial y posterior y por el otro parece coherente con la inclusión en el concurso de uno de los cónyuges de todos los bienes gananciales y de todos los pasivos gananciales, con independencia de sus respectivas titularidades. Por otra parte, hay que añadir que tal efecto de confusión puede evitarse si, a instancia del cónyuge, se procede a la disolución de la sociedad de gananciales conforme a lo antes visto, caso éste en el que cobra especial importancia mantener una postura favorable a la posibilidad de que los acreedores del cónyuge *in bonis*, en la medida en que estimen que van a verse perjudicados, puedan solicitar esa disolución con base en lo dispuesto en el artículo 1111 del CC.

2.3. La gestión de la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges ha sido declarado en concurso

Como se sabe, la declaración de concurso determina una importante conmoción en las facultades que al sujeto concursado corresponden en orden a la gestión de su propio patrimonio. La realización de actos de administración o de disposición sobre el mismo quedará sujeta a intervención por la administración concursal o se atribuirá a la misma administración concursal, según determine el juez del concurso. Las facultades y poderes que se atribuyen a dicha administración concursal se proyectan sobre la totalidad de los bienes y derechos integrados en la masa activa. Dispone así el artículo 40.6 de la Ley Concursal que *«la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal»*.

En principio, esta sujeción de los gananciales a la intervención/suspensión no plantea especiales problemas en el sentido de que, siendo la regla general la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de administración o disposición sobre los bienes comunes, el consentimiento del cónyuge concursado será prestado por o con la asistencia de la administración concursal, que se sujetará a las condiciones que al efecto establece la Ley Concursal (autorización judicial, por ejemplo). Ahora bien, el problema se plantea cuando se trata de alguno de los actos que con arreglo a lo dispuesto en el CC pueden realizar los cónyuges individualmente (disposición sobre los frutos en los términos del artículo 1381, disposición de dinero o de títulos-valores con arreglo al artículo 1384, por ejemplo). Nuevamente, se produce una colisión entre las normas reguladoras y los intereses protegidos por la Ley Concursal y por el CC.

El fundamento de la atribución de facultades de gestión individual en casos específicos no está del todo claro y depende en parte de la tesis que se adopte en

cuanto a la naturaleza de la sociedad de gananciales. Si se sostiene que existe una comunidad germánica sobre los bienes gananciales, se suele afirmar que tales facultades se explican por la existencia de un apoderamiento tácito entre cónyuges basado en la confianza mutua o recíproca que se les presume; si, en cambio, se habla de la sociedad de gananciales como un régimen económico especial a que están sometidos los bienes y que no dice nada acerca de su titularidad, o que no la prejuzga en modo alguno, suele afirmarse que normas como el artículo 1384 del CC son normas de protección del tráfico, ya que se trata de supuesto en los que existe una apariencia de titularidad a favor del cónyuge que ejercita las facultades por sí solo, pretendiéndose que, en relación con esos bienes, no se produzca la interferencia de las rígidas normas de gestión de los gananciales. Pues bien, si se parte de la primera interpretación (las facultades individuales de gestión como apoderamientos tácitos) debería resolverse que, una vez declarado el concurso e integrados los gananciales en la masa activa, deben cesar tales facultades de actuación individual, porque la insolvencia del «poderdante» produce la revocación del poder (cfr. artículo 1732 del CC). En cambio, si se consideran normas de protección del tráfico y de la confianza en la apariencia, como no haya una disposición especial que establezca su no aplicación en caso de concurso de acreedores, deberían subsistir en su aplicación. Sin embargo, sostener esto lleva a consecuencias perturbadoras. Piénsese, por ejemplo, el caso de que ambos cónyuges tengan una suma de dinero de carácter ganancial que, además, suponga un activo importante de la masa. Si se sostiene la subsistencia de la aplicación de los artículos 1382 y 1384 del CC, el cónyuge del concursado podría ir vaciando tal fondo de numerario y la administración concursal asistiría a ello sin poder evitarlo más que de modo reactivo, sobre la base de los artículos 1390 y 1391 del CC. Mas parece que deben entenderse suspendidas esas facultades de actuación individual, de modo que requieran el consentimiento de ambos, por lo menos en cuanto a aquellos actos de disposición o administración que vayan a afectar a la sustancia de la masa activa, sin que ello suponga en modo alguno someter al cónyuge del concursado a la disciplina del concurso. Sin embargo, aquellos actos que no afecten a dicha sustancia (actos conservativos del 1386, por ejemplo), sí podría mantenerse la posibilidad de actuación separada del cónyuge *in bonis*. De análoga manera, lo que se ha considerado excluido para el cónyuge del concursado debe considerarse excluido para éste (o para la administración concursal).

Hasta ahora se han analizado las facultades de actuación individual de los cónyuges desde el punto de vista de la realización de actos de disposición y administración sobre los bienes consorciales. Pero queda por analizar lo que ocurre con las obligaciones contraídas, después de la declaración de concurso, por los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica o en el de su profesión, de las que, de acuerdo con el artículo 1365 del CC, responden directamente los bienes gananciales. Si tales obligaciones son contraídas por el concursado (entiéndase, por éste con la asistencia o aquiescencia de la administración concursal o por ésta directamente), parece claro que las deudas de ellas derivadas tendrán la conside-

ración de créditos contra la masa, con arreglo al artículo 84.9.º de la Ley Concursal. Pero no está tan claro qué sucede cuando las obligaciones son contraídas por el cónyuge *in bonis*. Por un lado, parece difícil justificar su inclusión ante los créditos contra la masa, por la propia literalidad del precepto citado, en la medida en que no han sido contraídas por el concursado, y ello podría llevar a una progresiva minoración de la masa activa en perjuicio de los acreedores concursales por actos de quien no está sometido al control de la administración concursal. Por otro, tampoco parece coherente con la Ley considerar que *se van integrando* en la masa pasiva, por cuanto, una vez determinada en el informe de la administración concursal, se produce su congelación: la lista de acreedores muestra una «foto fija» del pasivo del concurso. Es decir, se incorporan a la masa pasiva los acreedores por créditos consorciales del cónyuge *in bonis* a la fecha de la solicitud de concurso (artículo 94.1 de la Ley Concursal), pero no ya los posteriores. Si esto es así, se produciría el efecto de que, contrayendo el cónyuge del concursado deudas consorciales después de la declaración de concurso, los acreedores no podrían proceder contra los bienes gananciales por cuanto están incluidos en la masa activa del concurso. Pero esto equivale a afirmar la disolución *ex lege* en sentido dinámico o *pro futuro* de la sociedad de gananciales, que es algo que, expresamente no ha querido el legislador. Con todo, y no obstante las dudas que plantea, creo que la solución más adecuada es considerar que estos créditos han de ser calificados como créditos contra la masa, por cuanto, a la vista de lo que se dispone en los artículos 1365 a 1368 del CC, se trata de obligaciones contraídas para la conservación de los gananciales o para la obtención de rendimientos gananciales y que, por tanto, se integrarán en la masa activa (esta sí, dinámica y susceptible de alteraciones en su composición durante la tramitación del concurso). Y si tales obligaciones resultaren perjudiciales para la masa siempre podrá la administración concursal ejercer las acciones establecidas por los artículos 1390 y 1391 del CC.

IV. LA VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

En este apartado procederé al examen de los mecanismos previstos en la legislación concursal para la protección de la vivienda habitual del deudor y su familia, así como los establecidos en otras leyes que, directa o indirectamente, puedan ser de aplicación al supuesto del deudor concursado.

Con carácter previo, parece necesario determinar lo que deba entenderse por vivienda habitual o vivienda familiar. Y no hay, en el específico ámbito del procedimiento concursal, ningún precepto que lo establezca específicamente.

Parece lógico entender que la vivienda habitual es aquella en la que el deudor (y, en su caso, su familia) residen de manera permanente. Una cuestión fáctica e

incidental, por tanto. Y que debe ser apreciada en el momento en el que proceda la aplicación de la norma de protección de que se trate. No parece que el juez deba quedar vinculado por los conceptos que contienen, contenían normas de ámbito específico, como, por ejemplo, el derogado artículo 54 del Reglamento del IRPF, que, a los efectos de la deducción fiscal correspondiente, que, por otra parte, ya dejaba cierto margen de interpretación en función de circunstancias particulares concurrentes. Ni tampoco deberá ser definitiva la declaración que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 21.3 y concordantes de la Ley Hipotecaria, ha de hacerse acerca del carácter de vivienda habitual de la que se hipoteca.

Dicho lo anterior, procedo a examinar el tratamiento que recibe la vivienda habitual del deudor en la Ley Concursal.

1. El **derecho de adjudicación preferente** que corresponde al cónyuge del concursado casado en gananciales que opte por la disolución de la sociedad. Dice el artículo 78.4 LC que *«cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso»*. Traslada este precepto al ámbito concursal la regla de adjudicación preferente que se contiene en el artículo 1406.4.º del CC, pero con un ámbito más amplio, por cuanto en este último precepto sólo se prevé la preferencia para el caso de disolución de la sociedad por muerte de uno de los cónyuges. No se establece, como en el caso de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia, una regla especial de valoración, ni tampoco las condiciones de pago del crédito a cargo del cónyuge adjudicatario. Debe entenderse que será el juez quien, de forma coordinada con lo que resulte del convenio o la liquidación, fije tales extremos.

Se pregunta ARANGUREN URRIZA¹⁶ si este derecho de preferente adjudicación podría extenderse a los matrimonios casados en régimen de separación de bienes a los que la vivienda pertenezca en proindiviso. Se trataría, entiendo, de reconocer al cónyuge del concursado el derecho a instar la división de la cosa común con adjudicación al mismo contra el pago del valor de la mitad que pertenece a su consorte. Llega a una conclusión favorable, acogiendo a la letra de la ley, que habla de vivienda que tuviese carácter ganancial o *«les perteneciese en comunidad conyugal»* y procediere la liquidación del régimen *«o la disolución de la comunidad»*.

¹⁶ ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado, en *Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel*. Aranzadi, 2007.

Esta interpretación podría encontrar apoyo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁷ sobre la especial naturaleza de las copropiedades entre cónyuges sujetos al régimen de separación, cuando entiende que la comunidad de bienes del art. 392 y siguientes del CC no es equiparable a la comunidad sobre un bien en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, pues, en este segundo supuesto, aunque dicho régimen esté basado en la comunidad romana, hay diferencias tales como que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo puede existir entre cónyuges, como la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y la limitación para disponer de la vivienda habitual del matrimonio. Nada de lo cual sucede en la comunidad romana, en la que no hay consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares: los bienes comunes no se sujetan a afectación especial alguna ni sufren singulares limitaciones a su disposición.

2. La **suspensión de la ejecución** judicial o extrajudicial de la garantía real constituida sobre la vivienda habitual mientras se tramita el **acuerdo extrajudicial de pagos** (artículo 235.2 a de la Ley Concursal), suspendiéndose además el devengo de intereses por la deuda (art. 235 3. de la Ley Concursal).
3. La **exoneración de responsabilidad de la vivienda del empresario individual de responsabilidad limitada** (empresador de responsabilidad limitada), que establece la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización en sus artículos 7 y siguientes. Se trata de un privilegio de exoneración de ámbito muy limitado en la práctica, tanto desde el punto de vista de las condiciones del bien (se fija un valor máximo), como sobre todo del pasivo, del que se predica la exoneración (no se produce respecto de deudas no vinculadas con el ejercicio de la actividad ni tributarias o de seguridad social: el problema es que la deuda que gravará la vivienda —la hipoteca— no tendrá, por definición aquel carácter, con lo que la eficacia de la exoneración será muy limitada).
4. El **beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho** en caso de que el concurso termine con la liquidación del patrimonio del deudor. Introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que introdujo el actual artículo 178 bis de la Ley Concursal. No es en realidad un mecanismo de protección de la vivienda habitual

¹⁷ Entre otras, la Resolución de 22 de marzo de 2010 (BOE de 10 de mayo).

en el sentido de que asegure la conservación de la misma por el deudor y su familia, en cualquier régimen, en la medida en que presupone, efectivamente, la ejecución de la garantía real constituida sobre ella. Lo que este mecanismo establece es la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, el deudor quede liberado del pago de la deuda que por razón del crédito hipotecario haya podido quedar pendiente no obstante la realización del bien. Es, pues, una medida de protección del deudor, no de un concreto bien.

5. No parece que pueda aplicarse al deudor concursado la **suspensión del lanzamiento** regulada en la Ley 1/2013, cuando el deudor se halle en situación de especial vulnerabilidad si la ejecución se realiza en el marco de la liquidación del concurso, por cuanto dicha ley se refiere siempre a procedimientos de ejecución hipotecaria. Sí, en cambio, si el acreedor opta por ejercer su derecho a la ejecución separada con arreglo al artículo 56 de la Ley Concursal.

*(Trabajo recibido el 12/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)*

LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS GARANTÍAS REALES Y PERSONALES

ENCARNA CORDERO¹
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El proceso de erosión de la intangibilidad y resistencia concursal de las garantías reales, iniciado con la aprobación de la Ley Concursal, y continuado en sus sucesivas reformas, ha tenido como consecuencia una severa descomposición de las fortalezas tradicionales de estas garantías. El objeto de estas páginas es exponer los principales efectos sobre las garantías derivados del concurso y de otros contextos extraconcursales, en el derecho de realización del activo gravado, en la expectativa de cobro del acreedor garantizado en las fases de convenio y liquidación, así como la incidencia que, en la aplicación del régimen concursal, ha de tener el hecho de que la garantía haya sido prestada por tercero. Mucho menor es la incidencia del concurso sobre las garantías personales. Concluiremos este trabajo con unas breves notas sobre la rescisión concursal de garantías intragrupo y de garantías prestadas en el contexto de operaciones sin racionalidad económica.

Palabras clave: garantías, concurso de acreedores, hipoteca, prenda, procedimientos concursales, ejecución hipotecaria.

THE EFFECTS OF INSOLVENCY PROCEEDINGS ON SECURITY AND PERSONAL GUARANTEES

ENCARNA CORDERO
Civil Law Professor
University of Castilla-La Mancha

ABSTRACT

The erosion of the endurance and intangibility of securities in insolvency proceedings that began with the approval of the Insolvency Act, and continued with its successive

¹ [Orcid.org/0000-0003-1234-3169](https://orcid.org/0000-0003-1234-3169)

reforms, has resulted in a severe breakdown of the traditional strengths of these guarantees. The purpose of this paper is to present the main effects on guarantees in insolvency proceedings, especially in relation to mortgage and pledge foreclosure, the right of the secured creditor to prior payment, as well as the impact of the insolvency regulation when security has been provided by third parties. Lower impact have the insolvency proceedings on personal guarantees. The paper closes with a brief reference to intra-group and unreasonable guarantees termination.

Keywords: security, arrangement with creditors, mortgage, pledge, insolvency proceedings, mortgage foreclosure.

SUMARIO: I. EL DESGASTE DE LAS GARANTÍAS REALES.—II. PARALIZACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES. 1. La regla y sus reformas. 2. Ejecuciones y acciones no afectadas por las reglas de paralización. 3. Ejecuciones sobre bienes necesarios y sobre bienes no necesarios. Ejecuciones sobre la vivienda habitual del deudor que negocia un acuerdo extrajudicial de pagos. Cuestiones procesales. 4. Duración de la suspensión y paralización. 5. Consecuencias de la iniciación o continuación improcedente de la ejecución. 6. Consecuencias de la paralización concursal: sujeción al convenio o a la liquidación concursal. 7. La reanudación de la ejecución. 8. La ejecución sobre activos no necesarios una vez declarado el concurso.—III. EL VALOR DE LA GARANTÍA REAL EN EL CONVENIO Y EN LA LIQUIDACIÓN. 1. Relevancia y ámbito de aplicación del régimen general de valoración de garantías. 2. La regla sobre valoración de garantías reales. 3. El valor de la garantía cuando hay otras garantías concurrentes. 4. El valor de las garantías en proindiviso. 5. El valor de las garantías del mismo rango. 6. La determinación del valor razonable del activo gravado y su actualización. 7. La deducción del 10% del valor razonable. 8. La deducción de deudas preferentes pendientes de cobro.—IV. LAS GARANTÍAS REALES EN EL CONVENIO Y EN LA LIQUIDACIÓN. 1. Las garantías reales en el convenio. 2. Diversidad de situaciones de las garantías reales en la fase de liquidación. 3. La asunción liberatoria del artículo 155.3 LC. 4. Modos de realización del activo gravado. 5. Especialidades de la liquidación de garantías sobre activos integrados en unidades productivas. 6. Liquidación y cancelación de garantías.—V. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA GARANTÍA REAL PRESTADA POR TERCERO. 1. Inexistencia de un específico régimen concursal. 2. La garantía real de tercero en el concurso del deudor. 3. El concurso del garante real por deuda ajena.—VI. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS GARANTÍAS PERSONALES.—VII. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RESCISIÓN CONCURSAL DE GARANTÍAS. 1. La rescisión concursal de garantías intragrupo. 2. La rescisión concursal de sobregarantías y de garantías prestadas en operaciones de financiación irrazonables.

I. EL DESGASTE DE LAS GARANTÍAS REALES

Nunca antes las garantías reales habían experimentado una merma de tal magnitud en las cualidades, facultades y privilegios inherentes a estos instrumentos de seguridad del crédito, tal como habían sido configurados (entre finales del siglo XIX y principios del XX) por la primera Ley Hipotecaria y la legislación de quiebras y suspensión de pagos. De un régimen legal basado en la inmunidad del crédito garantizado a todo tipo de avatares financieros del garante (privilegio de ejecución separada en caso de quiebra o suspensión, sin limitación de la eficacia propia de la garantía²), hemos asistido a un desgaste paulatino de las garantías reales, iniciado con la aprobación de la Ley Concursal (en adelante, LC) y que se ha acelerado con las reformas legales del bienio 2014-2015. En efecto, desde su primera versión, la LC despojó a los acreedores con garantía real de la facultad incondicional que hasta entonces habían disfrutado de ejecutar sus créditos con separación del resto de acreedores del concursado, facultad que fue sujeta a importantes limitaciones y que, además, ha sido objeto de ulteriores recortes en la sucesivas reformas legales. Adicionalmente, la eficacia de las garantías reales ha sido constreñida por el nuevo corsé de la «valoración de créditos privilegiados», una técnica dirigida a rebajar el importe de los créditos garantizados. En las últimas reformas, los acreedores con garantía real han perdido también el privilegio de abstención en el convenio. Y si ya es mala de por sí la situación de un acreedor hipotecario cuando el deudor hipotecante concursa, mucho peor es la posición en que se encuentra el acreedor cuando la hipoteca ha sido prestada por tercero, ya que se trata de una modalidad de garantía cuyas peculiaridades no han sido contempladas en modo alguno por el Legislador y, por tanto, donde existe un intolerable grado de incertidumbre, incompatible con las legítimas aspiraciones de un acreedor garantizado.

La situación de las garantías personales ha sido sensiblemente diferente, pues la regulación concursal de estas garantías se acomoda sustancialmente al Derecho común³. No obstante, tanto las garantías reales como las personales están concernidas por el régimen de rescisión concursal, que ha tenido una particular incidencia en el ámbito de las garantías intragrupo.

² Los aspectos básicos del régimen anterior a la Ley Concursal están expuestos en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, 3.ª ed., 2015, tomo II, pp. 637 y ss.

³ CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed., 2008, p. 49.

II. PARALIZACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES

1. La regla y sus reformas

Probablemente el efecto más llamativo del concurso sobre las garantías reales sea la paralización y suspensión de las facultades ejecutivas específicamente dispuestas a favor de acreedores garantizados, regla introducida en la primera versión de la LC (en su art. 56). Se trata de una limitación muy severa al *ius distrahendi*, tal como esta facultad había sido configurada por la normativa inmediatamente anterior a la Ley Concursal (los arts. 98.1.2.º II y 568 LECiv), conforme a la cual el acreedor con prenda o hipoteca podía ejecutar su garantía con separación del resto de acreedores con independencia de la eventual declaración de quiebra o concurso del deudor⁴.

Desde 2003, las normas sobre paralización y suspensión de acciones ejecutivas hipotecarias han sido objeto de múltiples reformas dirigidas bien a aclarar el sentido de la norma, bien (la mayoría) a ampliar la medida de paralización. Del primer tipo son las sucesivas reformas relativas a los activos afectados por la paralización. Se puede afirmar que este importante extremo no fue aclarado por el legislador hasta 2014. Y es que, en su versión inicial, el artículo 56 LC no acertaba a precisar si el juego literario entre los términos «bien afecto» y «bien necesario» era o no acumulativo, lo que tampoco resolvió la reforma del precepto hecha por la Ley 38/2011. La redacción actual de la norma (fruto del RD-L 4/2014 y la Ley 17/2014) ha despejado estas dudas, al determinar la paralización de ejecuciones sobre bienes del concursado «necesarios» para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. También es una norma aclaratoria del régimen aplicable la que dispone que compete al juez del concurso —y, por tanto, no al juez o al notario encargado de la ejecución— declarar la condición de necesarios o no de los bienes afectos a gravamen (art. 56.2 LC, redactado por el RD-L 4/2014 y la Ley 17/2014).

Pero la mayoría de las reformas del régimen de paralización de ejecuciones no han estado dirigidas a perfilar y aclarar el régimen aplicable, sino a limitar todavía más el *ius distrahendi* del acreedor garantizado. Así, la reforma realizada mediante la Ley 38/2011 amplió la medida de paralización a las garantías sobre buques y aeronaves (inicialmente inmunes a la regla del art. 56, cfr. el art. 76.3 en su versión inicial), que pasaron a estar sujetas a las normas sobre paralización y suspensión cuando la ejecución no se hubiera iniciado antes del transcurso de un año desde la declaración de concurso (art. 76.3.II LC). Además, la Ley 38/2011 extendió la regla inicial del art. 56 LC y determinó la paralización de las ejecu-

⁴ Referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, pp. 637 y ss.

ciones aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del activo gravado. En 2014 (RDL 4/2014 y Ley 17/2014) se amplía el ámbito de aplicación de la medida de paralización de ejecuciones a dos escenarios extraconcursoales: la constancia judicial del inicio de negociaciones entre el deudor y sus acreedores (art. 5 bis LC), la admisión a trámite de la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación alcanzado (conforme a la disposición adicional cuarta.5 II LC)⁵. Y en 2015 (RD-L 1/2015, Ley 25/2015) la regla de paralización de ejecuciones se amplía nuevamente para comprender el inicio del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos (que en su origen, en 2013, no determinaba la paralización de garantías reales) y, además, para extender el ámbito objetivo de esta medida de paralización, que en este caso también comprende las garantías que tengan por objeto la vivienda habitual del deudor [art. 235.2 a) LC].

2. Ejecuciones y acciones no afectadas por las reglas de paralización

El artículo 56.1 LC paraliza «*la ejecución o realización forzosa de la garantía*», que son también las actuaciones que se suspenden en el artículo 56.2 LC. La doctrina⁶ considera que la suspensión y paralización alcanza a los procedimientos de ejecución forzosa específicamente previstos para la ejecución de garantías, mientras que la suerte del resto de procedimientos (el declarativo y la ejecución ordinaria) queda sujeta al régimen del artículo 55 LC, no al del 56 LC. De este modo, en el caso de la prenda y la hipoteca, se suspende y paraliza el procedimiento judicial previsto en los artículos 681 y siguientes de la LECiv y la venta extrajudicial notarial (art. 129 LH).

Asimismo, han de considerarse afectados por las medidas de paralización y suspensión todos los actos y requerimientos procedimentales previos hechos al deudor para que pague o desampare que precedan al procedimiento de ejecución, aunque no el requerimiento extrajudicial de pago, que no es una medida ejecutiva. Tampoco están afectadas por la paralización que ordena el artículo 56 LC (o el art. 55 LC) otras facultades del acreedor garantizado que no constituyen ejecución, por no suponer el ejercicio de la facultad de realizar el valor del activo gravado, como sucede con la acción de devastación, con la administración y posesión interina del activo gravado, con el ejercicio de derechos sociales en la prenda de acciones o participaciones, etc.⁷

⁵ Cfr. SENÉS, C.: «Suspensión de ejecuciones en el marco de las negociaciones con los acreedores», en DÍAZ MORENO, A. y LEÓN SANZ, F. (directores), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, 2015, p. 85.

⁶ CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 110.

⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 97; SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 56», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por A. Rojo y E. Beltrán, 2004, tomo I, pp. 1060 y 1061.

Por otra parte, ya hemos indicado que la paralización no alcanza a las ejecuciones forzosas sobre buques y aeronaves que se inicien antes de que transcurra un año desde la declaración de concurso (art. 76.3.II LC). Además, no se paraliza la ejecución de garantías financieras (cfr. art. 15.4 del RD-L 5/2005)⁸, ni tampoco debería impedirse ni suspenderse la ejecución de prendas de créditos, aunque es un asunto discutido en los Tribunales⁹.

3. Ejecuciones sobre bienes necesarios y sobre bienes no necesarios. Ejecuciones sobre la vivienda habitual del deudor que negocia un acuerdo extrajudicial de pagos. Cuestiones procesales

En su redacción actual (fruto del RD-L 4/2014 y la Ley 17/2014), y superadas las imprecisiones terminológicas y errores de expresión de las versiones anteriores¹⁰, el artículo 56 prohíbe el inicio de ejecuciones sobre bienes del concursado necesarios para la continuidad de su actividad profesional y empresarial, así como (en su núm. 2) suspende las actuaciones ejecutivas ya iniciadas sobre activos que tengan las mismas características. Similar ámbito objetivo tiene la suspensión de ejecuciones derivada del inicio de negociaciones entre el deudor y sus acreedores (art. 5 bis LC), de la admisión a trámite de la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación (disposición adicional cuarta.5 II LC) y el inicio del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos [art. 235.2 a) LC]. Este último, además, comporta la paralización de las ejecuciones sobre la vivienda del deudor.

Las sucesivas reformas legales han aclarado a qué autoridad compete la determinación de la cualidad de necesarios o no de los activos gravados una vez aclarado el concurso (en el art. 56 LC). Si en un primer momento el silencio del artículo 56 LC propició opiniones y resoluciones que atribuían al juez o al notario de la ejecución la competencia para decidir el carácter de los bienes gravados, la reforma realizada mediante la Ley 38/2011 atribuyó esta decisión al juez del concurso (art. 56.5 LC).

Aunque el artículo 56.5 LC atribuye al juez del concurso la competencia para decidir la cualidad de necesario (o no) del activo gravado, la norma silencia quién

⁸ Pero v. SSTs de 17 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 292508) y 18 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5496) y las conclusiones de los jueces de lo Mercantil de Madrid sobre la intangibilidad concursal de las garantías financieras del RD-L 5/2005, plasmadas ya en algunos pronunciamientos, por ejemplo, AJMerc núm. 7 de Madrid de 12 febrero 2015 (JUR 2015, 61324).

⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, p. 283 y CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 104.

¹⁰ Sobre el complejo juego de las expresiones «bien afecto» y «bien necesario» en el primer artículo 56 LC, v. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pp. 99 y ss.

es la autoridad competente para ordenar la suspensión de la ejecución ya iniciada. El criterio adoptado por el Tribunal Supremo¹¹ es que la competencia para acordar la suspensión de la ejecución singular de garantías reales sobre bienes del concursado corresponde al juez civil que conoce del correspondiente proceso de ejecución. A falta de previsión legal sobre este asunto, el criterio expuesto es el único congruente con las reglas competenciales relacionadas con la competencia para adoptar decisiones que afecten a la eficacia de los actos procesales emanados por otros órganos jurisdiccionales, en las que únicamente en vía de recurso cabe que un órgano jurisdiccional suspenda o paralice los efectos de la resolución dictada por otro órgano judicial¹².

Aplicadas las consideraciones anteriores a las ejecuciones notariales sobre activos necesarios, habrá que concluir que, una vez declarado el concurso, también será el notario quien deberá suspender las actuaciones.

En los escenarios extraconcursales la regulación es dispar. El artículo 5 bis LC, el precepto atribuye la competencia para suspender la ejecución al juez (habrá que entender que también al notario) que esté conociendo de la ejecución, una vez reciba la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. En el caso del artículo 235.2 a) LC habrá que concluir que, a falta de una determinación legal específica, la competencia corresponde también al juez (o al notario) de la ejecución. En cuanto a la solicitud de homologación de acuerdos de refinanciación, la competencia viene atribuida al juez que conozca de la homologación, esto es, el juez mercantil que sería competente para declarar el concurso (disposición adicional cuarta.5 de la LC).

4. Duración de la suspensión y paralización

De acuerdo con el artículo 56 LC, desde que la declaración de concurso conste en el procedimiento de ejecución que corresponda (no basta, pues, la mera declaración de concurso ni su constancia en el Registro Público Concursal), quedará suspendida la ejecución de garantías reales hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a la ejecución (afección que debe resultar del propio convenio, sin que se requiera resolución judicial en este sentido¹³) o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación¹⁴. También habrán de reanudarse las ejecuciones cuando ha con-

¹¹ STS de 4 de junio de 2013.

¹² Cfr. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, pp. 652 ss.

¹³ Cfr. RDGRN 4 de abril de 2016 (RJ 2016, 2985).

¹⁴ Sobre todo ello, v. CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 113.

cluido el concurso y se ha extinguido la sociedad concursada sin que la garantía haya sido cancelada¹⁵.

Distintos son los plazos en los escenarios de negociación en los que se paralizan las ejecuciones: el inicio de las negociaciones de los artículos 5 bis y 235 LC paraliza las ejecuciones al menos tres meses. Más delicado es determinar qué sucede con las garantías canceladas en un acuerdo de refinanciación homologado que es incumplido. La disposición adicional 4ª.11 de la LC establece que la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado permite a los acreedores ejecutar sus garantías, sin que la norma determine a qué garantías se refiere ni, en su caso, cómo «renacerían» las garantías canceladas.

5. Consecuencias de la iniciación o continuación improcedente de la ejecución

No determina la LC qué consecuencias tiene el inicio o continuidad de la ejecución de garantía que tenga por objeto activos necesarios. En su versión inicial, el artículo 55.3 LC disponía que la realización improcedente de nuevas ejecuciones determinaba la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que se practicaran infringiendo la prohibición legal. Aunque esta regla fue suprimida mediante la Ley 38/2011, consideramos que la consecuencia derivada de la infracción del mandato legal de suspensión y paralización, tanto en el ámbito del artículo 55 LC, como en el del artículo 56 LC, no puede ser otra que la nulidad de actuaciones, por carecer el juez de la ejecución de competencia (cfr. art. 225.1.º LECiv). Ahora bien, como la nulidad de pleno derecho de actos procesales no se produce *ipso iure*, sino que ha de ser judicialmente declarada (cfr. art. 227 LECiv), ¿a quién corresponde acordar la nulidad? No está habilitado para hacerlo el juez del concurso, de modo que habrá que considerar que la nulidad tendrá que ser acordada por el propio juez de la ejecución (art. 227.2 LECiv) o por los órganos que resuelvan los recursos correspondientes (art. 227.1 LECiv). En el caso de la ejecución notarial, la nulidad de las actuaciones deberá ser declarada por el juez civil.

Y si no se ha decretado la nulidad del acto procesal ejecutivo, ¿tiene algún efecto la constancia registral de la cualidad de bien necesario de los activos gravados? ¿Comporta el cierre registral a los subsiguientes actos procesales relacionados con la ejecución de la garantía? ¿Puede el registrador denegar la expedición de certificación de dominio y cargas o el acto de la adjudicación decretada en el procedimiento de ejecución? Estas cuestiones han sido decididas por diversas sentencias del Tribunal Supremo en el sentido siguiente: el Tribunal considera que la constancia registral de la condición de bienes necesarios de los activos sobre

¹⁵ Cfr. RDGRN 27 de junio de 2016 (RJ 2016, 4024).

los que versa la ejecución constituye un impedimento a la expedición de la certificación de cargas que deriva del propio Registro¹⁶, de modo que aunque el registrador no es competente para revisar decisiones judiciales, sin embargo, no puede expedir la certificación de dominio y cargas o acceder a la inscripción del auto de adjudicación solicitado cuando ello sea incompatible con los asientos registrales (cfr. arts. 18 LH y 100 RH)¹⁷. Estima el Tribunal que esta decisión no comporta privar al derecho de hipoteca de su cualidad de derecho real y su carácter privilegiado sobre los activos gravados¹⁸, no entraña vulneración del artículo 134 ni de las reglas de transmisión del dominio¹⁹, ni finalmente tampoco está en contradicción con el régimen taxativo de causas de suspensión de la ejecución hipotecaria²⁰. En definitiva, la constancia registral de la cualidad de necesarios de los activos gravados cierra el acceso al Registro de documentos judiciales y, entendemos, también notariales, relativos a una ejecución de garantías que no podía iniciarse o continuar de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 LC, sin que para ello sea necesario que se haya decretado la nulidad de los actos judiciales ni, suponemos, extrajudiciales dictados con infracción del mandato de paralización.

6. Consecuencias de la paralización concursal: sujeción al convenio o a la liquidación concursal

El hecho de que las garantías reales no puedan ejecutarse tiene diversos significados en función del escenario en que procediera la medida de suspensión y paralización.

La paralización derivada de la declaración del concurso (establecida en el art. 56 LC) tiene como consecuencia la sujeción al concurso, en todas sus fases (convenio y liquidación), donde, como después exponemos, la consistencia de la garantía real se verá afectada por el régimen excepcional de la liquidación concursal (nueva valoración, cambio de deudor, pérdidas asociadas a la liquidación, régimen de venta de unidad productiva, etc.) y, desde luego, por el retraso en el cobro asociado a la terminación de las operaciones liquidatorias. Todo ello salvo que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a la ejecución o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, momentos ambos en que cesan los efectos paralizadores del concurso y, por tanto, el acreedor puede iniciar la ejecución sin verse afectado por las reglas sobre liquidación, ni siquiera, entendemos, por las reglas sobre valoración de garantías a las que luego nos referimos, pues si hay ejecución singular, el acreedor tiene derecho a apropiarse de todo el valor de realización de la cosa

¹⁶ STS de 28 de junio de 2013.

¹⁷ STS de 13 de noviembre de 2013.

¹⁸ SSTs de 28 de junio de 2013 y de 13 de noviembre de 2013.

¹⁹ SSTs de 4 de junio de 2013 y de 13 de noviembre de 2013.

²⁰ STS de 13 de noviembre de 2013 y de 13 de noviembre de 2013.

gravada, o a adjudicarse la cosa misma por los valores de adjudicación establecidos en el procedimiento de ejecución.

En cuanto a la paralización de ejecuciones que proceda tras el inicio de negociaciones del deudor con sus acreedores (arts. 5 bis y 235.5 LC), en principio, salvo que en el ínterin sea declarado el concurso, la suspensión de facultades ejecutivas no determina una mutación del régimen aplicable a la garantía cuyas facultades ejecutivas se hallan paralizadas, que tendría que ser consentida por el acreedor garantizado. En cuanto a la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación que determine una paralización de las facultades ejecutivas, el nuevo régimen aplicable al crédito y a la garantía vendrá determinado por el propio acuerdo de refinanciación que, como es sabido, es vinculante para los acreedores garantizados si se obtienen las mayorías exigidas en la disposición adicional 4.^a de la LC.

7. La reanudación de la ejecución

Finalmente, una vez transcurridos los plazos de paralización (o, tal vez, resuelto por incumplimiento el acuerdo de refinanciación homologado), la suerte de las acciones ejecutivas es distinta en cada supuesto y circunstancia:

- a) Acciones ejecutivas instadas antes de la declaración de concurso que fueron suspendidas conforme al artículo 56 LC o que fueron iniciadas antes de que se abriera la fase de liquidación: se reanudan ante el propio juez concursal, quien, de estimarlas procedentes, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda y sin que las actuaciones puedan ser suspendidas por razón del concurso (art. 57 LC).
- b) Acciones ejecutivas no ejercidas antes de la declaración de concurso ni antes de la apertura de la fase de liquidación: se someten a la jurisdicción del concurso, pero no se tramitan por pieza separada, sino que quedan sometidas a la liquidación (art. 57 LC). Lo cierto es que no hay propiamente acción ejecutiva, pues el acreedor no tiene el derecho a realizar la cosa, sino que la garantía queda sujeta a la liquidación colectiva, con la preferencia, valor de la garantía y procedimiento y medio de liquidación que corresponda.
- c) Acciones ejecutivas suspendidas como consecuencia de la negociación del deudor con sus acreedores (arts. 5 bis y 235.5 LC): salvo que se haya declarado el concurso, o el acreedor haya consentido otra cosa, los procedimientos ejecutivos singulares de las garantías reales se reanudan en el estado en que se encontraban, o se inician, en ambos casos ante el

juez civil (o, en su caso, el notario) competente para conocer de la ejecución.

- d) Tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado, la suerte de las acciones ejecutivas suspendidas o paralizadas tras la solicitud de homologación depende de la interpretación que deba darse al tortuoso núm. 11 de la disposición adicional 4.^a de la LC.

8. La ejecución sobre activos no necesarios una vez declarado el concurso

Hasta ahora hemos expuesto el régimen de las acciones ejecutivas sobre activos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado o del deudor que negocia con sus acreedores o que ha alcanzado un acuerdo de refinanciación cuya homologación se solicita. Hemos indicado que la suspensión y paralización que ordenan determinadas disposiciones (arts. 5 bis, 56, 235.5 y disposición adicional 4.^a de la LC) no afecta a las acciones ejecutivas sobre activos no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, con la única excepción de la vivienda habitual, que también está afectada por la paralización cuando se comunica el inicio del procedimiento dirigido a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Queda por determinar a qué régimen están sujetas las acciones ejecutivas sobre el resto de activos.

Aunque la Ley Concursal no contiene una regla especial para estas ejecuciones, de la competencia universal del juez del concurso que se deduce de los artículos 86 ter.2.3.º LOPJ, 8.2.º y 57.1 LC cabe inferir que la competencia para su conocimiento corresponde al juez del concurso.

Una vez declarado el concurso, la ejecución sobre activos no necesarios no podrá iniciarse ni continuar hasta que no se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Una vez que conste su cualidad de no necesarios, el juez del concurso tramitará la ejecución de bienes no necesarios en pieza separada, entendemos que con arreglo a las actuaciones propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. El límite temporal para la eficacia del *ius distrahendi* propio de los acreedores garantizados viene determinado por el artículo 57.3 LC, pues, igual que sucede con las garantías reales sobre activos necesarios, las garantías cuya ejecución no se haya iniciado antes de la apertura de la fase de liquidación, no podrán realizarse en ejecución individual y quedarán sujetas a la liquidación concursal.

III. EL VALOR DE LA GARANTÍA REAL EN EL CONVENIO Y EN LA LIQUIDACIÓN

1. Relevancia y ámbito de aplicación del régimen general de valoración de garantías

El RD-L 11/2014 dispuso un régimen de valoración de garantías reales que no es de aplicación solo en los acuerdos de refinanciación (como sucedía con la reforma que el RD-L 4/2014 introdujo en la disposición adicional 4.^a LC), sino que tiene una vocación de general aplicación a todas las operaciones concursales en las que estén implicadas garantías reales, ámbito este último que resulta de la incardinación de las reglas en el artículo 94.5 LC en sede de clasificación de créditos. Aunque el precepto no es lo suficientemente expresivo al respecto, interesa precisar desde este momento que estas reglas de valoración de garantías no se aplican cuando los activos gravados son líquidos (como la norma prevé expresamente para las garantías sobre efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo), si bien en estos últimos casos el acreedor ha de soportar una pérdida de valor del 10% del producto de la venta (¡también de las garantías sobre efectivo!), como una especie de comisión por realización del activo.

Además, el artículo 94.5 LC tampoco se aplica cuando existe un efectivo valor en cambio del activo gravado, sea por haber sido el mismo realizado en un procedimiento de ejecución forzosa singular²¹, o bien por haber sido enajenado en el seno del procedimiento de liquidación (enajenación liquidatoria). Y es que hay una diferencia esencial entre el valor de la garantía a efectos del convenio o de los acuerdos de refinanciación y el valor de la garantía a efectos de ejecución singular o de liquidación. Porque en estas ha sido el mercado, no la sociedad de tasación o el experto, el que ha dado valor a la garantía, por lo que el producto de la ejecución que exceda el valor abstracto de la garantía no es «remanente» para la masa, sino producto cubierto por la garantía. En definitiva, el acreedor siempre tiene derecho al cobro preferente sobre todo el valor de enajenación del activo, aunque este sea superior al valor razonable de su garantía, y podrá apropiarse de todo el valor en cambio de la cosa gravada que, como decimos, es precisamente lo que significa ser titular de un derecho de garantía real. En consonancia con ello, tras las últimas reformas, el nuevo artículo 155.5 LC dispone que en los supuestos de realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda la «deuda originaria», correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa del concurso.

²¹ Cfr. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, pp. 640 y 641.

Analizamos a continuación los escenarios en los que la garantía es relevante:

- a) Antes de la declaración de concurso: las reglas de valoración no limitan la expectativa de cobro del acreedor que inicie o continúe una ejecución singular, ni siquiera una vez haya cesado, en su caso, la paralización de ejecuciones por inicio de negociaciones. Ahora bien, las reglas de valoración de la disposición adicional 4.^a sí son relevantes en los acuerdos de refinanciación celebrados antes de la declaración de concurso que pretendan estar al abrigo de la rescisión concursal conforme al artículo 71 bis LC.
- b) Ejecuciones singulares tras la declaración de concurso: en las ejecuciones sobre activos no necesarios o sobre activos necesarios una vez transcurridos los plazos de paralización de ejecuciones del artículo 56 LC, el acreedor ejecutante puede apropiarse de todo el valor de realización de la cosa, aunque sea superior al valor objetivo de la garantía calculado conforme al artículo 94.5 LC y, por tanto, sin que proceda deducción alguna del 10%.
- c) Pago de créditos con cargo a la masa y sin realización del bien afecto (art. 155.2 LC): puesto que no hay realización del activo, el valor de la garantía (y, como consecuencia, el crédito privilegiado del acreedor por razón de la misma) queda limitado al valor de la garantía determinado conforme al artículo 94.5 LC. Todo ello salvo que la administración concursal incumpla la obligación de pago al acreedor, caso en que los mismos habrán de realizarse y el acreedor gozará de preferencia sobre todo el valor de realización en la medida de su crédito originario que reste impagado (art. 155.5 LC).
- d) Venta directa o subasta del activo gravado con subsistencia del gravamen (art. 155.3 LC): pese a la realización del bien, la subsistencia de la garantía impide que el acreedor se apropie del valor de enajenación, si bien, entendemos, el tercero se subroga en la deuda originaria que reste impagada, aunque sea superior al valor que correspondería a la garantía en el momento de la adquisición del tercero.
- e) Venta directa sin subsistencia del gravamen (art. 155.3 LC): la norma remite al núm. 5 del precepto, conforme al cual el acreedor tiene derecho a todo el valor de realización del activo, aunque sea superior al valor de la garantía conforme al artículo 94.5 LC.
- f) Venta de unidad productiva con un activo gravado (arts. 149.1.1.^a y 149.2 LC): si el activo gravado es la unidad productiva en su conjunto (hipoteca

de establecimiento mercantil), entonces el acreedor se apropia del total valor de realización (art. 155.5 LC). Ahora bien, si el activo gravado forma parte de una unidad productiva, si el adquirente de la unidad productiva no se subroga en las garantías reales, el acreedor garantizado tendrá derecho al cobro en la medida determinada por el artículo 94.5 LC. Y si la parte proporcional del valor de enajenación del conjunto que le corresponda no supera el valor abstracto de la garantía, la enajenación —que deberá ser consentida por el 75% de los acreedores garantizados afectados— comportará la extinción de privilegio especial sobre el activo enajenado dentro del conjunto y el derecho a ser reconocido con la calificación que corresponda en el concurso.

2. La regla sobre valoración de garantías reales

En el convenio y en la liquidación del activo gravado (que la LC denomina ejecución colectiva), las garantías reales son valoradas descontando a su valor razonable (calculado conforme al art. 94.5 LC) el 10% de ese valor, así como las deudas pendientes de cumplimiento que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, con el límite del valor del crédito privilegiado y/o la cifra máxima de responsabilidad garantizada que se hubiera establecido. Dos son, pues, los valores que hay que distinguir: por un lado, el valor razonable del activo gravado, que es la base de cálculo de segundo concepto relevante, el valor de la garantía.

3. El valor de la garantía cuando hay otras garantías concurrentes

De acuerdo con lo establecido en el artículo 94.5.V LC, cuando el crédito está asegurado con diversas garantías reales (por ejemplo, prenda e hipoteca pactadas de modo solidario, en garantía de la totalidad del crédito), la fórmula de cálculo del valor establecida en el párrafo I del art. 94.5 LC se sumará sobre cada uno de los bienes gravados *«sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor garantizado»*. Por las razones que he expuesto con mayor amplitud en otro lugar²², el sentido correcto de la norma no es que el acreedor plurigarantizado deba ver reducido ni prorrateado el crédito garantizado entre las varias garantías concurrentes, tampoco significa que deba renunciar a ninguna de las garantías solidarias.

²² CORDERO LOBATO, E.: «El valor de la garantía en el concurso (adaptado a la reforma introducida por la Ley 19/2015)», en *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, 2015, pp. 269 y ss.

4. El valor de las garantías en proindiviso

Conforme al artículo 94.5, al final LC, cuando existe una cotitularidad sobre el crédito, el valor de la garantía real accesoria ha de prorratearse entre los acreedores en función de su participación en el proindiviso.

Esta regla ha de ser aplicada a toda suerte de cotitularidad sobre el crédito, sea parciaria, mancomunada o solidaria. En particular, en este (raro) último caso considero que no puede reconocerse a cada acreedor solidario un valor de garantía por el importe total del crédito solidario, pues esta decisión conduciría a una multiplicación de valores que sería incoherente con las reglas establecidas en el artículo 94.5 LC. Lo razonable es considerar que cada acreedor solidario únicamente puede computar en su haber como valor de garantía la parte proporcional (con los descuentos procedentes) que le corresponda en la relación interna con los demás acreedores solidarios.

5. El valor de las garantías del mismo rango

La LC no contempla reglas específicas sobre el valor que ha de darse a garantías concurrentes del mismo rango sobre el activo gravado. Pese a lo previsto en el artículo 227 RH, una valoración autónoma por la cifra total garantizada por cada garantía no parece congruente con el artículo 94.5 LC, pues el efecto de esta opción sería multiplicar el valor de los créditos garantizados más allá de las posibilidades de cobro con ejecución efectiva del activo gravado. Tampoco parece razonable concluir que en la valoración de cada garantía deban deducirse las cargas del mismo rango. La alternativa correcta consiste en aplicar analógicamente la regla establecida para las garantías en proindiviso: las garantías concurrentes del mismo rango habrán de ser valoradas prorrateadamente, en proporción al importe respectivo de cada uno de los créditos, como si entre ellos existiera una garantía proindiviso²³.

6. La determinación del valor razonable del activo gravado y su actualización

El valor razonable del activo, menos el 10% de este valor, constituye el valor de la garantía en el concurso. De acuerdo con lo establecido en el artículo 94.5.II LC, el valor razonable se determina del siguiente modo:

- a) Valores cotizables en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o instrumentos del mercado financiero: su valor razonable es «el

²³ Más detalles en CORDERO LOBATO, E.: «El valor de la garantía en el concurso (adaptado a la reforma introducida por la Ley 19/2015)», cit., pp. 275 y 276.

precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate» [art. 94.5.II a) LCon]. Por tanto, el valor razonable que ha de tomarse en consideración no es el que tenga el activo en el mercado en el momento relevante (acuerdo de refinanciación, convenio, liquidación), sino el valor ponderado en el último trimestre. Esta determinación de valor por referencia a factores ponderados, y sobre todo la propia delimitación temporal de estos factores, nos parece absurda y arbitraria cuando acaso la ejecución colectiva tardará uno o dos años.

- b) Inmuebles: si valor razonable es el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. Este informe no es necesario cuando el valor haya sido determinado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Si el activo gravado son viviendas terminadas, el informe indicado podrá sustituirse por una valoración actualizada siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración. La regla se completa con las previsiones contenidas en párrafo siguiente: en el supuesto de no disponerse de información sobre la variación en el valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación, o si no se considerase representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el Instituto Nacional de Estadística para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de tres años.
- c) Resto de bienes: el valor razonable será el resultante de informe emitido por experto independiente (que habrá de ser designado por el Registro Mercantil en las condiciones establecidas en el art. 71 bis 4 de la LCon), de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para estos bienes. Se especifica que este informe no será necesario cuando dicho valor haya sido determinado por experto independiente dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la declara-

ción de concurso, ni tampoco cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.

El coste del informe se liquidará con cargo a la masa y será deducido de la retribución de la administración concursal, salvo que el acreedor afectado solicite un informe de valoración contradictorio, que deberá emitirse a su costa, y también cuando el acreedor invoque nuevas circunstancias que hagan necesaria una nueva valoración.

Finalmente, si acaecen nuevas circunstancias que pudieran afectar «significativamente» el valor razonable de los activos, deberá aportarse un nuevo informe. En garantías sobre instrumentos financieros, cabe lamentar que la norma no haya previsto un recálculo de su valor cualquiera que fuera la entidad de la alteración y, por tanto, aunque la misma no fuera significativa.

7. La deducción del 10% del valor razonable

Conforme al artículo 94.5 LC, determinado el valor razonable del activo gravado, han de deducirse, por un lado, las cargas preferentes y, en segundo lugar, el 10% del valor razonable establecido. En la exposición de motivos del RD-L 11/2014 esta deducción se justifica en los costes y dilaciones que entrañaría la ejecución singular del activo gravado. Pero hay que criticar que esta deducción se establece de modo incondicional para toda clase de garantía, también para aquellas que tienen por objeto activos líquidos (efectivo, cuentas corrientes, créditos), cuya ejecución singular no entrañaría costes procesales (y, por cierto, la cantidad reservada para costas suele ser inferior al 10% del valor de tasación) y, además, sin que en ningún caso el acreedor pueda pretender recuperar parte de ese porcentaje si demuestra que la ejecución de su garantía comporta costes inferiores. Por tanto, más parece un tributo que una deducción de costes procesales previsibles.

8. La deducción de deudas preferentes pendientes de cobro

El artículo 94.5 LC ordena que del valor razonable se deduzcan también las «deudas pendientes» en el momento en que deba efectuarse la valoración de la garantía. Por tanto, no ha de deducirse la total responsabilidad hipotecaria o pignoratícia establecida en la garantía preferente, sino solo en la medida de la deuda pendiente garantizada. Además, solo se deduce el valor de las cargas que aseguran créditos, no de cargas de cualquier otra naturaleza (por ejemplo, servidumbres). Adicionalmente, cuando la valoración se haga en el contexto de un convenio o liquidación, las deudas pendientes que se descuenten han de «gozar de garantía preferente» sobre el activo en el concurso, lo que no sucede con algunas cargas

que solo tienen eficacia extraconcursal (sin perjuicio de que estas cargas sí deben ser tomadas en consideración a la hora de valorar la garantía en el contexto de un acuerdo de refinanciación), tampoco con los créditos que solo cuentan con privilegios generales, ni, finalmente, con algunos privilegios especiales que no constituyen «garantías» en sentido propio (como sucede, por ejemplo, con el privilegio salarial refaccionario, arts. 90.1.3.º y 90.2 LC). Además, como solo pueden deducirse las «deudas pendientes», no cabe deducir créditos futuros o sujetos a condición suspensiva. Consideramos, además, que estas deudas pendientes han de ser valoradas conforme a las reglas establecidas en el artículo 94.5 LC, pues así serán garantías que gocen de preferencia en el concurso.

IV. LAS GARANTÍAS REALES EN EL CONVENIO Y EN LA LIQUIDACIÓN²⁴

1. Las garantías reales en el convenio

Como señalamos al inicio de este trabajo, uno de los últimos privilegios que han perdido los acreedores con garantía real es la inoponibilidad del convenio. En efecto, desde el RD-L 11/2014 y la Ley 9/2015 los acreedores garantizados quedan vinculados al convenio no solo cuando han votado a favor de la propuesta o se han adherido a la misma, sino también cuando concurren las mayorías establecidas en el artículo 134.3 y, además, se reúnen las mayorías determinadas en el artículo 124.1 LC (cfr. art. 124.3 LC)²⁵.

2. Diversidad de situaciones de las garantías reales en la fase de liquidación

El régimen de enajenación de activos gravados una vez abierta la fase de liquidación plantea muchas incertidumbres que no han sido debidamente abordadas por el legislador, tampoco en las últimas reformas. Son diversas las situaciones en que pueden hallarse las garantías reales una vez abierta la fase de liquidación:

- a) Ejecuciones singulares en curso sobre bienes no necesarios: si el activo gravado no era necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, el acreedor pudo iniciar la ejecución con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación. En esta situación, la ejecución singular que se esté desarrollando bajo la competencia del juez

²⁴ Un tratamiento más extenso de esta materia en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, pp. 659 y ss.

²⁵ Cfr. DÍAZ MORENO, A.: «La reforma del régimen del convenio: mayorías y quórum», en *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, 2015, pp. 254 y 255.

del concurso no resulta afectada por las operaciones de liquidación, tampoco por las reglas de valoración del artículo 94.5 LC.

- b) Garantías sobre bienes no necesarios cuya ejecución no se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso: conforme al artículo 57.3 LC, ya no cabrá ejecución separada y el derecho acreedor queda sujeto a las operaciones de liquidación.
- c) Garantías sobre bienes necesarios no iniciadas antes de la declaración de concurso: quedan igualmente sujetas al procedimiento colectivo de liquidación, sin posibilidad de ejecución separada (art. 57.3 LC).
- d) Garantías sobre bienes necesarios iniciadas antes de la declaración de concurso que se reanudan cuando termina la paralización de ejecuciones: la ejecución se reanuda, acumulándose a la liquidación colectiva en pieza separada (art. 57.3 LC).

3. La asunción liberatoria del artículo 155.3 LC

Conforme al artículo 153.3 LC, cuando haya de procederse a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa activa. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Se trata de una norma singular, pues la misma viene a significar que el producto de la venta del activo gravado no se destina a pagar al acreedor con privilegio especial. Existen distintas interpretaciones sobre esta disposición: por un lado, se ha afirmado que la misma permite que el deudor sea sustituido sin consentimiento del acreedor²⁶, pero también se ha sostenido que la sustitución de deudores requeriría consentimiento del acreedor (cfr. arts. 1205 CC y 118 LH), que es la posición de la DGRN²⁷.

4. Modos de realización del activo gravado

El artículo 155.4 LC dispone la forma en que ha de procederse a la realización de activos gravados, reglas que son de aplicación a todas las fases del concurso y,

²⁶ Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, p. 667.

²⁷ Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, p. 668.

entre ellas, a la de liquidación. Aunque en su versión inicial la Ley Concursal no era concluyente al respecto, la redacción actual del artículo 148.5 LC permite concluir que los derechos reconocidos al acreedor garantizado en el artículo 155.4 LC no pueden ser desconocidos en el plan de liquidación que, en su caso, se presente al juez del concurso, plan que, en lo referente a los activos gravados, habrá de ajustarse a las limitaciones establecidas en el artículo 155.4 LC.

Conforme a este precepto, como regla general, la realización de los activos gravados se hará en subasta, salvo que, previa solicitud de la administración concursal o del acreedor garantizado dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente habrá de satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiere pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor garantizado acepten expresamente un precio inferior, siempre que dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado, según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

5. Especialidades de la liquidación de garantías sobre activos integrados en unidades productivas

Las reglas concursales específicas sobre enajenación de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas muestran una clara preferencia del legislador por la conservación de tales unidades, que se enajenarán como un todo. De este modo, el legislador sacrifica el interés del acreedor garantizado, quien, a pesar de ostentar un crédito con preferencia absoluta sobre el activo singular, es postergado al interés del concurso (y tal vez de la sociedad en su conjunto) consistente en el mantenimiento de las unidades productivas del concursado²⁸.

Pese al silencio de la Ley Concursal, los artículos 148 y 149 LC han de ser interpretados en consonancia con el artículo 57 LC, de modo que hay que concluir que la unidad productiva no podrá ser objeto de liquidación unitaria cuando contenga activos sujetos a garantía real que esté siendo o deban ser objeto de ejecución en pieza separada. En caso contrario, la liquidación de la unidad productiva podrá comportar la cancelación de las cargas anteriores, salvo que la unidad se haya transmitido con subsistencia del gravamen (art. 149.5 LC).

²⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 347.

La Ley Concursal determina cómo ha de procederse a la liquidación de unidades productivas cuando las mismas están compuestas en todo o en parte por activos sujetos a garantía real:

- a) Si el activo gravado es la unidad productiva como conjunto (hipoteca de establecimiento mercantil), la realización se efectuará conforme a lo establecido en el artículo 155.4 LC antes expuesto (art. 149.2 LC).
- b) Si el activo gravado forma parte de la unidad productiva, se aplicarán en todo caso las siguientes reglas (art. 149.2 LC):
 - Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto al valor global de la unidad productiva transmitida. No indica la norma cómo ha de fijarse esa proporción, pero hay que entender con la doctrina que en todo caso la parte proporcional correspondiente al acreedor garantizado no deberá suponerle una recuperación de crédito inferior a la que hubiese obtenido en caso de venta individual del activo gravado²⁹.
 - Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía calculado conforme al artículo 94.5 LC será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75% del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezca a la misma clase, según determinación del artículo 94.2 LC. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.
 - Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía no será preciso consentimiento de los acreedores garantizados.
 - Tampoco se requerirá consentimiento de los acreedores garantizados cuando los activos se transmitan con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la posición del deudor, caso en que el crédito será excluido de la masa. Esta subrogación no tendrá lugar cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social, caso en que subsistirán las garantías.

²⁹ Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, p. 677.

6. Liquidación y cancelación de garantías

En su primera versión, el artículo 148 LC regulaba en unos términos muy generales e indeterminados el contenido del plan de liquidación y, en concreto, la suerte de las garantías reales constituidas con anterioridad a la declaración de concurso. Pero es evidente que, ni siquiera en la redacción inicial del precepto, el plan de liquidación no puede proponer una extinción y cancelación de las garantías reales sin pago del crédito garantizado y sin consentimiento del acreedor garantizado. Lo afirmó con rotundidad el Tribunal Supremo en 2013, casando decisiones contrarias³⁰. En la actualidad, el artículo 148.5 LC viene a determinar que, en cuanto a los acreedores garantizados, el plan de liquidación habrá de ajustarse a los modos de liquidación ordenados en el artículo 155.4 LC.

Y no solo eso. Es criterio de la DGRN³¹ que el consentimiento del acreedor garantizado al plan de liquidación no basta para cancelar hipotecas, sino que en el mandamiento ha de constar que también se ha dado conocimiento a los acreedores garantizados de las medidas tomadas en relación a la satisfacción del crédito garantizado, sin que baste el hecho de que estén personados en el procedimiento concursal y la posibilidad de que conozcan las medidas previstas en el plan de liquidación. De este modo, la cancelación no puede ser decretada por el juez sin que se notifiquen al titular registral de la hipoteca las medidas que se hubieren adoptado o se proyecten adoptar para la satisfacción de los créditos garantizados.

V. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA GARANTÍA REAL PRESTADA POR TERCERO

1. Inexistencia de un específico régimen concursal

Conforme al artículo 56.4 LC, si el concursado tiene la condición de tercer poseedor del activo gravado, la declaración de concurso no paraliza ni suspende las facultades de ejecución singular cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor del activo gravado. Pero no dispone esta norma, ni ninguna otra, cómo ha de procederse cuando el concursado no es tercer poseedor, sino hipotecante, en garantía de deuda ajena. Tampoco establece la Ley Concursal un régimen específico para la ejecución de garantía real prestada por tercero que sea declarado en concurso. Pese a tratarse de una hipótesis muy habitual en la práctica, estas carencias de la Ley Concursal no han sido subsanadas en ninguna de sus reformas. Queda, pues, indeterminado cómo afecta el concurso a la garantía prestada por tercero y, también, si el artículo 56.4 LC ha de aplicarse analógicamente a estas garantías.

³⁰ Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, p. 663 y ss.

³¹ RDGRN de 16 de marzo de 2016.

2. Garantía real de tercero en el concurso del deudor

En la medida en que, como hemos expuesto en otro lugar³², el hipotecante que garantiza deuda ajena expone su dominio sobre el activo gravado al riesgo de incumplimiento del deudor, es claro que se encuentra en una posición análoga a la del fiador, por lo que, a falta de un régimen legal específico, ha de serle aplicado por analogía el régimen de la fianza. Corolario de lo anterior es que el acreedor no pueda ver afectadas sus facultades ejecutivas frente al hipotecante tercero por la declaración de concurso del deudor, así como que tampoco deba verse afectado por los acuerdos que se hubieren alcanzado durante el procedimiento concursal del deudor (cfr. art. 135 LC). El expuesto es el criterio sostenido por el Tribunal Supremo³³, conforme al cual la declaración de concurso del deudor no impide que el acreedor pueda ejecutar la garantía real prestada por tercero para cobrar también los intereses del crédito devengados con posterioridad a la declaración de concurso, por analogía con el régimen de la fianza. El criterio es correcto, ya que el artículo 59 LC no impide el devengo absoluto de intereses, sino el devengo en perjuicio de la masa, inexistente en el caso al exigirse los intereses en la ejecución de la garantía real prestada por tercero.

En definitiva, aunque hay pronunciamientos judiciales discrepantes³⁴, en caso de concurso del deudor, las garantías reales prestadas por tercero no están afectadas por la paralización de ejecuciones que ordena el artículo 56 LC, ni tampoco por los avatares del concurso del deudor.

3. El concurso del garante real por deuda ajena

La incertidumbre sobre el régimen aplicable y la diversidad de soluciones en los tribunales³⁵ es todavía mayor cuando quien concursa es el garante tercero. Puesto que el acreedor garantizado no es acreedor del garante tercero, lo correcto sería considerar que el acreedor no puede ver reconocido su crédito como especialmente privilegiado³⁶. Además, considero³⁷ que existe una evidente analogía con la situación del tercer poseedor, por lo que debería aplicarse el régimen del artículo 56.4 LC y concluir que el acreedor no ve afectadas ni limitadas sus facul-

³² CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, pp. 726 y ss.

³³ STS de 18 de junio de 2014.

³⁴ Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, p. 641.

³⁵ Puede verse compendio de los problemas y de la disparidad de criterios en la SAP Granada de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 174983).

³⁶ Cfr. SAP Granada de 7 de abril de 2016 (JUR 2016, 174983).

³⁷ Con CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 99.

tades ejecutivas por razón del concurso del garante³⁸. Esta conclusión es muy satisfactoria para el titular de la garantía prestada por tercero, ya que la misma sería inmune tanto al concurso del deudor como al del tercero. La práctica está revelando, sin embargo, que la oscuridad legal en este tema no está beneficiando al acreedor con garantía de tercero, sino todo lo contrario, pues se ve expuesto a ser calificado como acreedor ordinario en el concurso del deudor (con inciertos efectos de las quitas y convenios sobre la garantía frente al tercero), y ni siquiera es considerado acreedor (contingente) del concursado que sea garante tercero³⁹. Aunque *obiter dicta*, también el Tribunal Supremo se ha pronunciado en un sentido desestabilizador, pues ha contemplado la posibilidad de que el concurso del garante tercero (que no era el caso contemplado) pueda determinar la paralización de la ejecución⁴⁰.

VI. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS GARANTÍAS PERSONALES

El concurso del deudor no limita los derechos del acreedor frente al garante personal, sino que, por el contrario, su posición resulta agravada, como demuestran los artículos 1831.3.º y 1844.III CC y 135 LC y, además, no hay paralización de ejecuciones frente al fiador, quien sigue soportando los intereses que devengue la deuda afianzada⁴¹. El concurso del deudor ni siquiera determina una modificación de la competencia judicial aplicable al ejercicio de acciones frente al fiador, que no se acumulan al concurso⁴².

Con todo, el concurso del deudor, del fiador, o de ambos, tiene algunas consecuencias, que exponemos resumidamente:

- a) La cualidad de subordinado del crédito de reembolso del fiador no afecta al acreedor garantizado: como acabamos de indicar, la fianza es inmune al concurso del deudor, incluso —como ha decidido el Tribunal Supremo—, aunque el fiador fuera una persona especialmente relacionada con el deudor⁴³.

³⁸ Entre las últimas, Auto del JMerc de Barcelona n.º 9, de 14 de marzo de 2016 (AC 2016, 718), SAP Granada de 7 de abril de 2016 (JUR 2016, 174983).

³⁹ Más detalles en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, pp. 726 y 727.

⁴⁰ STS de 18 de junio de 2014: «... consecuencia de cuanto antecede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61, al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador en concurso, en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC».

⁴¹ CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 263.

⁴² Cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 264.

⁴³ Cfr. referencias en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, p. 229.

- b) Comunicación múltiple de los créditos en caso de concurso de deudor y garante personal: la Ley Concursal contiene diversas previsiones dirigidas a evitar que el acreedor pueda percibir importes por encima de importe del crédito afianzado: si bien en caso de concurso simultáneo de deudor y fiador se le permite comunicar los créditos en los dos concursos (art. 85.5 LC), la suma de lo percibido no puede exceder el importe del crédito, y se faculta a la administración concursal a retener el pago hasta que el acreedor acredite lo que ha percibido en los restantes concursos (art. 161 LC)⁴⁴.
- c) Antes del pago, el crédito de regreso del fiador ha de insinuarse como contingente⁴⁵.
- d) Ni el reembolso ni la subrogación del fiador *solvens* pueden perjudicar al acreedor garantizado: el artículo 161.3 LC impide al fiador ejercitar el reembolso frente al concursado en vía de regreso hasta tanto el acreedor haya sido enteramente satisfecho (cfr. también el art. 87.7 LC). Por tanto, el reembolso está sujeto a la misma restricción que la subrogación del fiador en el artículo 1213 CC: el crédito de regreso del fiador por el pago parcial de la deuda garantizada siempre es pospuesto al crédito (resto) del acreedor garantizado.
- e) El pago de la deuda por el fiador, tras la declaración de concurso no le permite mejorar la condición de su crédito, subrogándose en las garantías reales (o en otras circunstancias) del crédito del acreedor principal (cfr. art. 87.6 LC)⁴⁶, pero sí se comunican las condiciones negativas de ese crédito, por lo que se contaminaría de la condición de subordinado en que pudiera incurrir el crédito principal⁴⁷.
- f) El crédito del acreedor frente al fiador es inmune al convenio que no votó, pero si lo hubiese votado, la responsabilidad del garante se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios que hubieren establecido (art. 135 LC).

⁴⁴ Más detalles en CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pp. 264 y ss.

⁴⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pp. 293 y ss.

⁴⁶ Sobre la interpretación de esta norma, cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pp. 294-302.

⁴⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, p. 347.

VII. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RESCISIÓN CONCURSAL DE GARANTÍAS

Aunque la acción rescisoria no es un efecto del concurso que opere exclusivamente sobre las garantías, no queremos concluir este breve catálogo de efectos sin una sucinta referencia a la rescisión de garantías, que en la jurisprudencia constituyen un nutrido número de los actos y contratos que caen bajo la aplicación del artículo 71 LC, a cuyo estudio más detenido remitimos a otra parte de esta obra. Nos centraremos en dos supuestos problemáticos: la onerosidad/gratuidad de las garantías intragrupo y en algunas aplicaciones de la noción de perjuicio para la masa.

1. La rescisión concursal de garantías intragrupo

La eficacia de las garantías prestadas entre sociedades del mismo grupo empresarial, o por personas físicas *insider* de la sociedad deudora (administradores, socios), en ocasiones ha sido objeto de severas restricciones fundadas en las acciones de reintegración del artículo 71 LC. En la concesión de garantías intragrupo debe proponerse⁴⁸ que se presuma *iuris tantum* onerosa la garantía prestada por tercero simultáneamente a la concesión o ampliación de crédito. Como concluye CARRASCO PERERA, «*es cierto, empero, que frente al deudor principal la garantía prestada como onerosa frente al acreedor pueda reputarse de gratuita, si el garante no tuviera ningún interés propio en la operación subyacente o hubiera renunciado de antemano al ejercicio del regreso o si la garantía se constituyó por el extraneus cuando el deudor era insolvente; pero son éstos riesgos propios de la relación de cobertura, que no pueden suprimirse por medio de una rescisión que afecte al acreedor*»⁴⁹. No parece ser este el último criterio del Tribunal Supremo⁵⁰, que sigue exigiendo la existencia de un beneficio directo o indirecto para el garante, individualizado con respecto al resto de las sociedades del grupo (o personalizado en el patrimonio del *insider*⁵¹), y que, en definitiva, al rescindir la garantía por perjudicial, desplaza sobre el financiador tercero las consecuencias negativas del desequilibrio patrimonial que, en el grupo, produjo la prestación de la garantía interna.

⁴⁸ Con CARRASCO PERERA, A., en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, p. 674.

⁴⁹ CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, p. 675.

⁵⁰ SSTs de 30 de abril de 2014 (RJ 2014, 2907), 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4346).

⁵¹ STS de 3 de junio de 2015 (RJ 2015, 2736).

2. La rescisión concursal de sobregarantías y de garantías prestadas en operaciones de financiación irrazonables

Aunque la contratación de diversas garantías que se solapen total o parcialmente, conduciendo a una situación de sobregarantía, no contraviene ninguna norma imperativa (salvo lo previsto para las hipotecas en el art. 119 LH), el Tribunal Supremo ha venido a considerar que, como *garantía complementaria*, el acreedor no puede retener en prenda una parte sustancial de los activos que ha de entregar al deudor como crédito disponible, pues ello constituye un acto perjudicial para la masa⁵².

Por otra parte, en la STS de 5 de abril de 2016⁵³ el Tribunal no rescinde la garantía porque la misma fuera desproporcionada al riesgo asumido por el acreedor, sino porque, a la vista de las circunstancias concurrentes⁵⁴, el Tribunal concluyó que se trataba de una operación de financiación irrazonable, de imposible cumplimiento efectivo y que entrañaba un serio sacrificio patrimonial para la concursada, pues su previsible incumplimiento determinaría la ejecución forzosa de la totalidad del patrimonio inmobiliario y las instalaciones de la deudora.

*(Trabajo recibido el 14/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)*

⁵² STS de 17 de febrero de 2015 (RJ 2015, 926).

⁵³ RJ 2016, 1240.

⁵⁴ Se indica que el préstamo era insuficiente para atender las necesidades de financiación de la deudora, con un plazo de devolución inusualmente corto, habida cuenta de la situación económica de la matriz, así como la constitución de hipoteca sobre la totalidad de los inmuebles e instalaciones de la deudora, que no solo suponían una sobregarantía, sino que, además, imposibilitaba a la deudora a obtener financiación a más largo plazo.

LOS CONTRATOS BILATERALES CON OBLIGACIONES PENDIENTES AL DECLARARSE EL CONCURSO: CARACTERIZACIÓN, CUMPLIMIENTO Y OPCIONES RESOLUTORIAS (ARTS. 61 Y 62 DE LA LEY CONCURSAL)

MAITE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

*Profesora titular de Derecho Mercantil. Acreditada a catedrático
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

Los arts. 61 y 62 de la Ley Concursal, que contienen las normas generales sobre los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre los contratos con obligaciones recíprocas aún no satisfechas, plantean complejas cuestiones conceptuales y de concreción casuística. El presente estudio expone las dudas expresadas en la literatura jurídica y en la jurisprudencia sobre su ámbito de aplicación, el tratamiento de los créditos aún no satisfechos en el concurso y las consecuencias del ejercicio de las opciones de resolución (en interés del concurso y por incumplimiento). Se presta una atención especial al contrato de *leasing*, objeto de la única reforma de estas normas desde la aprobación de la LC, que no parece haber despejado las dudas anteriores sobre su tratamiento en el concurso de acreedores.

Palabras clave: contratos bilaterales, obligaciones recíprocas, resolución por incumplimiento, resolución en interés del concurso, créditos concursales, créditos contra la masa, contrato de *leasing*.

BILATERAL CONTRACTS WITH OUTSTANDING OBLIGATIONS IN THE ARRANGEMENT WITH CREDITORS: CHARACTERIZATION, COMPLIANCE AND TERMINATION OPTIONS (ARTICLES 61 AND 62 OF THE SPANISH INSOLVENCY ACT)

MAITE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Commercial Law Lecturer. Accredited as Professor

Complutense University of Madrid

ABSTRACT

Arts. 61 and 62 of the Spanish Insolvency Act, containing the general rules on the effects of insolvency proceedings on contracts with reciprocal obligations not yet fulfilled, raise complex conceptual and casuistic issues. This paper explains the doubts expressed in the legal literature and jurisprudence on its scope, the treatment of unfulfilled claims, and the consequences of the exercise of termination powers (in the interest of insolvency proceedings and for default). Financial leasing contract requires special attention, subject of the only reform of these rules since the adoption of the LC, which has not clarified the doubts about its legal regime in insolvency proceedings.

Keywords: bilateral agreements, reciprocal obligations, termination due to non-compliance, termination of contracts in the interests of insolvency proceedings, insolvency claims, claims against insolvency assets, leasing contract.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. II.—EL ART. 61.1. EL CARÁCTER DE CRÉDITO O DEUDA CONCURSAL DE LA PRESTACIÓN PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO SÓLO POR UNA DE LAS PARTES. 1.—Ámbito de aplicación (contratos incluidos). 2.—Régimen jurídico. III.—MANTENIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR AMBAS PARTES. 1.—El principio de vigencia. 2.—La realización con cargo a la masa de los créditos de la parte *in bonis*. El problema de los créditos por obligaciones anteriores al concurso. IV.—LA RESOLUCIÓN EN INTERÉS DEL CONCURSO (ART. 61.2). 1.—Presupuesto: la conveniencia de la resolución para el concurso. 2.—Legitimación, plazo y procedimiento. 3.—Efectos de la resolución. 4.—La norma sobre el cálculo de la indemnización en la resolución de contratos de arrendamiento financiero. V.—LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE AUTORIZAN LA RESOLUCIÓN POR CAUSA DEL CONCURSO (ART. 61.3). VI.—LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO (art. 62). 1.—Ámbito de aplicación: qué contratos pueden resolverse y por qué incumplimientos (anteriores o posteriores a la declaración del concurso). 1.1.—Planteamiento. 1.2.—Supues-

LOS CONTRATOS BILATERALES CON OBLIGACIONES PENDIENTES.....

tos problemáticos. A) Contratos con obligaciones recíprocas, cuando el concursado haya cumplido íntegramente. B) Resolución, por incumplimientos anteriores al concurso, de contratos de tracto único con prestaciones fraccionadas. 2.—El ejercicio de la acción resolutoria y las opciones del juez del concurso (art. 62.2). 3.—El cumplimiento del contrato decidido por el juez. La consideración como deudas de la masa de las prestaciones debidas o futuras a cargo del concursado (art. 62.3) 4.—Las consecuencias de la resolución del contrato (art. 62.4). VII.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal dedica el Capítulo III del Título III a la compleja problemática de los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos bilaterales del concursado, que todavía no han sido cumplidos en su integridad. Estas normas y, sobre todo, los arts. 61 a 62, que son las de alcance más general, pretenderían *«remediar los inconvenientes de la insuficiente regulación que habían merecido, en la legislación derogada —calificada en la exposición de motivos de la Ley 22/2003 como muy deficiente en este punto—, los problemas que se producían cuando el concursado era parte de una relación contractual no consumada y las prestaciones debidas por cada contratante estaban conectadas por vínculo de reciprocidad con las del otro, dada la dificultad de armonizar las rígidas reglas rectoras del procedimiento concursal con las que regulan el funcionamiento de las obligaciones sinalagmáticas»* (STS 26 marzo 2012, FD primero).

Al regular, de manera bastante completa (no sin alguna imprevisión y ciertas soluciones que pueden parecer incongruentes o insatisfactorias para la adecuada tutela de los intereses en juego), las distintas vicisitudes de los contratos bilaterales con prestaciones pendientes de cumplimiento, los arts. 61 a 62 LC ofrecen un régimen que se aparta en cuestiones significativas de las soluciones del Derecho común, con el fin de priorizar el interés del concurso. La consideración a este interés explica los aspectos más característicos del régimen de los contratos en el concurso: i) el tratamiento como crédito o deuda concursal de la contraprestación debida por la parte que todavía no ha cumplido sus obligaciones, cuando la otra sí lo ha hecho (art. 61.1), en atención al principio de *la par conditio creditorum*; ii) la declaración de vigencia de los contratos con prestaciones pendientes a cargo de ambas partes, por su valor para el mantenimiento de la actividad del concursado y para la integridad de la masa activa; iii) la posibilidad, no obstante, de resolver estos contratos (art. 61.2), y iv) la posibilidad de que el juez decida su cumplimiento, cuando se solicite la resolución por un incumplimiento posterior al concurso, o incluso anterior si se trata de contratos de tracto sucesivo (art. 62.3).

II. EL ART. 61.1. EL CARÁCTER DE CRÉDITO O DEUDA CONCURSAL DE LA PRESTACIÓN PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO SÓLO POR UNA DE LAS PARTES

El número primero del art. 61 se ocupa de aquellos contratos del concursado, de los que surjan obligaciones recíprocas que en el momento de declararse el concurso hayan sido íntegramente cumplidas por una de las partes (el concursado o la parte *in bonis*), pero no por la otra. Para estas situaciones se impone una regla aparentemente simple¹ y que coincide con la que parecía más plausible bajo el Derecho anterior²: el contrato se mantiene —esto es, no queda resuelto por el hecho de declararse el concurso— y la obligación a cargo de una de las partes y aún no satisfecha (total o parcialmente) recibe el tratamiento correspondiente a los créditos y las deudas aisladas en el momento de declararse el concurso: esto es, su integración en la masa activa del concurso, si el acreedor es el concursado (art. 76.1 LC), o en la masa pasiva, si el acreedor es la parte *in bonis* (art. 49.1 LC).

1. Ámbito de aplicación

Aunque el art. 61 comienza aludiendo a los «*contratos celebrados por el deudor*» en general, de su lectura se infiere que la disciplina establecida en la LC para los contratos vigentes en el momento de declararse el concurso se ciñe a los contratos bilaterales, siempre que no reciban un tratamiento especial en la LC o en otras leyes (como indica, respecto a éstas, el art. 63). Y para ser más precisos, a los contratos sinalagmáticos, de los que surgen obligaciones funcionalmente recíprocas o interdependientes a cargo del deudor concursado y de la parte *in bonis*³. Quedarían fuera del art. 61.1 LC, en todo caso, los contratos plurilaterales o aso-

¹ VALPUESTA, E.: «Comentario al art. 61», en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., t. I, ed. Aranzadi, 2010, págs. 689 y ss., 691.

² Por todos, GARCÍA VILLAYERDE, R.: «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las reclamaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en J. L. IGLESIAS (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, III, págs. 3531 y ss., 3537. En la jurisprudencia, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 16 noviembre 2010, FD Tercero, ha recordado que: «*El art. 61.1 (...) adopta, pues, una solución similar a la de la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal, pues la sentencia de 2 de enero de 1978 no es una resolución aislada, ya que su criterio se encuentra también en la sentencia de 23 de abril de 2003 al negar un derecho de ejecución parcial sobre el patrimonio de la quebrada a un contratista que había cumplido íntegramente sus obligaciones para con aquella y pretendía conservar el dominio sobre los materiales aportados a la obra, respuesta por demás similar a la que, en relación con una sociedad declarada en estado de suspensión de pagos a la que se oponía una reserva de dominio no inscrita, dio la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2000*».

³ La jurisprudencia insiste reiteradamente en esta idea. Como ejemplo, entre muchos, en la STS de 26 marzo 2012 (FD primero), se afirma que la reciprocidad relevante para el art. 61 LC «*no existe sólo porque las dos partes contratantes queden obligadas. Antes bien, es necesario que entre los respectivos deberes de prestación exista una interdependencia o nexo determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro*».

ciativos (como el contrato de sociedad, con su propio régimen en el concurso), los contratos unilaterales, como el préstamo, y los bilaterales imperfectos o «*ex post facto*» (p. ej., el depósito gratuito)⁴.

En el caso de los contratos unilaterales, el aparente olvido del legislador se resuelve entendiendo que se les aplica la norma del art. 61.1, porque la situación que se plantea respecto a ellos, y la lógica de la solución normativa cuando queden prestaciones pendientes de cumplimiento, son las mismas⁵. Un supuesto que ha sido problemático en la práctica es el de la apertura de crédito ya acordada y —al menos en parte— ejecutada a favor del concursado en el momento de declararse el concurso. Según la opinión más sólida, debe dársele el tratamiento que corresponde al carácter bilateral de este contrato, que no puede entenderse *fraccionado* en singulares operaciones de préstamo. De manera que se aplicaría el principio de subsistencia del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 61.2), y no podría la entidad acreditante cancelar la línea de crédito abierta (y privar al acreditado de futuros actos de disposición en los límites pactados) por el mero hecho de declararse el concurso (sí en el caso de incumplimiento, por aplicación del art. 62.1 LC)⁶.

El art. 61.1, al referirse al supuesto de cumplimiento íntegro de un contrato por una de las partes, se aplica a los contratos sinalagmáticos de tracto único, pero no a los de tracto sucesivo o duración en curso, que serán siempre contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso (sujetos, por

⁴ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Artículo 61», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas, t. I, Madrid, 2004, pág. 1.122.

⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Artículo 61», cit., pág. 1.143, MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, t. III, Madrid, 2005, págs. 2.949 y ss., 2.959-60, y, con más dudas, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Libro Homenaje a Olivencia*, t. III, cit., págs. 2.788 y ss., 2.797. Para BONARDELL, R.: «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en AA. VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje a Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 1.757 y ss., 1.768 y nota 28, es innecesario reconducir los contratos unilaterales al ámbito del art. 61.1, «pues idénticas consecuencias se derivan para ellos de los efectos generales del concurso». En la misma línea, ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso», *ADCo*, n.º 32, 2014, págs. 285 y ss., 297.

⁶ Ni siquiera apelando a su carácter *intuitu personae*, calificación de por sí discutible y que no está claro que ampare la facultad de denuncia: MARTÍNEZ ROSADO, J.: «La apertura de crédito en el Concurso», en *Homenaje a R. García Villaverde*, cit., 1.951-78, 1.960. Conforme, SALINAS, C.: «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *ADCo*, n.º 24, 2011, págs. 99 y ss., 109. Remito al meticuloso trabajo de MARTÍNEZ ROSADO para el análisis de los distintos argumentos —que él rebate— que pudieran fundar la suspensión del crédito por la declaración del concurso. En la jurisprudencia destaca por su claridad de planteamientos la SAP Barcelona de 18 febrero 2008, mencionada por SALINAS, págs. 109-10.

tanto, al art. 61.2)⁷. Mayores dudas han surgido respecto al supuesto de que una de las partes del contrato haya cumplido con sus obligaciones principales, pero no con otras que puedan considerarse accesorias o secundarias. La idea que predomina es que el incumplimiento de una prestación accesorial cuando se ha cumplido la prestación principal (y siempre que la contraparte no haya cumplido totalmente sus obligaciones) debe ser tratado aplicando el régimen del art. 61.1, y no el del art. 61.2. El problema se produce porque la disciplina de éste es mucho más favorable que la de aquél para la parte *in bonis*. En efecto, si se entiende que quedan obligaciones pendientes de cumplir por ambas partes, y el supuesto se reconduce al art. 61.2, la parte *in bonis* podrá reclamar el pago íntegro de los créditos contra el concursado con cargo a la masa, y solicitar la resolución de su contrato por incumplimientos posteriores al concurso o, incluso, si el contrato es de tracto sucesivo, anteriores al mismo (art. 62.1); mientras que, conforme al art. 61.1, el crédito de la parte *in bonis* se someterá a la *ley del dividendo* (como crédito concursal, que se cobrará con arreglo a su calificación en la lista de acreedores) y no cabe instar la resolución y con ella la restitución de lo entregado⁸.

Pues bien, mientras que los casos planteados en los Tribunales revelan pretensiones estratégicas de la parte *in bonis* para atraerse el régimen más favorable, la doctrina ilustra de las dificultades a la hora de caracterizar ciertos contratos, como de tracto único o sucesivo, y decidir sobre si la entidad (sustancial o no) de las obligaciones pendientes permite apreciar que subsiste, tras el concurso, el sinálgama funcional entre las prestaciones aún no cumplidas. Para resolver los supuestos problemáticos, parece preciso atender a la función de las prestaciones pendientes respecto a la satisfacción del fin contractual principal⁹ y, en definitiva, a la existencia o no de reciprocidad e interdependencia entre las prestaciones que quedan por satisfacer al declararse el concurso, de manera que resultaría incumplido el contrato sólo cuando la prestación no satisfecha pueda fundar, con arreglo al Derecho común, la resolución por incumplimiento¹⁰.

⁷ Por todos, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso», cit., pág. 2804, y ANTÓN SANCHÓ, M.: ob. cit., pág. 302.

⁸ En definitiva, como explica MONTERRAT, A.: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *ADCo*, n.º 14, 2008, págs. 70 y ss., 73, «La posición de la parte *in bonis* es mejor si no ha cumplido totalmente su prestación que si la ha cumplido, supuesto que el concursado no haya cumplido totalmente la suya (...). Por tanto, a la parte *in bonis*, en supuestos dudosos, le interesará defender que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes».

⁹ De manera que, a modo de ejemplo, si al declararse el concurso el concursado hubiera entregado una maquinaria vendida, pero no hubiera instruido al comprador sobre su manejo, hay que entender que no ha satisfecho su obligación principal: MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., págs. 1.128-29.

¹⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: ob. cit., pág. 1.129; CLEMENTE, M. E.: «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, n.º 10, 2007, págs. 203 y ss., 209, y BONARDELL, R.: «Régimen de los contratos», cit., pág. 1.772.

Cuando se trata de contratos de compraventa o permuta de inmuebles predomina la idea de que su formalización en escritura pública satisface (mediante la *traditio instrumental*) la obligación principal del vendedor, sin que la pendencia de otras obligaciones (la entrega de elementos accesorios, el pago de los gastos de escritura al comprador, o incluso el saneamiento del bien defectuoso o que no era del vendedor), resulte suficiente para excluir la aplicación del art. 61.1 (y atraer la del 61.2)¹¹. Son problemáticos los supuestos de la compraventa con reserva de dominio cuando el vendedor ya ha entregado el bien al tiempo de declararse el concurso¹², del arrendamiento común con entrega del bien al concursado y, en particular, del arrendamiento financiero o *leasing*. Respecto del arrendamiento en general, puede dudarse de que, una vez entregado el bien, la subsistencia para el arrendador de la obligación de garantizar el goce pacífico justifique estar en presencia de un contrato con obligaciones pendientes para ambas partes (del 61.2 y no del 61.1)¹³.

En la jurisprudencia, la caracterización a estos efectos del *leasing* ha sido muy controvertida, con un significativo cambio de criterio de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 9 noviembre 2010, favorable a reconducir el supuesto al art. 61.1. La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, podría haber zanjado esta polémica, al introducir una norma sobre la valoración de los bienes cedidos en *leasing* en el contexto de la resolución en interés del concurso, que sólo es posible para los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. No parece, sin embargo, que la cuestión resulte tan simple, como veremos más adelante.

Otro supuesto muy controvertido ha sido el del contrato de permuta financiera o *swap* de tipos de interés, cuando se presenta aislado en el concurso y no el marco de un acuerdo o contrato marco de compensación financiera (CMOF), sujeto al régimen especial del RD-L 5/2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. La STS 629/2015, de 17 de noviembre, pretende sentar doctrina jurisprudencial, declarando que no

¹¹ Por todos, MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 75.

¹² Seguramente, habrá que distinguir según que la reserva de dominio se haya configurado convencional o legalmente como una garantía para el cobro del crédito pendiente, o como una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad: MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., págs. 1.136-37.

¹³ La cuestión no es pacífica, aunque en la doctrina predomina la idea de considerar al arrendamiento con entrega del bien al concursado antes de declararse el concurso, un contrato de tracto sucesivo en curso: GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso», cit., pág. 2.805; MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 79, y con respecto al *leasing*, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.127. En contra, con ulteriores referencias bibliográficas, VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 693, nota 6.

se trata de un contrato del que surjan obligaciones recíprocas en el concurso¹⁴. Hay que entender, en consecuencia, que las liquidaciones periódicas a cargo del concursado en un contrato de *swap* aislado en el concurso son créditos concursales de la entidad financiera (art. 61.1); sin que proceda aplicar la norma, que decidiría su carácter de créditos contra la masa, del art. 16.2, segundo, del RD-L 5/2005, para el supuesto de mantenerse en el concurso los acuerdos de compensación contractual¹⁵.

2. Régimen jurídico

Según la opinión mejor fundada, el art. 61.1 zanja la polémica sobre si la contraparte del deudor concursado que ha cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo, incluso poco antes de declararse el concurso, tendría la opción de resolver el contrato, exigiendo al concursado que no ha cumplido la restitución de lo que entregó o pagó. Predomina la tesis contraria, en atención a la *par conditio creditorum* y a la imposibilidad de alterar los créditos una vez declarado el concurso, tanto si el incumplimiento del concursado se produce antes como después del concurso¹⁶, y tanto si se pretende la resolución a efectos reales como meramente obligacionales¹⁷. El crédito de la parte *in bonis* a la prestación no satisfecha del concursado será tratado como crédito concursal, deberá ser comunicado, concurrirá con los demás créditos de la masa pasiva y la suerte de su cobro depende-

¹⁴ «Del contrato no nacen obligaciones compensables, ni siquiera automáticamente, sino que el intercambio de flujos forma parte del mecanismo de cálculo o determinación, al tiempo de realizar la preceptiva liquidación, de una única obligación, para una de las partes», «sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de tal contrato puede que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones...» (FD segundo, 1.1 y 1.3). Para ANTÓN, «Los contratos», cit., pág. 299, el contrato de *swap* aislado en el concurso ofrece «un paradigma de la interpretación del presupuesto de la reciprocidad» para decidir la aplicación del art. 61.1 ó 61.2, por la negativa en la jurisprudencia a apreciar el «sinalagma funcional» o reciprocidad causal entre las obligaciones de las partes, que surgen de elementos aleatorios ajenos a su voluntad.

¹⁵ «En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del art. 61.2» de la Ley Concursal (art. 16.2, segundo del RD-L 5/2005)

¹⁶ Aunque puede dudarse de que haya «incumplimiento» por el concursado de la obligación vencida tras la declaración del concurso y no satisfecha: el concursado incumplirá «en su momento, según el convenio que se celebre o la liquidación que proceda, esto es, según el procedimiento de concurso» y su afectación sobre el crédito concursal de la parte *in bonis*: VALPUESTA, E.: «Comentario al art. 62», en CORDÓN (dir.), *Comentarios*, cit., págs. 707-708.

¹⁷ GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso», cit., págs. 2.801-2.802; CLEMENTE, M. E.: ob. cit., pág. 205; MONTSERRAT, A.: ob. cit., págs. 81-82, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, n.º 13, 2008, págs. 57 y ss., 63, matizando su postura anterior en el «Comentario al art. 61», cit., pág. 1.141, favorable a admitir la resolución por la parte *in bonis* con efectos meramente obligatorios; VALPUESTA, E.: «Comentario al art. 62», ob. y loc. últ. cit.

rá de la clasificación que le corresponda y de la solución dada al concurso¹⁸. Esta tesis parece segura, a pesar de que no es favorable para el acreedor del concursado y resulta un tanto paradójica, porque de ella se infiere un mejor trato para el acreedor que hubiera incumplido parcialmente sus obligaciones (supuesto que regula el art. 61.2), que para el que las haya cumplido íntegramente¹⁹.

La asimetría entre las posiciones del concursado y de la parte *in bonis* se evidencia también cuando resulta ser el concursado la parte que ha cumplido íntegramente con su obligación contractual. Porque entonces estaremos ante un crédito incorporado a la masa activa del concurso, de manera que la parte *in bonis* deberá cumplir como si no hubiera habido concurso, esto es, a tenor del contrato, y en caso de no hacerlo, el concursado (con la autorización o a través de la administración concursal, según esté sometido al régimen de intervención o de suspensión) podrá ejercitar las acciones que le corresponden con arreglo a las normas generales. Entre ellas, según la opinión mayoritaria, estaría la opción por la resolución del contrato con todos sus efectos, que puede ser, según los casos, la única vía o la más conveniente (por ejemplo, si el concursado vendió por un precio inferior al de mercado) para proteger el patrimonio concursal²⁰.

¹⁸ En la jurisprudencia, un inequívoco planteamiento en esta línea lo ofrece la sentencia SAP Pontevedra (Sección 1.ª), de 16 noviembre 2010, FD tercero. Tras calificar como «crédito concursal», con arreglo al art. 61.1, el de la parte *in bonis* que había transmitido un inmueble al concursado en cumplimiento de un contrato de permuta, la Audiencia considera que «*con carácter general no tendrá cabida la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el art. 61.2 LC a los supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y tampoco cabe instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de entrega del bien, pues de este modo, además de ir contra lo expresamente establecido en el art. 61.1 LC, violenta el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos (arts. 76 y ss. LC, y especialmente el art. 80 LC...)*, y del mismo principio respecto de la masa pasiva por cuanto... el art. 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal, por lo que debe integrarse en la masa pasiva tal y como establece el art. 49 LC.

No es necesario insistir que de permitirse la vulneración de estas normas, y concretamente el pago in natura de un acreedor concursal con un bien integrante de la masa activa sin someterse a ningún tipo de calificación, prelación o preferencia, implica, además de las vulneraciones antes expuestas, un claro perjuicio para el resto de los acreedores concursales».

¹⁹ Para SALINAS, C.: «Principios básicos...», cit., págs. 104-5, esta solución propicia, tras su lógica aparente, problemas prácticos como el daño en el crédito comercial del concursado cuando pretende (y no puede) entregar los pedidos ya pagados por sus clientes antes del concurso. El trato más favorable al contratante *in bonis* con obligaciones pendientes de cumplimiento (teniéndolas también el concursado), conforme al art. 61.2 LC, se explica por la vigencia en ellos del *sinalema funcional*, que impide exigir el cumplimiento a la parte *in bonis* sin que también el concursado cumpla: MARTÍNEZ ROSADO, J.: ob. cit., pág. 2.985, y CLEMENTE, M. E.: ob. cit., pág. 208-9.

²⁰ A favor, ya antes de la LC, GARCÍA VILLAYERDE, R.: «Una forma especial de garantía», cit., pág. 3.537; tras la LC, por todos, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos», cit., págs. 2.806-7; MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 83, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., pág. 59, y SALELLES, J. R.: «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso», en AA VV, *Estudios Olivencia*, t. III, págs. 3.156 y ss., 3.163.

III. MANTENIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR AMBAS PARTES (ART. 61.2.1)

1. El principio de vigencia

El art. 61.2 declara plenamente vigentes los contratos de los que sea parte el concursado, y en los que existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a su cargo como al de la parte *in bonis* en el momento de declararse el concurso. Lo que implica que dichas obligaciones deben cumplirse por ambas partes en los términos pactados y, por tanto, a sus respectivos vencimientos, siendo con cargo a la masa las que correspondan al concursado. Esta declaración de subsistencia de los contratos sinalagmáticos que no hayan sido íntegramente cumplidos por alguna de las partes, de una extraordinaria relevancia práctica, es novedosa (respecto a los antecedentes de la LC) y original en el marco comparado, donde predomina la opción de la administración concursal entre el cumplimiento y la resolución (quedando, entre tanto, en suspenso el contrato)²¹.

La justificación del principio de vigencia parece radicar en su simplicidad operativa²², y en la pretensión de favorecer la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 44 LC)²³. Los inconvenientes de la solución, en particular por la «sobrecarga» de créditos contra la masa y el riesgo de incumplimiento que asume la parte *in bonis*, se compensan mediante la posible resolución de los contratos en interés del concurso (art. 61.2.2), y la facultad de instar la resolución por incumplimiento (art. 62.1), que es una consecuencia lógica del principio de vigencia o no afectación del contrato por el concurso. Este principio no admite excepciones convencionales, como aclara el propio art. 61 en su apartado tercero, pero sí de origen legal, según contempla el art. 63 LC²⁴.

²¹ Al respecto, en síntesis, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos...», cit., págs. 2.808-9, y MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Efectos...», cit., págs. 2.960-61; más extensamente, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *RDCP*, n.º 4, 2006, págs. 117 y ss., 121-27, y JUAN Y MATEU, F.: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *ADCo*, n.º 13, 2008, págs. 115 y ss., 122-130.

²² Respecto a la mayor complejidad de la puesta en práctica del régimen de opción: GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos...», cit., págs. 2.809 y 2.810.

²³ Si bien, como el art. 61.2 no distingue, el principio de vigencia se aplica también a los contratos no vinculados a dicha actividad, que satisfacen necesidades personales del concursado: con respecto a los suministros, JUAN Y MATEU, F.: ob. cit., pág. 118. GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos...», cit., pág. 2.811, aprecia en ello un grave desenfoque y considera que hubiera sido preferible que el propio deudor, y no la masa, se hiciera cargo de estos contratos.

²⁴ MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Efectos...», cit., pág. 2.961.

2. La realización con cargo a la masa de los créditos de la parte *in bonis*. El problema de los créditos por obligaciones anteriores al concurso

El mayor problema interpretativo que suscita el art. 61.2.1 es si el tratamiento como crédito con cargo a la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por el concursado²⁵ ha de extenderse a los posibles créditos no satisfechos que tenga contra él la parte *in bonis* que hubiera venido satisfaciendo las prestaciones a su cargo, antes de declararse el concurso. No se discute que los créditos contra el concursado con vencimiento posterior a la declaración del concurso, deban tratarse (pagarse) como créditos contra la masa, pero no es pacífico este tratamiento (frente al menos favorable para el acreedor, que corresponde a los créditos concursales) para los que surgen de incumplimientos del concursado anteriores a la declaración del concurso. La cuestión es singularmente compleja y divide a la doctrina, con argumentos que apelan a la literalidad del art. 61.2.1, su fundamento y su interpretación sistemática, en particular cuando se trata de contratos de tracto sucesivo. Y ello por la existencia, respecto a estos contratos, de un doble régimen para el supuesto de la resolución por incumplimiento del concursado según que sea anterior o posterior a la declaración del concurso: en el primer caso, es crédito concursal el que corresponde a las obligaciones vencidas, y en el segundo, éstas se satisfarán con cargo a la masa (art. 62.4).

Para algunos autores, el motivo de que la ley exija satisfacer con cargo a la masa las prestaciones debidas por el concursado en los contratos de tracto sucesivo es que el concurso va a recibir de la parte *in bonis* un contravalor actual, que en el caso de los antiguos créditos, en cambio, ya habría recibido²⁶. La «sobrecarga» de créditos contra la masa puede resultar excesiva para la continuidad de la actividad del concursado y supone una discriminación —contra la *par conditio*— en favor de los acreedores cuyos créditos proceden de contratos de tracto sucesivo, como los suministros²⁷. La coherencia con el tratamiento que reciben los créditos de la parte *in bonis*, impagados en el momento del concurso, cuando opta por la resolución (art. 62.4), abonan la solución de que el crédito contra el concursado por un incumplimiento anterior al concurso en los contratos de tracto sucesivo es un crédito concursal y no contra la masa. Es también la solución por la que opta la *Insolvenzordnung* alemana (&105), siempre que la parte *in bonis* en un contrato bilateral pendiente de ejecución hubiera realizado prestaciones parciales antes de la declaración del concurso y éstas fueran divisibles: el crédito

²⁵ Que se afirma también en el art. 84.2.6.º y 5.º (éste, referido a los contratos vinculados a la actividad empresarial o profesional del concursado): JUAN Y MATEU, F.: ob. cit., pág. 120.

²⁶ En esta línea, MONTERRAT, A.: «Efectos...», cit., pág. 86; favorable también a que sólo los «nuevos créditos» del suministrador, una vez declarado el concurso, se satisfagan contra la masa, JUAN Y MATEU, F.: «Los contratos de suministro...», cit., pág. 135.

²⁷ En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia menor en sentencias como las del JM Córdoba (núm. 9) de 8 julio 2005, JM Barcelona (núm. 2) de 21 julio 2005 y JM Asturias de 3 febrero 2006.

por la contraprestación a estas prestaciones ya realizadas es un mero crédito concursal²⁸.

Sin embargo, hay también argumentos de peso a favor del tratamiento de los «antiguos créditos» de la parte *in bonis* en contratos de tracto sucesivo, como créditos contra la masa (esto es, a favor de la que algún autor ha llamado «tesis de la unidad»²⁹), opinión que parece predominar en la doctrina española³⁰. A favor de esta tesis puede invocarse la literalidad de la norma sobre la continuidad de los contratos con prestaciones pendientes por ambas partes, la unidad de los contratos de tracto sucesivo y la inexistencia de un precepto (como el que existe en Derecho alemán) sobre el tratamiento de las «prestaciones divisibles». Se inclina de este lado la solución italiana, que en la reforma de 2006 introdujo, en el art. 74 de la *Legge Fallimentare*, una norma específica para el contrato de suministro, y que en su actual redacción exige al síndico que opte por la continuidad de un contrato de ejecución continuada o periódica, pagar íntegramente el precio de las mercancías o servicios ya entregados antes de la apertura del concurso. Tampoco resulta muy clara la calificación de los créditos de la parte *in bonis* contra el concursado por obligaciones a que se hubiera comprometido éste antes de declararse el concurso, si estamos ante un contrato de tracto único en que se acordaron prestaciones fraccionadas o parciales³¹.

IV. LA RESOLUCIÓN EN INTERÉS DEL CONCURSO

1. Presupuesto: la conveniencia de la resolución para el concurso

Los contratos sinalagmáticos que mantienen su vigencia en el concurso, esto es, aquellos en los que ambas partes tienen obligaciones pendientes de cumplir,

²⁸ Acerca de los planteamientos interpretativos de las normas sobre prestaciones divisibles en contratos de duración, en particular el §105 de la *InsO*, pueden verse GÓMEZ MENDOZA, M.: «Prestaciones anteriores», págs. 121-22, y JUAN Y MATEU, F.: ob. cit., págs. 122-29.

²⁹ JUAN Y MATEU, F.: ob. cit., pág. 122

³⁰ Por todos, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Prestaciones anteriores...», cit., págs. 130-31, MARTÍNEZ ROSADO: «Apertura de crédito...», cit., pág. 1970, y SALINAS, C.: ob. cit., pág. 106.

³¹ En estos supuestos también podría ser procedente distinguir en función de la autonomía o interdependencia funcional de las prestaciones acordadas para cumplirse antes y después del concurso: de manera que no mereciera el mismo trato la compraventa de 2.000 toneladas de trigo que hay que entregar en dos o más veces, a cambio de un precio único, y la compraventa de dos coches con entrega separada y precio fijado para cada uno de ellos. MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.146, entiende que en el primer caso iría contra la masa el crédito de la parte *in bonis* respecto a la prestación incumplida por el concursado antes del concurso, mientras que se trataría de un crédito concursal en el segundo caso. En cambio, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Prestaciones anteriores...», cit., pág. 119, y BONARDELL, R.: «Régimen...», cit., pág. 1776, se decantan en cualquier caso por aplicar a estos contratos el art. 61.2 y tratar como créditos contra la masa los de la parte *in bonis* por incumplimientos del concursado anteriores a la declaración del concurso. El tema se complica, como veremos, por las dudas sobre si cabe respecto a los contratos de tracto único solicitar la resolución por incumplimiento del concursado, contra lo que da a entender el art. 62.1 LC.

pueden ser resueltos por el juez cuando así lo solicite la *parte concursada* porque lo estima conveniente al interés del concurso (art. 61.2, 2 LC). Ello significa que la parte *in bonis* deberá pasar por la opción del concursado (o de la administración concursal), respecto a la subsistencia del contrato o la solicitud de resolución, que a ella no le asiste. En contrapartida, la ley procura la indemnidad de la parte *in bonis*, porque si el contrato se mantiene, el concursado deberá cumplirlo íntegramente con cargo a la masa, y si se resuelve, también serán contra la masa «*las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse*»³². Este tratamiento de los créditos que surjan como consecuencia de la resolución, con la inevitable erosión del patrimonio concursal y de las expectativas de cobro del resto de los acreedores, debe ponderarse a la hora de valorar si la resolución es conveniente y puede ser, a menudo, un factor que disuada de esta opción³³.

El presupuesto para que proceda la resolución «voluntaria» es que resulte conveniente al interés del concurso. Por interés del concurso, hay que entender la opción solutoria más favorable para los acreedores, de manera que, para que la resolución pueda acordarse, el grado de satisfacción de éstos debería ser mayor con la resolución que con la continuidad del contrato. En la doctrina, los elementos para la ponderación se formulan en términos relativamente pacíficos, pero la opción puede resultar bastante compleja atendidas las circunstancias del caso. Entre los factores relevantes se han destacado³⁴: el importe del crédito y de la deuda pendientes del concursado (de manera que procedería la resolución, si ésta es superior a aquél); la sujeción o no a la liquidación, del objeto del contrato que se recuperaría de optarse por la resolución, y su previsible valor liquidativo (si es inferior al que puede obtener la masa en el caso de que el contrato continúe, la resolución no es aconsejable); la función del negocio pendiente en la solución al concurso (si es necesario o útil para el convenio o la liquidación); la sustituibilidad del contrato en curso, por otro que pudiera satisfacer la misma necesidad con menor coste³⁵.

³² En cualquier caso, como ya vimos, la posición de la parte *in bonis* es mucho mejor que la que tendría de haber cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo (VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 696).

³³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.148.

³⁴ Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., págs. 1.147-48, y MONTSERRAT, A.: ob. cit., 89-90.

³⁵ Como ejemplo de la acogida jurisprudencial de estos criterios, la SJM núm. 1 de Palma de Mallorca de 28 septiembre de 2007 (FD séptimo), tras enunciarlos en términos similares a los expuestos, concluye subrayando la importancia de «los perjuicios que se ocasionan a la parte *in bonis*, dado que de existir los mismos deberán indemnizarse con cargo a la masa, así como las restituciones que procedan. Este es un punto clave a la hora de decidir acerca de la resolución instada, una vez que permitirá apreciar el «sacrificio» que para la masa supondría acceder a la restitución interesada, dado que no podremos atender a la resolución, cuando ésta resulte realmente gravosa para la masa por el desembolso que ello comportaría, en relación con el beneficio que se pretende obtener, unido a lo cual están las garantías de cobro de los daños y perjuicios sufridos por el tercero *in bonis* (...), lo que supondría que de manera directa e inmediata el interés de cualquier acreedor se verá afectado por la resolución que se acuerde, en el sentido que se le puede privar de la posibilidad de cobrar o satisfacer sus pretensiones».

2. Legitimación, plazo y procedimiento

Puede pedir la resolución en interés del concurso la administración concursal, en caso de suspensión, y el concursado, en caso de intervención, sin que en este caso, la LC exija la autorización de aquélla (que en todo caso será citada a comparecer por el juez del concurso). En presencia de circunstancias que permiten sostener la conveniencia de la resolución en interés del concurso, predomina la idea de que el concursado o la administración concursal no sólo podrían, sino que deberían solicitar la resolución³⁶. Conforme a la LC, el juez no podría declarar la resolución de oficio, ni tiene la parte *in bonis* legitimación para solicitarla, pues no es a ella a quien le corresponde valorar la conveniencia de la resolución desde la óptica del interés del concurso.

El hecho de que la ley no fije un plazo límite para solicitar la resolución en interés del concurso resulta criticable porque somete a la parte *in bonis* a una incertidumbre permanente sobre la subsistencia del contrato. Al respecto se han propuesto diversas soluciones, que en general abogan por la preclusión de la facultad de pedir la resolución transcurrido un plazo razonable (y no muy alejado de la declaración del concurso), atendidas las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, los comportamientos anteriores respecto al cumplimiento del contrato y el posible requerimiento que haga la parte *in bonis* al concursado sobre su voluntad de mantenerlo³⁷.

Una vez presentada la solicitud de resolución en interés del concurso ante el juez, éste debe citar a comparecencia al concursado, a la administración concursal (haya pedido o no la resolución) y la parte *in bonis*. Conforme a la ley, solamente el juez puede declarar resuelto el contrato³⁸, para lo que se ofrecen dos opciones.

³⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.149, MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 90, y VALPUESTA, E.: ob. cit., pág. 695. Si el concursado no solicita la resolución cuando aprecia su conveniencia para los intereses del concurso, podría ser sometido a régimen de suspensión, a instancias de los administradores concursales, y si son éstos quienes no lo hacen pueden incurrir en responsabilidad y ser separados por el juez de su cargo. Claro que, como reconoce MONTSERRAT, A. en nota 49, será difícil apreciar negligencia en la omisión de la solicitud de resolución, cuando su conveniencia para el concurso no resulte evidente.

³⁷ La cuestión es compleja y las soluciones propuestas discrepantes, de lo que dan buena muestra las posturas de MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.151, y VALPUESTA, E.: ob. cit., págs. 700-701. Para la primera, el plazo razonable para solicitar la resolución no podría superar el de la presentación del informe de la administración concursal. En cambio, para VALPUESTA, E., no cabe resolución en interés del concurso siempre que sea ya posible la resolución por incumplimiento (porque haya incumplido el concursado, o porque incumpla la parte *in bonis* sin que el concursado hubiera expresado su voluntad de resolución); o bien, cuando requerido por la parte *in bonis* para que se pronuncie sobre sus intenciones en un plazo prudencial, que no debería ser anterior al informe de la administración concursal, el concursado no se pronuncie o lo haga en favor de la subsistencia del contrato.

³⁸ No obstante, alguna sentencia, como la del JM Málaga, núm. 1, de 9 marzo 2006, admite la eficacia de la resolución puramente convencional. Entre las SS más recientes, la SAP Salamanca

Si la comparecencia revela que hay consenso entre los implicados sobre la extinción del contrato y sus consecuencias predomina la idea de que el juez deberá limitarse a homologar lo acordado, declarando la resolución mediante auto³⁹. Si no se produce acuerdo, el margen de maniobra del juez es mayor: instará al concursado para que plantee la resolución en demanda incidental y resolverá (mediante sentencia) sobre si procede o no la resolución, atendido el interés del concurso y, en caso de acordarla, sobre sus efectos.

3. Efectos de la resolución

Los efectos de la resolución serán los que determine el acuerdo entre el concursado, la administración concursal y la parte *in bonis*, en caso de haberse producido; y en su defecto, los que fije el juez, conforme a las consecuencias típicas de la resolución contractual. La primera de estas consecuencias, que la ley no menciona, es la extinción del contrato, que dejará de producir efectos futuros y, por tanto, no permitirá reclamar a ninguna de las partes las obligaciones pendientes. Las otras consecuencias serán eventuales («en su caso») y consistirán en la restitución de lo percibido y en la indemnización de los daños causados a la parte *in bonis*, que se satisfarán con cargo a la masa. Respecto a las posibles restituciones, la idea que predomina es que sólo procederá en los contratos de tracto único, cuando se haya producido una ejecución parcial por parte de uno de los contratantes, de manera que la resolución tendrá efectos *ex tunc* para ambas partes⁴⁰. En los contratos de tracto sucesivo, hay que entender que la resolución opera sólo con efectos *ex tunc*, sin afectar a las prestaciones recíprocas ya cumplidas, de manera que sólo procedería la restitución cuando se haya entregado alguna prestación sin haberse producido el pago correspondiente⁴¹. En cualquiera de los supuestos, si

(Secc. 1.^a), de 29 junio 2012, ratifica el criterio mayoritario conforme al cual «*si bien se contempla la posibilidad de que tanto por el concursado como por la administración concursal pueda estimarse conveniente al interés del concurso la resolución de los contratos con obligaciones periódicas pendientes de cumplimiento, se exige que tal resolución sea declarada judicialmente, incluso en el supuesto de que existiera acuerdo entre todas las partes manifestado en la comparecencia que se regula en el referido precepto*» (FD segundo).

³⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: ob. cit., pág. 1.152, JUAN Y MATEU, F.: ob. cit., pág. 140, MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 92, y VALPUESTA, E.: ob. cit., pág. 696 y nota 10. Precisamente la finalidad de la comparecencia será indagar el posible consenso de los implicados en la extinción del contrato y sus consecuencias. Si existe este consenso, la ley no autoriza a suponer que el juez pueda evaluar la idoneidad del acuerdo desde la óptica del interés del concurso, sino que deberá limitarse a un control formal y dictar auto de homologación: por todos, BONARDELL, R.: «Régimen de los contratos...», cit., pág. 1.780.

⁴⁰ En este sentido, ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos...», cit., pág. 315.

⁴¹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.154, MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 94, JUAN Y MATEU, F.: ob. cit., págs. 141-42. Por su parte, entiende ANTÓN SANCHO, M.: ob. cit., pág. 315, que, en caso de resolverse un contrato de tracto sucesivo, las obligaciones incumplidas por ambas partes se extinguen, mientras que las pendientes de cumplimiento por una de las partes respecto a períodos pasados deben cumplirse.

la restitución *in natura* resultase imposible (porque el bien se ha consumido, o se transmitió a un tercero), se satisfará por su equivalente pecuniario, siempre con cargo a la masa⁴².

También se satisfará con cargo a la masa, salvo un improbable acuerdo en otro sentido, la indemnización por los daños y perjuicios que cause a la parte *in bonis* la resolución (y por tanto, el hecho de que el contrato ya no se cumplirá en el futuro). La trascendencia de esta calificación del crédito indemnizatorio de la parte *in bonis* se opone a la eficacia de las posibles cláusulas incorporadas al contrato resuelto, que fijen el importe de la indemnización, en particular las que tienen una función punitiva, incluso si se hubieran previsto para el supuesto de la resolución en interés del concurso⁴³.

4. La norma sobre el cálculo de la indemnización en la resolución de contratos de arrendamiento financiero

La reforma de la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011, ha añadido un inciso al segundo apartado del art. 61.2, que se refiere al cálculo de la indemnización que puede resultar procedente cuando el juez acuerde la resolución, en interés del concurso, de un contrato de arrendamiento financiero. A falta de un acuerdo entre las partes, la norma obliga a acompañar con la demanda incidental (que inicia el contencioso alternativo al consenso sobre la resolución y sus efectos) una tasación pericial independiente de los bienes cedidos en *leasing* que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.

La norma, en sí misma considerada, plantea numerosos interrogantes, en particular sobre: i) los supuestos contractuales aludidos bajo la genérica alusión al «arrendamiento financiero» (clases de *leasing* afectados por la norma, que no hace distingo alguno), ii) la concreción del requisito de la «independencia» del perito tasador, y iii) el carácter no vinculante para el juez de la tasación pericial a la hora de cuantificar la indemnización. Respecto a esto último, puede parecer lógico que el valor de tasación de los bienes cedidos no resulte determinante si consideramos, por un lado, que la cuantía de la indemnización resultará de los daños que consiga acreditar la parte *in bonis* en cada supuesto, dependiendo de las cuotas ya satisfechas por el concursado en relación al total acordado; y por

⁴² Discrepa MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 95, que entiende que la ley sólo obliga literalmente a satisfacer con cargo a la masa la indemnización que proceda, y no el crédito a la restitución, que puede considerarse crédito concursal en supuestos «dudosos», semejantes al de los contratos cumplidos íntegramente por una parte. Sería el caso del crédito a la restitución de lo que el concursado haya percibido de la parte *in bonis* en contratos de tracto sucesivo, sin haber satisfecho las prestaciones correlativas antes de declararse el concurso.

⁴³ Así, para BONARDELL, R.: ob. cit., págs. 1.782-83, la ampliación convencional de los créditos prededucibles en caso de concurso no es posible, por la singularidad y el privilegio que comportan.

otro, que el importe de los pagos comprometidos incluirá el «sobreprecio» financiero sobre el valor de tasación de los bienes cedidos (que, por otro lado, acusará la depreciación por el tiempo transcurrido desde que el bien se cedió y por el uso del mismo). La pregunta, entonces, es por qué se carga al patrimonio concursal con una exigencia costosa (la de una tasación independiente) que puede no resultar determinante a la hora de fijar la indemnización en la sentencia que resuelva el incidente concursal sobre la resolución.

Sin embargo, todo lo anterior no es tan relevante, como el hecho de la propia inclusión de una norma expresa sobre la posibilidad de resolver en interés del concurso el contrato de arrendamiento financiero. Parece que, al hacerlo, el legislador pretenda zanjar la polémica anterior sobre si este contrato debe considerarse comprendido en el art. 61.1 o en el 61.2 (y en consecuencia, en el 62), cuando el arrendador *in bonis* ha entregado el bien objeto del *leasing* antes de declararse el concurso —y está, por tanto, en poder del concursado para su uso, normalmente afecto a la actividad empresarial o profesional. Como conforme al clausulado más habitual en estos contratos, una vez entregado el bien, no subsisten para la entidad de *leasing* obligaciones activas distintas de mantener al arrendatario en su uso pacífico, puede considerarse que estamos ante un contrato con obligaciones pendientes sólo a cargo de una de las partes (el concursado)⁴⁴. De manera que la parte *in bonis* tendrá un crédito concursal (con privilegio especial: art. 90.1, 4.º) por las cuotas impagadas antes de declararse el concurso, y el contrato no puede ser resuelto ni en interés del concurso (conforme al art. 61.2) ni por incumplimiento, anterior o posterior al concurso (art. 62.1). O bien, por el contrario, puede entenderse que estamos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes y, por tanto, sujeto al principio de vigencia (art. 61.2), que obliga al concursado a pagar las cuotas a su vencimiento con cargo a la masa, pero sujeto también a una posible resolución en interés del concurso y por incumplimiento⁴⁵.

⁴⁴ Aquí se simplifican cuestiones muy complejas que admiten otros enfoques, al margen del concreto clausulado contractual del *leasing* en cuestión. Desde considerar que es ajena a la esencia financiera del *leasing* la obligación de garantizar el goce arrendaticio (GARCÍA-POMBO, A.: «Las cuotas posteriores a la declaración del concurso en los contratos de arrendamiento financiero», *RDCP*, n.º 18, 2013, págs. 339 y ss., 352-53), hasta entender que, incluso si conforme al contrato subsisten obligaciones para el arrendador financiero una vez entregado el bien (p. ej., de saneamiento), falta la «reciprocidad funcional» entre estas obligaciones y las cuotas pendientes de pago por el arrendatario, necesaria para considerarlo un contrato con obligaciones pendientes para ambas partes (esto es, del art. 61.2): en esta línea, ya aprobada la reforma, HERBOSA, I.: «Tratamiento del *leasing* financiero en el concurso del arrendatario», *ADCo*, n.º 26, 2012, págs. 51 y ss., 70 y 71.

⁴⁵ No procede tratar aquí otros interrogantes que plantea el *leasing* en el concurso, por su confuso tratamiento en la LC y en otras leyes, con normas mal coordinadas sobre la posibilidad de que la entidad financiera recupere el bien y el alcance del privilegio especial del crédito por las cuotas impagadas. No parece que con la reforma se hayan resuelto las incertidumbres anteriores, como expone el concienzudo trabajo de HERBOSA, I.: «Tratamiento de *leasing*...», citado en la nota anterior.

Respecto a esta cuestión, la jurisprudencia anterior a la reforma del 2011 había emitido resoluciones divergentes, con un punto de inflexión a partir del VII Congreso de Jueces de lo Mercantil celebrado en Bilbao en octubre de 2010. La tesis mayoritaria hasta ese momento consideraba el contrato de *leasing*, con entrega anterior a la declaración del concurso, un contrato con obligaciones pendientes para ambas partes (reconducible, por tanto, al art. 61.2 LC)⁴⁶. En las Conclusiones del Congreso, sin embargo, prosperó la postura minoritaria de la jurisprudencia, propugnada por la AP de Alicante (Secc. 8.ª), en SS de 21 diciembre 2006 y 15 enero 2007, y sobre todo, por la SAP Barcelona (Secc. 15) de 9 noviembre 2010. Esta sentencia se apartó del criterio anterior del mismo Tribunal, basándose en una consideración eminentemente financiera (y no arrendaticia) del *leasing* y en el clausulado más habitual en estos contratos, que exime al arrendador, una vez entregado el bien, de cualquier obligación adicional. Conforme a esta tesis, el *leasing* se incardinaria en el art. 61.1 LC, como contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento sólo a cargo del concursado, de manera que todas las cuotas pendientes de pago serían crédito concursal y no procedería la resolución del contrato⁴⁷. No obstante, tras este pronunciamiento, han continuado las resolu-

⁴⁶ Sentencias de la AP Barcelona (Secc. 15) de 15 mayo y 19 junio 2009; AP Zaragoza (Secc. 5.ª), 21 noviembre 2008 y 12 enero 2009; SSJM n.º 1 de Bilbao, 29 diciembre 2006 y 26 octubre 2009; SJM n.º 1 Alicante 19 junio 2006; SJM n.º 3 Barcelona, 27 febrero 2006. *Vid.* HERBOSA, I.: *ob. cit.*, pág. 65, y TORTOSA RAMOS, M. L.: «Los contratos de *leasing* financiero en el concurso», *RDCP*, n.º 13, 2010, págs. 355 y ss., 358-59. La idea que predominaba era que las cuotas impagadas antes del concurso serían créditos concursales con privilegio especial, y las vencidas después créditos contra la masa.

⁴⁷ Así, conforme a las Conclusiones del VII Congreso de Jueces Mercantiles «la postura mayoritaria ha sido calificar el contrato de arrendamiento financiero, a efectos concursales, como un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento únicamente para una de las partes, en este caso, para el arrendatario financiero (...) tras la lectura de cualquier contrato de arrendamiento financiero se observa como el arrendatario se obliga al pago mensual de las cuotas correspondientes pero el arrendador, una vez entregado el bien no asume ninguna obligación más, ni siquiera las derivadas de garantizar el correcto uso y disfrute del bien, así nos encontramos dos tipos de clausulado:

1. *Cláusula en la que se indica expresamente que las partes están conformes que una vez entrado en vigor el contrato el arrendador financiero ya ha dado íntegro cumplimiento a sus obligaciones (...) salvo la de transferir el dominio en el supuesto ejercicio de la opción de compra (Sentencia AP de Alicante de 21 de diciembre de 2006).*
2. *En otros contratos (...) el arrendatario libera a la entidad de leasing de toda responsabilidad por la idoneidad, rendimiento, adecuación a la explotación a que va destinado, posibles vicios de fabricación o funcionamiento (...)*
3. *Además las causas de resolución por incumplimiento únicamente se prevé la resolución a instancias del arrendador por incumplimientos del arrendatario, pero no a la inversa (...) Por ello el arrendador durante la vigencia del contrato no se obliga a garantizar el goce pacífico y legal del bien objeto de arrendamiento (saneamiento en caso de evicción, 1475 CC, 1554 y 1560 CC en el arrendamiento) ni de los vicios o defectos ocultos que tuviere (saneamiento por defectos o gravámenes ocultos, 1484 CC) sino que se libera de su obligación con la entrega del mismo, su única obligación será ofrecer la opción de compra al finalizar la vigencia del contrato pero sin duda ésta no es más que una obligación accesorio de la de entrega de la cosa que no debemos tener en cuenta a efectos de calificación con-*

ciones discrepantes sobre la caracterización del contrato de *leasing*, la posibilidad de su resolución y el carácter (contra la masa o concursal) de los créditos por las cuotas pendientes de pago⁴⁸.

El TS ha respaldado la tesis favorable a tratar el *leasing*, cuando el bien ya hubiera sido entregado antes del concurso, como un contrato con prestaciones (principales) pendientes sólo a cargo del concursado y sujeto, por tanto, al régimen del párrafo primero del art. 61. La STS n.º 33/2014, de 11 de febrero, considera que existe ya doctrina consolidada en este sentido, deducida de las sentencias del TS 34/2013, de 12 de febrero, 44/2013, de 19 de febrero, y 492/2013, de 11 de julio⁴⁹. Lo sustancial de la argumentación de estas sentencias puede resumirse así: i) la necesidad de distinguir entre la configuración «en abstracto» del arrendamiento financiero (como contrato con obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria) y su finalidad práctica (financiera y de obtención de ventajas fiscales); ii) la necesidad de huir de apriorismos a la hora de decidir sobre la reciprocidad funcional de las obligaciones que derivan del *leasing*, imponiéndose la consideración casuística conforme al clausulado del contrato en cuestión; y iii) la insuficiencia de las obligaciones de permitir del goce pacífico del bien arrendado y transferir su propiedad cuando el arrendatario ejerce la opción de compra, para sostener que nos encontramos ante un contrato que sigue funcionando como sinalagmático tras el concurso y donde existen, por tanto, obligaciones pendientes de cumplimiento

cursal (en este sentido la Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 1 de Bilbao de 19.12.2007 (Incidente Concursal 257/2007) (...)

La conclusión... es perfectamente compatible con la definición legal contenida en la DA séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (...)

Consecuencias de tal calificación

De conformidad con lo expuesto no procede acordar la resolución del contrato en interés del concurso o por incumplimiento del concursado».

⁴⁸ Algunas sentencias siguen el criterio de la SAP Barcelona (Secc. 15) de 9 noviembre 2010 para contratos con un clausulado similar, como la misma AP en SS de 14 abril y 5 julio 2011, la reciente SAP Valencia (Secc. 9.ª) de 20 marzo 2012, y las SSJM n.º 6 Madrid de 20 de junio y 28 de julio de 2011, y de 14 de mayo de 2012. Otras lo hacen prescindiendo de los contenidos contractuales, como la SJM n.º 2 Alicante de 11 abril 2011, y algunas reconducen el contrato de *leasing* al art. 61.1 basándose en una discutible asimilación al contrato de préstamo: SSJM Las Palmas de Gran Canaria de 2 noviembre 2010 y 1 febrero 2011. No faltan pronunciamientos favorables a considerar el *leasing* como un contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, como la SJM n.º 5 de Madrid, 3 febrero 2011 y la del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Palencia de 5 octubre 2012, que califica como crédito contra la masa las cuotas de un arrendamiento financiero post-concursales. Esta sentencia, posterior a la reforma del art. 61.2, se acoge a la tesis que considera «mayoritaria en la jurisprudencia y por la que parece también decantarse el legislador que, con ocasión de la reciente reforma de la Ley Concursal, ha optado por ubicar la regulación de la resolución de los contratos de arrendamiento financiero en sede de su artículo 61.2 «in fine»... en lugar de hacerlo en su párrafo primero».

⁴⁹ Esta última, de hecho, justifica el interés casacional del recurso en la contradicción entre sentencias de AA PP sobre la consideración del contrato de *leasing* como de tracto sucesivo con o sin obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso (FD cuarto).

por ambas partes⁵⁰. Hay que decir, con todo, que alguna de las sentencias del TS que se vienen citando en apoyo de esta tesis, aparentemente consolidada (concretamente, la STS n.º 523/2013, de 5 de septiembre) no contribuyen a la deseable claridad en esta materia, por cuanto han considerado determinante la resolución del *leasing* en interés del concurso instada por el concursado⁵¹.

Así las cosas, hay que descartar que la norma sobre el cálculo de la indemnización en el supuesto de resolverse un contrato de *leasing* en interés del concurso, zanje definitivamente la polémica anterior en el sentido que parece más evidente: reconducir, a todos los efectos, este contrato a la categoría de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes⁵². Más bien, la reforma refuerza la necesidad de proceder a apreciaciones casuísticas, a la vista del concreto clausulado de cada contrato, y no de una consideración en

⁵⁰ Lo primero porque la mera obligación de no impedir el uso de las cosas por el arrendatario «sólo constituye, a efectos del art. 61 LC, un deber de conducta general, implícito en el 'pacta sunt servanda', en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega». Lo segundo porque la compraventa que resulta del ejercicio por el arrendatario de su opción de compra «no es un mero acto de ejecución del contrato de 'leasing', sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad» (STS 11 julio 2013, FD sexto)

⁵¹ Así, la STS n.º 523/2013, de 5 de septiembre, tras suscribir argumentos contenidos en alguna de las sentencias que consideran al *leasing* con bien ya entregado, como un contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento sólo a cargo del concursado (FD cuarto), acaba considerando «una circunstancia muy relevante para decidir sobre la anterior cuestión, que a instancia de la concursada se acordó la resolución del contrato en interés del concurso, lo que presupone, por su ubicación sistemática, que el contrato, al tiempo de declararse el concurso, contenía prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes» (FD quinto). Como ha expuesto muy bien la SAP Barcelona (secc. 15) de 27 de noviembre de 2013, la tesis de esta sentencia del TS hay que entenderla en el sentido de que el ejercicio de la facultad resolutoria por el concursado en interés del concurso «pueda resultar indicativo de la existencia de reciprocidad de las obligaciones pendientes de cumplimiento (...)» sin que de ello se deduzca una regla general aplicable a todos los contratos de 'leasing', sino más bien «la existencia de una excepción a la regla» (FD cuarto). Por tanto, el ejercicio de la facultad resolutoria por el concursado tendría un mero alcance presuntivo de la reciprocidad funcional del *leasing* durante el concurso, siendo necesario, con carácter general, analizar en cada caso concreto las cláusulas del contrato para «comprobar si la entidad de *leasing* soporta algún tipo de responsabilidad u obligación tras la entrega del bien». Sobre esta sentencia, *vid.* el comentario de ARA, C.: «Los efectos del concurso sobre el contrato de arrendamiento financiero: las cuestiones pendientes de resolver durante la fase de liquidación», *ADCo*, n.º 33, 2014, págs. 569 y ss.

⁵² Para ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos...», cit., pág. 304, la reforma del art. 61.2 hace aún más confusa la caracterización del *leasing* en el concurso. Como ha afirmado la SAP Pontevedra (Secc. 1.ª), de 23 abril de 2012 (FD quinto) «No puede decirse que la modificación introducida en el art. 61.2 LC por la reforma de la Ley 38/2011 haya resuelto definitivamente la cuestión al hacer una referencia expresa a este contrato en el art. 61.2 in fine, pero, sin embargo, de forma indirecta proporciona lo que puede interpretarse como una toma de postura del legislador por incardinar el contrato de arrendamiento financiero en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando se declara el concurso, a cargo de ambas partes, precisamente partiendo de su consideración como un contrato de tracto sucesivo. Se insiste, no es un argumento definitivo, pero introduce un elemento de interpretación favorable a la tesis aquí sostenida», que es la calificación como créditos contra la masa de las cuotas impagadas tras la declaración del concurso.

abstracto de la naturaleza del contrato de *leasing*, y del carácter —principal y recíproco, o no— de las obligaciones pendientes para ambas partes una vez entregado el bien. En la doctrina reciente se ha planteado si no podríamos encontrarnos ante una norma excepcional, concebida en interés del concurso, que no decide a otros efectos la caracterización del arrendamiento financiero como contrato con o sin obligaciones pendientes a cargo del arrendador *in bonis*⁵³. El legislador habría querido aclarar así la posibilidad de resolver el contrato de *leasing* en el concurso, como opción de política jurídica que pretende equilibrar los intereses en juego en situaciones frecuentes y controvertidas. Se trataría de una solución pragmática al margen de consideraciones conceptuales, y que no decide, con carácter general (sin considerar el concreto clausulado contractual), y cuando no se ejerce la opción resolutoria por el concursado, si el arrendamiento financiero es o no un contrato con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes tras el concurso⁵⁴.

La última jurisprudencia del TS en esta materia, expresada en las SS. 235/2014, de 22 de mayo, 494/2015, de 12 de septiembre, y la reciente 439/2016, de 29 de junio, ha minimizado el alcance de la reforma, entendiendo que la nueva redacción del art. 61.2, último inciso, de la LC, sólo resulta aplicable en los supuestos —que no concurren en los casos resueltos— en los que del análisis del concreto clausulado contractual resulte la pendencia, tras el concurso, de obligaciones recíprocas —principales y que se condicionan mutuamente— a cargo de ambas partes. Como afirma la STS n.º 494/2015 (FD 5), *«la interpretación que ha de darse a la nueva redacción del art. 61.2 de la Ley Concursal, y en concreto al último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, es que si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de leasing pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse ... que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la*

⁵³ En este sentido, con un planteamiento no del todo claro, HERBOSA, I.: ob. cit., pág. 64.

⁵⁴ En esta línea, la SAP Barcelona (secc. 15) de 27 de noviembre de 2013: *«una simple referencia de índole procesal y, más en concreto, en materia de prueba, no es suficiente para definir el contenido del contrato y para presumir que, en cualquier caso, el contrato de arrendamiento financiero impone al arrendador financiero obligaciones más allá de la declaración del concurso ... es necesario analizar en cada caso concreto las cláusulas de los contratos, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien ... el alcance de la reforma operada en el art. 61.2.2.º de la Ley Concursal no debe ser mayor que el de presumir la existencia de obligaciones pendientes de cumplimiento en el caso de que se haya ejercitado la opción que tal nombre establece. En los demás supuestos, la existencia de reciprocidad deberá examinarse a la vista de las concretas circunstancias del caso»*. En la misma línea y también tras la reforma, ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos...», cit., pág. 306, entiende que *«si la arrendadora ha sido exonerada del saneamiento y las reparaciones de la cosa, su crédito será concursal con privilegio especial»*.

naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes». De manera que cuando el contrato enjuiciado presente el contenido habitual que exonera al arrendador financiero de cualquier responsabilidad respecto al funcionamiento e idoneidad de los bienes arrendados, subrogando al arrendatario en las acciones que la arrendataria tuviera frente al proveedor o fabricante, «no resulta de aplicación el art. 61.2 de la Ley Concursal», ni puede acordarse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 61.2 (STS 439/2016, FD 7).

V. LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE AUTORIZAN LA RESOLUCIÓN POR CAUSA DEL CONCURSO

El art. 61.3 declara ineficaces aquellas cláusulas, muy frecuentes en la práctica anterior a la LC, sobre todo en los contratos de financiación con condiciones generales, que otorgan la facultad de resolver, o declaran extinguido automáticamente el contrato, por la mera declaración del concurso de cualquiera de las partes. El fundamento de la prohibición resulta claro: se trata de que no puedan frustrarse por vía convencional los fines de la ley cuando declara la vigencia de los contratos en el concurso. Las cláusulas de resolución por causa del concurso pueden frustrar la solución más idónea para los acreedores en general, o privar al patrimonio concursal de un activo indispensable o útil⁵⁵.

Más discutibles resultan las precisiones sobre el perímetro de la norma, con dos cuestiones problemáticas: a qué contratos se aplica, y si hay que entender prohibidas aquellas cláusulas que determinan la resolución del contrato no por el mero hecho de declararse el concurso, pero sí en situaciones análogas o que pueden producirse durante el proceso concursal. Respecto a lo primero, se ha afirmado que la norma no se aplica a las cláusulas que incorporan contratos que no son bilaterales, como los de sociedad⁵⁶, y con mayores dudas, tampoco a los de préstamo configurados como contratos reales⁵⁷. Resulta más problemático pronunciarse sobre la eficacia de las cláusulas de resolución o vencimiento anticipado

⁵⁵ La norma resultó novedosa respecto al Derecho anterior a la LC, pero no lo es el contexto de los países de nuestro entorno, como expone sucintamente GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos...», cit., págs. 2.815-16.

⁵⁶ De manera que sería válida una cláusula de extinción de la sociedad colectiva por causa de la declaración de concurso de uno de los socios, aunque el CdC lo que determina es la disolución de la sociedad por la apertura de liquidación (art. 222.3.^a): MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.156.

⁵⁷ Para MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: ob. y locs. últ. cit., y MONTSERRAT, A.: «Efectos...», cit., pág. 97, las cláusulas de resolución por causa del concurso en el préstamo real serían válidas, aunque en su opinión no mejorarían la posición del prestamista respecto a la que tendría en caso de no haberse puesto, pues en todo caso tendría un derecho a la restitución de la cantidad percibida por el concursado sometido al concurso. En cambio, SALINAS, C.: «Efectos del concurso...», cit., pág. 113,

que, sin referirse directamente al concurso, aluden al deterioro o presumible disminución de la solvencia del futuro concursado. Por analogía con el supuesto para el que se declara la ineficacia, predomina la opinión de que estas cláusulas tampoco serían válidas, porque defraudarían artificiosamente los fines de la norma (al conseguir, por vías indirectas, el resultado que el art. 61.3 trata de impedir)⁵⁸.

El art. 61.3 no se opone expresamente a aquellas cláusulas, que dan por resuelto el contrato o autorizan a las partes a hacerlo por circunstancias que, sin ser el propio concurso, puedan venir inducidas por él, tales como la disminución en las facultades de administración o disposición del concursado o la liquidación de su patrimonio. Predomina también, sin embargo, la tesis contraria a admitir la validez de estas cláusulas, salvo cuando las circunstancias contempladas puedan considerarse objetivamente como «justa causa» de resolución o denuncia conforme a la normas contractuales generales⁵⁹. Respecto a la fase de liquidación, se imponen ciertos matices, porque la propia LC contempla supuestos en que la apertura de la misma autoriza la resolución. Al tradicional supuesto del contrato de seguro⁶⁰, la reforma de la LC por la Ley 38/2011 ha añadido otra situación para la que se expresa un criterio favorable a la resolución contractual por la apertura de la fase de liquidación: cuando el juez apruebe el plan presentado por el concursado al solicitar el concurso en los concursos abreviados (art. 191 ter, 2, 3). Sin embargo, se trata de un supuesto que no sólo es bastante específico⁶¹, sino ajeno a la existencia de cláusulas contractuales sobre la resolución, que podría ser decretada por el juez que apruebe el plan de liquidación del concursado respecto a aquellos contratos (pendientes de cumplimiento por ambas partes) que no estén vinculados a una oferta de compra de la unidad productiva.

extiende la ineficacia de las cláusulas de vencimiento anticipado a los contratos de préstamo, que no están literalmente incluidos en el art. 61.3 por su carácter unilateral.

⁵⁸ En este sentido, GÓMEZ MENDOZA, M.: ob. cit., pág. 2.816, y menos claramente SALELLES, J. R.: «La vigencia...», cit., pág. 3.188, BONARDELL, R.: «Régimen...», cit., pág. 1.792 En cambio, VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 704 y nota 22, admite por principio la eficacia de las cláusulas que permitan resolver ante circunstancias objetivas, distintas del propio concurso, que disminuyan la solvencia, salvo que se trate de cláusulas *abusivas*.

⁵⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: ob. cit., pág. 61: por ejemplo, sería válida la cláusula de resolución vinculada a la suspensión en las facultades de administración del concursado, en un contrato *intuitu personae*, de manera que el concursado no pueda ser sustituido por la administración concursal a la hora de cumplirlo. El AJM n.º 1 de Oviedo, de 8 febrero 2006, que menciona VALPUESTA, E.: ob. y loc. últ. cit., consideró nula una cláusula que autorizaba a resolver en situaciones que limiten la plena capacidad de administrar y disponer de sus bienes por el prestatario.

⁶⁰ Para GÓMEZ MENDOZA, M.: ob. cit., pág. 2.816, y SALINAS, C.: ob. cit., pág. 113, el art. 37 LCS, que fue modificado por la disposición final 28.ª LC, representa una excepción al criterio de que hay que considerar inválidas, por principio, las cláusulas que vinculan una posible (o automática) resolución a la apertura de la fase de liquidación. Resaltan ambos autores el valor que ofrece mantener los contratos con obligaciones recíprocas para optimizar las posibilidades de vender las unidades productivas en funcionamiento.

⁶¹ Como destaca SALINAS, C.: ob. cit., pág. 113.

El art. 61.3 declara la ineficacia de las cláusulas de resolución/extinción de los contratos bilaterales como consecuencia del concurso, sin que sea necesario solicitar judicialmente dicha nulidad y sin que el contrato que tiene incorporada la cláusula vea alterada su validez. La excepción a la ineficacia de las cláusulas resolutorias por causa del concurso está prevista por la propia LC en su artículo 63.2, cuando mantiene la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales.

VI. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO (ART. 62)

1. **Ámbito de aplicación (art. 62.1): qué contratos pueden resolverse, y por qué incumplimientos (anteriores o posteriores a la declaración del concurso)**

1.1. **Planteamiento**

Conforme al art. 62.1, la declaración de concurso mantiene intacta la facultad de resolver los contratos a los que se refiere el art. 61.2, en el supuesto de producirse el incumplimiento posterior al concurso de cualquiera de las partes. La referencia al art. 61.2 LC, debe entenderse hecha a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes tanto a cargo del concursado como de la parte *in bonis*. Este principio parece la consecuencia lógica del mantenimiento de estos contratos en sus propios términos, que declara el art. 61.2.1, y no supone sino proveer a las partes de los remedios habituales (*ex art. 1124 CC*) para reaccionar frente al cumplimiento de obligaciones que, a pesar de la declaración del concurso, deben ser satisfechas en los términos previstos contractualmente⁶².

Conforme a la misma disposición, cuando se trate de **contratos de tracto sucesivo**, la facultad de resolución podrá ejercitarse también por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso. Esta precisión, entendida literalmente, descartaría que puedan resolverse por incumplimiento posterior al concurso contratos de tracto único en los que subsisten prestaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes. Con arreglo al tenor del art. 62.1 LC, tampoco parece posible resolver por incumplimiento aquellos contratos en los que una de las partes ha cumplido íntegra (o sustancialmente) sus obligaciones y la otra no. Este planteamiento normativo, puesto en relación con los fines del art. 62 LC y con los intereses presentes en el concurso, parece poco satisfactorio y plantea numerosos interrogantes respecto a los contratos que pueden resolverse por incumplimiento, y el momento en que deba producirse éste en relación con la naturaleza del contrato.

⁶² En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Art. 62», en ROJO/BELTRÁN, *Comentario a la Ley Concursal*, cit., págs. 1.162 y ss., 1.163; MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Los efectos de la declaración de concurso», cit., pág. 2.970, y BONARDELL, R.: «Régimen de los contratos», cit., pág. 1.783.

1.2. Supuestos problemáticos

A) Contratos con obligaciones recíprocas, cuando el concursado haya cumplido íntegramente

La facultad de resolución por incumplimientos posteriores al concurso, y en caso de contratos de tracto sucesivo, también anteriores, que contempla el art. 62.1, se refiere por éste no a cualquier contrato del que surjan obligaciones recíprocas, sino a aquellos regulados en el art. 61.2: esto es, los contratos en los que quedan prestaciones (no meramente accesorias o *residuales*) que aún deben cumplir ambas partes. Literalmente, en una interpretación *a contrario*, no resultaría posible para los contratos bilaterales donde alguna de las partes ya ha cumplido íntegramente con sus obligaciones.

No obstante, y como vimos en su momento (pág. 11), la facultad de resolución, con todas sus consecuencias, debe entenderse que asiste también al concursado con un contrato sinalagmático, que cumplió íntegramente con sus obligaciones antes del concurso. En cambio, no asistiría a la parte *in bonis* en la situación inversa, porque ya no puede esperar en el concurso un cumplimiento íntegro y en los términos del contrato por parte del concursado (o de la administración concursal).

B) Resolución, por incumplimientos anteriores al concurso, de contratos de tracto único con prestaciones pendientes fraccionadas

Literalmente, el ejercicio de la facultad de resolución en los contratos donde existan prestaciones pendientes a cargo de ambas partes es posible: i) por incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, en cualquier contrato, de tracto único o sucesivo; y ii) por incumplimientos que ya se han producido antes de declararse el concurso, en contratos de tracto sucesivo. Mientras que lo primero se asume pacíficamente, la conclusión que arroja la norma que ciñe a los contratos de tracto sucesivo (como los suministros), la posibilidad de reclamar la resolución «*también*» por incumplimientos anteriores al concurso, da lugar a opiniones enfrentadas entre los autores y en la jurisprudencia. En la doctrina predomina la idea de que la literalidad de la norma impide afirmar, que pueda resolverse un contrato de tracto único con prestaciones fraccionadas (como una compraventa con parte del precio aplazado), cuando se hubiera incumplido la que correspondía antes del concurso⁶³.

Esta conclusión, sin embargo, no es enteramente satisfactoria. En el supuesto de ser la parte *in bonis* la que haya incumplido antes del concurso una prestación par-

⁶³ Por todos, BONARDELL, R.: «Régimen de los contratos...», cit., pág. 1.783, MONTSERRAT, A.: «Efectos generales...», cit., pág. 99, y CLEMENTE, M. E.: «Los efectos de la declaración...», cit., pág. 212, respecto a la compraventa de inmuebles con precio a pagar en plazos sucesivos.

cial en un contrato de tracto único, resulta difícil aceptar que no pueda el concursado resolver el contrato, privando a la masa de los créditos a la restitución e indemnización inherentes a la acción resolutoria. Ciertamente, la *parte concursada* no sólo puede en este caso reclamar la prestación incumplida con los intereses moratorios y la indemnización que proceda, sino también solicitar la resolución en interés del concurso con arreglo al art. 61.2, pero con consecuencias más gravosas para la masa⁶⁴. Peor es la situación de la parte *in bonis* si el que incumplió antes del concurso fue el concursado, porque quedaría sujeto a la continuidad del contrato, sin poder pedir la resolución, y sus expectativas de cobro pueden verse bastante limitadas a pesar de cargarse a la masa su crédito⁶⁵. De ahí que autorizadamente se defienda la posibilidad de resolver cualquier contrato, de tracto único o sucesivo, por incumplimientos anteriores al concurso. El fundamento radicaría en propio principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes cuando se declara el concurso (art. 61.2). De este principio hay que deducir que a los contratantes les asisten los medios de tutela propios de las relaciones sinalagmáticas, y entre ellos la facultad de resolver, siempre que concurren los requisitos necesarios de un incumplimiento resolutorio (grave y esencial)⁶⁶.

En la jurisprudencia, la cuestión de si los contratos de tracto único con prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, pueden o no resolverse por incumplimientos anteriores al concurso, dista mucho de ser pacífica, destacándose una opción que parece mayoritaria, respecto a la contraria, menos frecuente, pero que ha sido bien fundamentada. Como exponente de la tesis que impide la resolución por incumplimientos anteriores al concurso de los contratos de tracto único, puede verse la SAP de A Coruña (Sección 4.ª) de 7 septiembre 2011, apoyándose en argumentos sostenidos en otros muchos fallos de la «jurisprudencia menor»⁶⁷. Esta tesis se ha visto avalada por el TS en su sentencia

⁶⁴ Ya que los créditos contra el concursado cuando se resuelve en interés del concurso son contra la masa (art. 61.2, 2), mientras que el crédito por incumplimiento anterior al concurso, si se resuelve por este motivo, es crédito concursal (art. 62.4): MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pág. 70. No parece apreciar esta diferencia entre los dos supuestos resolutorios, VALPUESTA, E.: «Comentario al art. 62», en CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios...*, cit., pág. 708, cuando considera que «*si el incumplimiento previo al concurso fuera de la parte in bonis, el concursado podrá resolver por incumplimiento ya que puede resultar conveniente o necesario para el "interés del concurso", y respecto de él no existen las restricciones que sí operan para el acreedor*».

⁶⁵ BONARDELL, R.: ob. y loc. ult. cit., y MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 101.

⁶⁶ Esta apelación a los criterios generales plantea la duda de si la resolución quedaría sujeta o no al art. 62 LC, en particular por lo que se refiere a la posibilidad que el juez decida el cumplimiento en interés del concurso, aunque exista causa para resolver el contrato y así se le haya pedido. La solución favorable parece la más lógica, considerando que la opción judicial por el cumplimiento del contrato responde al interés del concurso (art. 62.3), y la posibilidad de rehabilitar contratos ya resueltos en los tres meses anteriores a la declaración del concurso (art. 69): MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., pág. 71.

⁶⁷ La larga enumeración que contiene el FD tercero incluye: SSAP A Coruña (Secc. 4.ª) de 11, 22 y 28 de julio de 2011, AP (4.ª) Murcia de 3 y 10 de marzo 2006, AP (1.ª) Pontevedra de 13 sep-

4092/2013, de 25 de julio, para un supuesto de incumplimiento anterior al concurso de una entrega de vivienda con pago diferido por la promotora-vendedora⁶⁸.

Por el contrario, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales (SAP Valencia de 29 noviembre 2010, Alicante de 9 julio y 11 octubre de 2010, y Castellón de 17 enero 2011, entre otras) han mantenido la tesis de que la resolución por incumplimientos contractuales anteriores al concurso procede tanto en contratos de tracto sucesivo como en contratos de tracto único⁶⁹. La SAP Salamanca

tiembre y 29 noviembre 2010, AP (1.ª) Cuenca, de 15 mayo 2011, SJM 1 de Madrid de 15 abril 2005, SJM 1 Mallorca de 16 junio 2009, SJM 1 Bilbao de 21 septiembre 2009, SSJM 6 de Madrid de 19 abril y 27 septiembre 2010. Con respecto a un contrato de compraventa, se sostiene en la SAP A Coruña (Sección 4.ª), de 7 septiembre 2011 (FD segundo), su carácter bilateral o sinalagmático y de tracto único, para considerar que: *«El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior; como así resulta del art. 62.1 (...), distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria, por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso, jurídicamente reputado como de tracto único»*. *«En definitiva, el régimen jurídico de la resolución contractual, en sede concursal, contiene una regulación normativa distinta del régimen legal resolutorio general o común, y así se faculta a romper el vínculo contractual no existiendo incumplimiento, o mantenerlo, pese a la inobservancia de las prestaciones que conforman las obligaciones de las partes y, por tanto, concurriendo causa resolutoria del sinalagma convencional, todo ello en interés del concurso, o establecer un régimen específico, según nos hallemos ante contratos de tracto único o sucesivo»*. Añade la sentencia que se trata de la interpretación mayoritaria, y la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, que no considera aberrantes: *«Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso»*. La misma Audiencia se reafirma en estos argumentos en su sentencia n.º 13/2014, de 24 de enero, respecto a un contrato de compraventa de vivienda con incumplimiento de la promotora-vendedora anterior al concurso (FD tercero).

⁶⁸ Argumenta el TS (FD quinto) en esta sentencia (caso MARTINSA-FADESA) que *«en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato»*.

Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un solo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento».

⁶⁹ Resulta representativa de esta tesis minoritaria la SAP Valencia (Sección 9.ª) de 16 enero 2012, que en su FD Sexto expone los argumentos favorables a la misma, ya aducidos en sentencias precedentes: *«En principio, podría inferirse del inciso final del art. 62.1 LC que no es posible instar*

(Sección 1.^a) de 4 abril 2012 ha expuesto abiertamente las discrepancias en la jurisprudencia sobre este punto, y se decanta por la tesis dominante, que entiende confirmada por la reforma de la LC a través de la Ley 38/2011⁷⁰. En su FD tercero sostiene la «contundencia» del art. 62.1 al establecer la facultad resolutoria de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento sólo para incumplimientos posteriores a la declaración de concurso por cualquiera de las partes, *«salvo en el caso de los contratos de tracto sucesivo, en los que se admite también la facultad resolutoria en caso de incumplimientos anteriores a la declaración de concurso de acreedores»*. Y aunque admite la existencia de sentencias de otras Audiencias *«que proponen una interpretación superadora de la Ley defendiendo la facultad de instar tras la declaración de concurso la resolución de contratos de tracto único con obligaciones recíprocas incumplidas por cualquiera de las partes con anterioridad a la declaración de concurso»*, discrepa de esta interpretación, porque no es conforme con la finalidad perseguida por el art. 62.1, que se desprende claramente de su tenor literal. La tesis mayoritaria no sólo sería *«respetuosa con el sentido propio de las palabras del legislador,*

la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa... No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1) La privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del art. 62.1 LC. 2) No puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación... 3) Tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del art. 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis...».

⁷⁰ «Como acertadamente señala el juzgador “a quo” en su sentencia, en la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos civiles (arts. 61 a 63 LC) se intenta conjugar, por un lado, el interés de la parte “in bonis” por activar el principio de equidad que debe presidir la ejecución de los contratos bilaterales y, por otro lado, el interés de la masa de acreedores, basado en el principio básico de la “pars conditio creditorum”, en la conservación de la masa activa del concurso como patrimonio común de garantía de todos los acreedores. Este equilibrio de intereses individuales (del acreedor) y colectivos (del conjunto de acreedores) se perfila en un cuadro regulador (el de los arts. 61 y 62 LC) que combina principios rectores básicos del nuevo derecho concursal (la declaración de concurso no afecta por sí sola a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) con excepciones puntuales en atención a los intereses de algunos acreedores (la facultad de la parte “in bonis” en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento de instar la resolución contractual por el incumplimiento de obligaciones posteriores al concurso, e incluso de obligaciones anteriores en el caso de contratos de tracto sucesivo) o en atención al interés del concurso (la facultad de la administración concursal de solicitar la resolución del contrato y la facultad del juez de acordar el cumplimiento del contrato aunque incurra en causa de resolución)».

con el contexto normativo del moderno derecho concursal (procurar la mejor satisfacción de la masa de acreedores) y con el espíritu y finalidad de la norma (restringir la facultad resolutoria sólo a determinados contratos en los que siga vigente la reciprocidad de prestaciones pendientes de cumplimiento), sino que vendría confirmada también por la reforma concursal, que ha mantenido incólume el texto del art. 62.1»⁷¹. Con todo, la sentencia admite que en circunstancias «sumamente excepcionales» pudiera tener sentido una interpretación superadora de la Ley⁷².

2. El ejercicio de la acción resolutoria y las opciones del juez del concurso (art. 62.2)

Conforme al art. 62, la facultad de resolución por incumplimiento de la contraparte contractual puede ejercitarse tanto por la *parte concursada* (el propio concursado intervenido, o la administración concursal en caso de suspensión), como por la parte *in bonis*. El art. 54.1 y 2 LC precisa las condiciones de la legitimación procesal respecto a las acciones que correspondan al concursado según se halle sometido a intervención o suspensión. En el primer caso, el concursado deberá contar con la conformidad de la administración concursal para solicitar del juez la resolución del contrato ante el incumplimiento de la parte *in bonis*, pero también podría solicitarla la propia administración concursal si lo estima conveniente a los intereses del concurso y el juez le autoriza a hacerlo (art. 54.2).

Resulta pacífica la necesidad de ejercitar la acción resolutoria ante el juez del concurso, sin que sea posible la resolución extrajudicial (frente a lo que se

⁷¹ «¿Para qué mantener la distinción legal entre contratos con obligaciones recíprocas de cumplimiento y, dentro de éstos, entre contratos de tracto único y tracto sucesivo, a efectos de regular la facultad de resolución por incumplimientos posteriores y anteriores al concurso, si a posteriori, ignorándose la delicada disección legal, se extiende judicialmente el régimen resolutorio a los contratos que quedaron fuera de dicho régimen (los contratos con obligaciones incumplidas por una de las partes o por las dos antes de la declaración de concurso)?».

⁷² Se trataría de situaciones «en las que el tenor legal ampara situaciones en las que se constata una manifiesta injusticia material, contrarias incluso al propio espíritu y finalidad últimas de la Ley en cuestión. Sin desconocer que las restrictivas posibilidades resolutorias contempladas en la Ley Concursal (derogando tácitamente en sede concursal prerrogativas características de los casos de incumplimiento de contratos bilaterales) pueden dejar en situación de desventaja a quienes son parte de relaciones contractuales enteramente incumplidas por el concursado antes de la declaración de concurso, lo cierto es que la decisión del legislador debe respetarse por cuanto con ella pretende favorecer decididamente al interés del concurso (y, por tanto, de la colectividad de acreedores) frente al interés individual de la parte «in bonis», quien en todo caso tiene la oportunidad de actuar en defensa de su derecho mediante la comunicación en el concurso del crédito que pudiera corresponderle por el incumplimiento de la contraparte concursada, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y someter así su derecho al régimen común concursal para intentar el cobro del mismo».

admite, en general, conforme al régimen del 1124 CC)⁷³. El motivo radica en la gravedad de los efectos económicos de la resolución, cuando la pida la parte *in bonis*, por la posible generación de un crédito contra la masa, y en la opción que se reconoce al juez de acordar en interés del concurso el cumplimiento del contrato, aunque se verifique el incumplimiento (la «causa de resolución», conforme al art. 62.3)⁷⁴. El juez competente para conocer de la acción resolutoria, o acordar el cumplimiento del contrato incumplido, en su caso, es siempre el juez del concurso, tanto si la acción se dirige contra el concursado como contra la parte *in bonis*⁷⁵, y la acción resolutoria se sustancia por los trámites del incidente concursal.

Instada oportunamente la resolución de un contrato por incumplimiento, al juez se le plantean dos opciones: i) declarar la resolución, con las consecuencias restitutorias e indemnizatorias que procedan, conforme al art. 62.4; y ii) acordar el cumplimiento del contrato, en interés del concurso, aunque exista causa de resolución, conforme al art. 62.3.

3. El cumplimiento del contrato decidido por el juez. La consideración como deudas de la masa de las prestaciones debidas o futuras a cargo del concursado (art. 62.3)

Conforme al art. 62.3, ejercitada por cualquiera de las partes la acción resolutoria, el juez puede decidir la continuidad del contrato y su cumplimiento, que en el caso del concursado correrá con cargo a la masa. La opinión mayoritaria entiende que el juez podría optar por el cumplimiento del contrato de oficio, y al margen de quien haya solicitado la resolución, aunque la regla parece concebida primordialmente para incumplimientos del concursado y solicitudes de resolución de la parte *in bonis*⁷⁶. De esta posibilidad se ha hecho uso en la práctica para mantener en vigor contratos de duración incumplidos por el concursado que resultan vitales para el mantenimiento de su actividad empresarial, en particular el suministro de electricidad cuando el concursado hubiera dejado de pagar varios recibos.

⁷³ Y, en opinión de GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso...», cit., pág. 2.817, nota 100, de manera incongruente con la posibilidad de resolución extrajudicial en supuestos análogos, como el del art. 69 LC (rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado).

⁷⁴ Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario al art. 62», cit., pág. 1.166, MONTSERRAT, A.: «Los efectos generales...», cit., pág. 107, y VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 710.

⁷⁵ Y por distintos motivos en uno y otro caso, como expone MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit. pág. 1.167.

⁷⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario al art. 62», cit., pág. 1.167, y VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 710, que considera que se trata de una injerencia judicial «excepcional» y de cuestionable justificación, al amparo del «todopoderoso» interés del concurso. También es una norma original en el panorama comparado: GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso...», cit., pág. 2.818, y BONARDELL, R.: «Régimen», cit., pág. 1.787.

Respecto a estos contratos, algunas sentencias, con argumentos discutibles, permiten al juez obligar a la empresa comercializadora a mantener el suministro eléctrico incluso en un supuesto resolutorio distinto al contemplado en el art. 62.3: concretamente, cuando la resolución de la parte *in bonis* se funda no en el incumplimiento, por el concursado, de un contrato en vigor, sino en la negativa de la compañía eléctrica a prorrogar el contrato una vez concluido el período de suministro⁷⁷. Para respaldar estas decisiones se ha argumentado que el art. 62.3 sólo alude a la existencia de una causa resolutoria, sin ceñirse, a diferencia del art. 62.1, a la «*resolución por incumplimiento*», y puede entenderse, por tanto, que el primero incluye otros supuestos de extinción contractual, como el transcurso del período pactado. Sin embargo, esta interpretación se ha criticado porque supone extralimitar la potencialidad del «interés del concurso» como argumento que autoriza al juez a impedir, con un alto riesgo para la empresa suministradora, que finalicen contratos necesarios para mantener la actividad empresarial del concursado⁷⁸.

Tratándose de contratos de tracto sucesivo, resulta indiferente que el incumplimiento resolutorio se haya producido antes o después de la declaración del concurso. Cuando la resolución la solicite la parte *in bonis* parece, en cambio, que no debe resultar indiferente la capacidad del concursado de cumplir el contrato en lo sucesivo. En efecto, por muy estimable que sea la consideración al interés del concurso, no parece que el juez pueda acordar el cumplimiento del contrato cuya resolución reclama la parte *in bonis*, cuando el concursado no pueda hacerle frente, por resultar insuficiente la masa activa para satisfacer las deudas derivadas del mismo. Esta era la idea que predominaba antes de la reforma de la LC por la Ley 38/2011⁷⁹, y que queda reforzada con esta reforma por el criterio claramente favorable a concluir sin demora los concursos en los que se revele la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra ella. Por los mismos motivos, resulta dudoso que el juez pueda volver a acordar el cumplimiento de un contrato, cuando la parte *in bonis* pida de nuevo la resolución ante el incumplimiento posterior por el concursado del contrato que el juez rechazó resolver, sobre todo si es por insuficiencia de la masa activa (cfr. la norma del art. 69.1 *in fine*)⁸⁰.

⁷⁷ Se han pronunciado sobre estas situaciones las SS del Juzgado Mercantil n.º 1 de Málaga, de 9 noviembre 2010 y del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 y Mercantil de Jaén de 29 marzo 2010, ésta confirmada por la SAP Jaén de 5 octubre 2010.

⁷⁸ Esta es la opinión de GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica», *ADCo*, n.º 25, 2012, págs. 207 y ss., 228.

⁷⁹ Por todos, en esta línea, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., pág. 1.169, y recientemente, GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Los límites del interés del concurso», cit., pág. 226. En la jurisprudencia, las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (n.º 2) de 21 julio 2005 y Oviedo de 3 febrero 2006.

⁸⁰ La opinión mayoritaria admite que la parte *in bonis* pueda volver a instar la resolución del contrato cuando el juez hubiera acordado el cumplimiento y el concursado no hace frente al mismo. Como afirma la SAP Palencia (Sec. 1.ª) de 22 febrero 2007, FD segundo, la LC no permite «concluir que en caso de que se hubiese dictado resolución que con amparo en el apartado 3.º del artícu-

Es el interés del concurso, cuya presencia apreciará el propio juez, lo que le autoriza a imponer a quien solicita la resolución un sacrificio que, si se trata de la parte *in bonis*, se ve compensado por la calificación como «créditos contra la masa» de todas las prestaciones pendientes. Ejemplos tópicos en los que el interés del concurso exige el cumplimiento del contrato, vendrían dados por la necesidad para el concursado de celebrar otro contrato sustitutivo, en condiciones más gravosas que el que se pretende resolver, o por el hecho de que los bienes o servicios que se adquieren en virtud del contrato, y que no pueden obtenerse de otros sujetos en condiciones similares, resultan imprescindibles para la continuación de la actividad del concursado⁸¹.

Cuando el juez acuerda el cumplimiento del contrato, el art. 62.3 determina que sean con cargo a la masa «*las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*». La interpretación sobre el alcance de este inciso, suscita las mismas dudas que vimos al ocuparnos de las obligaciones del concursado, en los contratos con prestaciones pendientes a cargo de ambas partes que continúan vigentes tras la declaración del concurso (art. 61.2 LC). Concretamente, se cuestiona si las «prestaciones debidas» por el concursado antes de declararse el concurso deben considerarse, como literalmente expresa el art. 62.3, y como sin duda hay que considerar a las prestaciones vencidas tras el concurso, créditos contra la masa, o bien deberían considerarse créditos concursales. En el supuesto que regula la norma que ahora nos ocupa, la duda se contrae a los contratos de tracto sucesivo incumplidos por el concursado antes de declararse el concurso, que son los únicos que, conforme al art. 62.1, podría pretender resolver la parte *in bonis* por incumplimientos anteriores a aquél. Pues bien, hay una orientación bien fundamentada, y mayoritaria en la jurisprudencia, que sostiene que la LC asienta una distinción entre los dos tipos de deudas (anteriores y posteriores al concurso), de manera que las deudas impagadas antes de la declaración de concurso son deudas concursales que deben comunicarse a la administración concursal para cobrarse en el concurso, mientras que sólo las posteriores a su declaración serían deudas de la masa. Abogarían por esta tesis el principio de igualdad de los acreedores, ya que en general los créditos anteriores al concurso son concursales, y la necesidad de reducir al mínimo el importe de los créditos

lo 62 de la misma declare el cumplimiento del contrato, no pueda volver a ejercitarse acción con el mismo objeto, y ello se sostiene por la posibilidad de que se hayan modificado las circunstancias concurrentes en el momento del dictado de la anterior resolución». También suele rechazarse que el juez pueda volver a acordar el cumplimiento del contrato reiteradamente incumplido, en cualquier caso (GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos...», cit., pág. 2.818, que estima que en este caso se estaría privando de eficacia a los incumplimientos), o sólo cuando la masa activa resulte ya insuficiente para pagar los créditos que seguirá generando el contrato: MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.170, y VALPUESTA, E.: ob. cit., pág. 714. En el caso de incumplimientos del concursado por otros motivos, el juez podría acordar el cambio del régimen de intervención a suspensión, o en su caso separar a los administradores concursales: MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: ob. últ. cit., y MONTSERRAT, A.: «Los efectos», cit., pág. 118.

⁸¹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.169.

contra la masa, que comprometen la continuación de la actividad y la satisfacción de los acreedores. Numerosas sentencias de Juzgados y Audiencias en relación a contratos de suministro de electricidad se han pronunciado en este sentido⁸².

No obstante, en la doctrina predomina la tesis que opta por una interpretación literal del art. 62.3, que no distingue entre deudas anteriores o posteriores al concurso, a la hora de cargar a la masa con los pagos pendientes y futuros que resultan de los contratos que, pretendiendo resolverse por la parte *in bonis*, deben seguir cumpliéndose porque así lo decide el juez en interés del concurso. Aparte del poderoso argumento literal, no faltan en la LC otras normas que sustentan una interpretación sistemática en esta línea, en particular las que se ocupan de la rehabilitación de contratos (arts. 68 a 70), y que permiten deducir que el sacrificio para la parte *in bonis* de sujetarse a un contrato ya extinguido (o en el caso de haber instado la resolución por incumplimiento, que debería declararse extinguido) debe compensarse con la garantía de que todos sus créditos contra el concursado se cobrarán con cargo a la masa⁸³. En la jurisprudencia, alguna sentencia ha acogido esta tesis, como la SAP de Barcelona (Secc. 15) de 13 septiembre 2006. El problema de esta tesis es que, según se ha comprobado, puede ser empleada estratégicamente por los acreedores del concursado, que mantienen con él contratos vitales para mantener la actividad empresarial, como es el caso, en particular, del suministro de electricidad. La suministradora puede instar la resolución, presumiendo que el juez se decantará por el cumplimiento, y que cobrará con cargo a la masa los importes de facturas impagadas antes del concurso que, de haberse declarado la resolución, serían considerados créditos concursales. El adecuado tratamiento a este problema pasa por entender que la opción favorable al cumplimiento del contrato presupone que exista causa de resolución y, por tanto, que el incumplimiento del concursado sea de suficiente entidad y no una demora en los pagos: de manera que no bastaría el impago de uno o dos recibos para atraer las

⁸² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 21 julio 2005, SJM n.º 1 de Murcia de 26 abril 2005, Juzgado 1.ª Instancia y Mercantil n.º 9 de Córdoba de 8 julio 2005, SJM n.º 1 de Oviedo de 3 febrero 2006, SAP Murcia de 21 julio 2008, SAP Sevilla (Secc. 5.ª) de 9 diciembre 2008.

⁸³ VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 713, en la línea ya sostenida por GÓMEZ MENDOZA, M.: «Prestaciones anteriores...», cit., pág. 130, BONARDELL, R.: «Régimen...», cit., pág. 1.791, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., págs. 95 a 101, y respecto al contrato de suministro de energía eléctrica, JUAN Y MATEU, F.: «Los contratos de suministro...», cit., pág. 148; SALINAS, C.: «Efectos del concurso...», cit., pág. 123, y recientemente, GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Los límites del interés del concurso», cit., págs. 223 y 224, y ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos...», cit., pág. 321. Como expone MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: algunos de los argumentos «sistemáticos» invocados en apoyo de la tesis que considera créditos concursales los nacidos antes de la declaración de concurso, y en particular el art. 84.2 LC, son fácilmente «reversibles», porque no se oponen al carácter de créditos contra la masa de los que, con arreglo a otros preceptos (concretamente, a los arts. 61 y 62 LC), «resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso» (art. 84.2, 6.º).

consecuencias del art. 62.3 y cargar a la masa los pagos cuyo retraso no supone un incumplimiento resolutorio⁸⁴.

Según la opinión mayoritariamente sostenida en la doctrina, la continuidad del contrato decidida por el juez no impide acordar en favor del perjudicado por el incumplimiento que así lo exija la indemnización de los daños causados, a pesar de que la ley no la contempla para este supuesto⁸⁵.

4. Las consecuencias de la resolución del contrato (art. 62.4)

El último apartado del art. 62 establece, de manera incompleta y con extremos poco claros, las consecuencias típicas de la resolución declarada por el juez del concurso, que tendrá eficacia liberatoria, restitutoria e indemnizatoria. La norma decide expresamente la eficacia liberatoria (*«quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento»*), e indemnizatoria (*«en todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda»*) de la resolución. En cuanto al presumible efecto restitutorio de toda resolución contractual, la norma se limita a precisar el carácter de crédito contra la masa o concursal de la parte *in bonis* por las obligaciones vencidas, según el incumplimiento de las mismas, por el concursado, sea anterior o posterior a la declaración de concurso.

La norma comienza afirmando la eficacia liberatoria o extintiva, que refiere sólo a las obligaciones aún no vencidas al tiempo de la resolución. Resulta lógico que estas obligaciones futuras se extingan y no deban cumplirse ya, una vez resuelto el contrato, pero la misma suerte parece que deben correr las obligaciones recíprocas vencidas e incumplidas por ambas partes, a las que no alude el art. 62.4⁸⁶.

Más problemático es el alcance de los efectos restitutorios de la resolución del contrato. El art. 62.2, segundo párrafo, sólo decide el carácter concursal o contra la masa del crédito que, como consecuencia de la resolución, tenga la parte *in bonis* que haya cumplido sus obligaciones, frente al concursado incumplidor. En cualquier caso, el efecto restitutorio de la resolución no afectaría, en los contratos

⁸⁴ En esta línea, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones», cit., págs. 102 y 103, SALINAS, C.: ob. cit., pág. 123, y GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: ob. cit., pág. 225.

⁸⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario...», cit., pág. 1.170, CLEMENTE, M. E.: «Los efectos...», cit., pág. 214, BONARDELL, R.: «Régimen...», cit., pág. 1.791, MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 110, VALPUERTA, E.: «Comentario...», cit., pág. 713.

⁸⁶ Lo explica muy bien CLEMENTE, M. E.: «Los efectos...», cit., pág. 214 y nota al pie 33, basándose en lo que la resolución representa como alternativa al cumplimiento y en el carácter restitutorio (de las prestaciones ya cumplidas) de los créditos que surgen por la resolución. En la misma línea, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., pág. 73, matizando las consecuencias de la tesis, sostenida antes por la misma autora («Comentario al art. 62», cit., pág. 1.171) de la eficacia *ex nunc* (no retroactiva) de la resolución. De acuerdo, BONARDELL, R.: ob. y loc. últ. cit.

de tracto sucesivo, a las prestaciones recíprocas ya realizadas, porque los cumplimientos parciales han satisfecho el interés de las partes hasta el momento y no hay, respecto a ellas, incumplimiento resolutorio⁸⁷.

Cuando el incumplimiento del concursado fuera anterior al concurso, el crédito de la parte *in bonis* será un crédito concursal⁸⁸, que es la opción que parece más coherente con el tratamiento paritario de los acreedores con créditos anteriores al concurso. Recordemos que, conforme a la literalidad de la ley (art. 62.1), sólo es posible resolver por incumplimientos anteriores al concurso los contratos de tracto sucesivo, y que esta es la tesis mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia, con fundadas opiniones discrepantes. En cambio, es posible resolver por incumplimientos posteriores al concurso tanto los contratos de duración, como los contratos de tracto único, y en ambos casos la resolución genera en la parte *in bonis* un crédito que se cobrará con cargo a la masa.

El aspecto más discutido del planteamiento sobre el crédito de la parte *in bonis* no es, sin embargo, el de su consideración como crédito concursal o contra la masa, sino el de su carácter estrictamente *restitutorio*. Los autores polemizan, en efecto, sobre cuál es el contenido del crédito de la parte *in bonis*, que podría consistir, o en exigir al concursado que satisfaga la prestación incumplida, o en reclamarle la devolución de la prestación satisfecha por la parte *in bonis*⁸⁹. Y en este último caso tampoco está claro si debería tratarse de una restitución *in natura*, siempre que

⁸⁷ Por todos, MONTSERRAT, A.: «Los efectos...», cit., págs. 108-109.

⁸⁸ Algún autor, como MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Los efectos...», cit., pág. 2.972, entiende esta calificación como concursal del crédito restitutorio por incumplimientos del concursado anteriores al concurso, como una «sanción» a la negligencia del acreedor *in bonis*, que no solicitó oportunamente (antes del concurso) la resolución del contrato incumplido. Contra este argumento, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Prestaciones anteriores...», cit., pág. 133.

⁸⁹ El problema, para BONARDELL, R.: «Régimen...», cit., pág. 1.786, es que cuestiones como la eficacia real u obligacional de la restitución tampoco están claras conforme al régimen general de la resolución contractual. Sin embargo, para los civilistas MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 110, y CLEMENTE, M. E.: ob. cit., pág. 214, nota 33, y 215, es la reclamación de la prestación entregada por la parte *in bonis*, y no la contraprestación del concursado, lo que se corresponde con la opción por la resolución en lugar del cumplimiento. En cambio, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., págs. 74 y 75, entiende que la resolución por incumplimiento de los contratos en el concurso sólo tiene efectos *ex nunc*, lo que impide considerar que la parte *in bonis* tiene un derecho a la restitución (a diferencia del supuesto de la resolución en interés del concurso, que explicita el efecto restitutorio). A favor de la restitución, se ha invocado también el art. 84.2.6.º, que incluye entre los créditos contra la masa, a los que corresponden a «obligaciones de restitución en caso de resolución por incumplimiento del concursado» (GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos...», cit., pág. 2.822). Recientemente, ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos...», cit., pág. 315, distingue a estos efectos entre contratos de tracto único, en su caso con prestaciones fraccionadas, y de tracto sucesivo, considerando el distinto alcance de la reciprocidad entre las prestaciones de las partes en uno u otro caso. Para los contratos de tracto sucesivo, la resolución sólo tendría efectos *ex nunc*, de manera que el concursado debería cumplir las obligaciones pendientes que correspondían a las ya satisfechas por la parte *in bonis*. Sin embargo, en los contratos de tracto único, la resolución tiene un efecto *restitutorio*, porque «aunque su cumplimiento pueda estar fraccionado en el tiempo... de

resulte posible, o por equivalente. En la doctrina se expresan numerosas divergencias sobre estas cuestiones, predominando las siguientes ideas: i) que el crédito de la parte *in bonis* consiste en exigir la restitución y no la prestación incumplida, por más que respecto a ciertos contratos, en los que resulta imposible devolver la prestación percibida por el concursado, las diferencias entre una u otra tesis serán irrelevantes en la práctica⁹⁰; y ii) que la restitución deberá ser específica (devolución de lo entregado), siempre que resulte material y jurídicamente posible. En general, no se admite la restitución *in natura* cuando el crédito de la parte *in bonis* sea un crédito concursal, del que no puede pretenderse su cobro íntegro⁹¹, pero sí cuando se trate de créditos contra la masa (esto es, por incumplimientos posteriores al concurso)⁹², con la lógica excepción de prestaciones que han sido ya consumidas o de un bien que no puede ser reclamado de un tercer adquirente.

El crédito a la restitución incluye en todo caso el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la parte cumplidora, con el tratamiento (concursal o contra la masa) que proceda cuando ésta sea la parte *in bonis* y en función de que el incumplimiento del concursado origine el daño, en los contratos de tracto sucesivo, sea anterior o posterior a la declaración del concurso⁹³.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN SANCHO, M.: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso», *ADCo*, n.º 32, 2014, págs. 285 y ss.

ARA, C.: «Los efectos del concurso sobre el contrato de arrendamiento financiero: las cuestiones pendientes de resolver durante la fase de liquidación», *ADCo*, n.º 33, 2014, págs. 569 y ss.

modo parcial no satisfacen el interés y la obligación correlativa de la contraparte», lo que implica el efecto *ex tunc*, debiendo ambas partes restituir lo percibido.

⁹⁰ Como señalan CLEMENTE, M. E.: ob. cit., págs. 214-215, en nota 33, y MONTSERRAT, A.: ob. cit., págs. 110-11, puede no haber mucha o ninguna diferencia entre un crédito a la restitución o al cumplimiento de la contraprestación a cargo del concursado, en supuestos como el de un arrendamiento resuelto: el arrendatario concursado no puede devolver el uso y el goce del bien ya disfrutado, y lo que tendrá es que satisfacer el valor equivalente, que es el de las rentas impagadas. En otros casos sí puede haber diferencia. MONTSERRAT pone el ejemplo de materias primas suministradas al concursado, y ya consumidas por éste, que no puede devolverlas y tendrá que entregar como equivalente el importe necesario para que el suministrador adquiriera el bien sustitutivo (aparte la indemnización de los daños por lucro cesante).

⁹¹ CLEMENTE, M. E.: ob. cit., pág. 216, MONTSERRAT, A.: ob. cit., pág. 111, y con algunos matices, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., págs. 76-77.

⁹² En contra de la restitución específica, también cuando el crédito de la parte *in bonis* deba pagarse con cargo a la masa, GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso...», cit., pág. 2.822, por la intangibilidad de la masa activa destinada a satisfacer a los acreedores.

⁹³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Consideraciones...», cit., pág. 90, y VALPUESTA, E.: «Comentario...», cit., págs. 715-716.

- BONARDELL, R.: «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en AA. VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje a Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 1.757 y ss.
- CLEMENTE, M. E.: «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, n.º 10, 2007, págs. 203 y ss.
- GARCÍA-POMBO, A.: «Las cuotas posteriores a la declaración del concurso en los contratos de arrendamiento financiero», *RDCP*, n.º 18, 2013, págs. 339 y ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las reclamaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en J. L. IGLESIAS (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, III, págs. 3531 y ss.
- GÓMEZ MENDOZA, M.: «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, t. III, Madrid, 2005, págs. 2.788 y ss.
- «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *RDCP*, n.º 4, 2006, págs. 117 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica», *ADCo*, n.º 25, 2012, págs. 207 y ss.
- HERBOSA, I.: «Tratamiento del *leasing* financiero en el concurso del arrendatario», *ADCo*, n.º 26, 2012, págs. 51 y ss.
- JUAN Y MATEU, F.: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *ADCo*, n.º 13, 2008, págs. 115 y ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Artículo 61» y «Artículo 62», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, ed. Civitas, t. I, Madrid, 2004.
- «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, n.º 13, 2008, págs. 57 y ss.
- MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, ed. Marcial Pons, t. III, Madrid, 2005, págs. 2.949 y ss.

MAITE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

MARTÍNEZ ROSADO, J.: «La apertura de crédito en el concurso», en AA. VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje a Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 1.951 y ss.

MONTSERRAT, A.: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *ADCo*, n.º 14, 2008, págs. 70 y ss.

SALELLES, J. R.: «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso», en AA VV, *Estudios Olivencia*, t. III, págs. 3.156 y ss.

SALINAS, C.: «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *ADCo*, n.º 24, 2011, págs. 99 y ss.

TORTOSA RAMOS, M. L.: «Los contratos de *leasing* financiero en el concurso», *RDCP*, n.º 13, 2010, págs. 355 y ss.

VALPUESTA, E.: «Comentario al art. 61» y «Comentario al art. 62», en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., t. I, ed. Aranzadi, 2010.

(Trabajo recibido el 27/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)

LA DELIMITACIÓN DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA TRAS LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL*

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN

En los catorce años de vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal han tenido lugar diversas reformas que han modificado la regulación de las acciones de reintegración concursal. Asimismo, se ha desarrollado una importante doctrina jurisprudencial que ha influido en la configuración y alcance de tales acciones. Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la acción rescisoria concursal, en especial en los actos o negocios que causan perjuicio a la masa activa del concurso, en las presunciones legales de perjuicio contenida en la citada norma y los efectos que se derivan de una eventual rescisión.

Palabras clave: rescisión concursal, perjuicio, concurso, masa activa, actos o negocios dispositivos, presunciones, acreedores, garantías reales y personales, acuerdos de refinanciación.

CONTRACTUAL TERMINATION ACTIONS DUE TO INSOLVENCY PROCEEDINGS AFTER THE VARIOUS AMENDMENTS OF THE INSOLVENCY LAW

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Contracted Civil Law Doctoral Lecturer. UCM

ABSTRACT

The Insolvency Law of 2003 has been subject to various amendments in relation to contractual termination actions during the fourteen years in which it has been in force. The case law has also had great influence in the configuration and scope of such actions.

* Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I + D: «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 2013-46315), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, siendo la investigadora principal doña Matilde CUENA CASAS.

On such bases, the present study analyzes contractual termination actions, especially with regard to transactions which damage the insolvency assets, its legal presumption, and the consequences thereof.

Keywords: contract termination, damage, insolvency proceeding, insolvency assets, transactions, legal presumptions, creditors, refinancing agreements, guarantees.

SUMARIO: I.— CONSIDERACIONES PREVIAS. II.— CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL. III.— PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL. 1.— Elemento temporal. 2.— Elemento objetivo. 2.1.— La existencia de perjuicio patrimonial. 2.2.— Presunciones de perjuicio patrimonial para la masa activa. A) Presunciones *iuris et de iure* de perjuicio. B) Presunciones *iuris tantum* de perjuicio. 2.3.— Actos o negocios jurídicos rescindibles. IV.— ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS EXCLUIDOS DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL. 1.— Actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. 2.— Actos realizados bajo sistemas de pago y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. 3.— Garantía a favor de los créditos de derecho público y a favor de FOGASA. 4. Acuerdos de refinanciación. V.— EFECTOS DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN CONCURSAL.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El concurso de acreedores, señala GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *«no es más, ni menos, que un procedimiento de ejecución de carácter universal que ha de seguirse ante el estado de insolvencia del deudor; pues todos sus bienes quedan destinados, en principio, a satisfacer los créditos de la pluralidad de sus acreedores y de acuerdo con la solución que se diera al mismo. Conforme con este carácter, todos los bienes del concursado van a quedar afectados a favor de sus acreedores, pues con ellos y de acuerdo con las previsiones alcanzadas se dará cumplimiento a las exigencias del convenio o, por el contrario, esa masa de bienes será objeto sobre el que recaiga la entera liquidación concursal»*¹. Una de las funciones del mismo es delimitar la masa activa que representa la reunión de todos los bienes y derechos con que el concursado cuenta para hacer frente a su responsabilidad y su determinación puede efectuarse por dos vías: reducción de la masa y la reintegración en la misma de bienes o derechos que antes formaban parte del patrimonio del deudor:

- i. Mediante la reducción se excluyen de la masa activa todos aquellos bienes y derechos que, *«aun siendo de carácter patrimonial, son legalmente inembargables»* (art. 76.2 LC), o son de pertenencia ajena, si bien en

¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2009, pp. 28-29. Por su parte, SILVETTI, E.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal, t. I, director Faustino Cordón Moreno*, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 796, define el concurso como *«un conjunto de operaciones (los llamados mecanismos o acciones de reintegración; cfr. el rótulo del art. 71), con las que se trata de traer a la masa activa del concurso los bienes que indebidamente salieron de ella antes de dictarse el auto de declaración formal, pero encontrándose el deudor ya en situación de insolvencia (concurso de hecho) y, por tanto, concurriendo el presupuesto objetivo del mismo»*.

posesión del concursado —*separatio ex iure domini*— (art. 80.1); o estén sujetos al cumplimiento de una determinada obligación, como bienes que garantiza determinados créditos privilegiados —*separatio ex iure crediti*— (art. 155.1).

- ii. Mediante la reintegración se persigue recuperar los bienes y derechos que salieron del patrimonio del deudor en un período anterior (durante los dos años anteriores a la declaración del concurso), consecuencia de actos o contratos celebrados por el mismo, en beneficio propio o de terceros, pero perjudiciales para los acreedores, por la falta de coincidencia entre el momento en que comienza la insolvencia y aquel en que es declarado el concurso. Asimismo, con la reintegración se pretende evitar cualquier perjuicio a los acreedores derivado de actuaciones efectuadas por el deudor en una época anterior a la declaración del concurso y en la que ya podía ser constatada la situación de insolvencia. En esencia, se pretende preservar la integridad patrimonial del concursado, recuperando para la masa los bienes y derechos del deudor que formaban parte de su patrimonio, esto es, se trata de proteger la masa activa del concursado a favor de la masa pasiva².

Aunque la garantía patrimonial universal que proclama el artículo 1911 del CC, en su relación con el artículo 1111 del citado cuerpo legal es esencial, pues la suficiencia del patrimonio del deudor constituye la máxima garantía del acreedor, no resulta suficiente en el ámbito concursal; de ahí que el legislador concur-

² VILA FLORENSA, M.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, SAGRERA TIZÓN, J. M.^a, SALA REIXACHS, Alberto y FERRER BARRIENDOS, Agustín (coordinadores), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 874-875. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015/4346); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, número 1, de 30 de julio de 2010 (JUR 2010/347233), en la que se indica que «la finalidad del sistema de reintegración es ser un instrumento que tiene como función evitar que el período previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que pueden perjudicar a la masa activa, delimitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, sólo podrá anularse el acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor o una pérdida del valor del mismo»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 11 de marzo 2015 (JUR 2015/105070), que recuerda que «la acción rescisoria carece de fundamento y deja de tener razón de ser cuando el patrimonio del deudor es suficiente para la satisfacción de todos los créditos concursales. Pues en la acción rescisoria el fundamento de la ineficacia no es estructural, sino funcional, esto es, en atención al perjuicio para los acreedores que, una vez declarado el concurso, verán reducidas las garantías de cobro por la disminución del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. En definitiva, la insolvencia patrimonial del deudor justifica la ineficacia del acto válido rescindido para recomponer el patrimonio del deudor y, de ese modo, poder satisfacer el crédito concursal, con respecto a la par conditio creditorum». En consecuencia, «la acción rescisoria carece de fundamento cuando todos los créditos anteriores al concurso están satisfechos; es la insolvencia del deudor que impide su satisfacción lo que justifica la declaración de ineficacia de un acto válido que comporta un sacrificio patrimonial injustificado para el deudor con la finalidad de recomponer el patrimonio y de ese modo evitar el perjuicio para la masa activa».

sal opte por sistemas que persiguen la reintegración de la masa activa que, incluso con la regulación anterior, ya fueron considerados de rescisión concursal³.

Como señala el maestro GARRIGUES, «*la experiencia de todos los tiempos demuestra que la masa, antes de ponerse en práctica los procedimientos de reintegración, es la masa que hay. Después de la reintegración es la masa que debe haber*»⁴. Existe, en consecuencia, un desfase entre la masa que hay y la que debe haber. A la declaración judicial del concurso suele preceder una época de desarreglo económico, en la que el deudor, viendo ya próximo el concurso, procura retrasarlo con actos u operaciones que suelen más bien precipitarlo. Por eso, como apunta SANCHO GARGALLO, «*si no hubiera posibilidad de anular estos actos, se daría una patente de corso para que los acreedores más astutos o más próximos en el afecto del deudor común perciban íntegramente sus créditos en fraude y detrimento de otros acreedores*»⁵.

En tales acciones de rescisión o reintegración de la masa concursal, tal y como se sustancia en la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) y sus sucesivas modificaciones se va a centrar el presente estudio. Si bien, por razones de espacio, analizaremos únicamente el perjuicio para la masa y las presunciones relativas al mismo que representan los actos o negocios rescindibles y, asimismo, los efectos de la rescisión una vez que se decreta, incidiendo en las reformas operadas a lo largo de los trece años de vigencia de la Ley Concursal, en especial en aquellas que afectan a lo que constituye la materia objeto de nuestro estudio.

Hay que partir de la consideración que desde la LC se ha abandonado el tan criticado y perturbador sistema de retroacción, que supone la nulidad absoluta de cualquier acto realizado dentro del período sospechoso (art. 878.2 del CCom)⁶; y

³ FINEZ RATÓN, J. M.: *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1992, p. 91.

⁴ GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid 1940, p. 461.

⁵ SANCHO GARGALLO, I.: *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Pamplona 1997, p. 37.

⁶ Un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, precisamente desde una interpretación rigurosa del artículo 878.2 del CCom, predicaban la nulidad absoluta e intrínseca de los actos realizados por el quebrado durante el período de retroacción. *Vid.* BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 10 ed., Tecnos, Madrid 1994, pp. 751-752; RAMÍREZ, J. A.: *La quiebra*, t. II, Bosch, Barcelona 1998, pp. 1209-1216; VICENT CHULIÁ, F.: «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1979, p. 705. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1931 (RJ 1930-31/1963); de 17 de marzo de 1958 (RJ 1958/1436); de 21 de mayo de 1960 (RJ 1960/1745); de 9 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5051); de 10 de noviembre de 1983 (TJ 1983/6074); de 9 de mayo de 1988 (RJ 1988/4047); de 15 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8406); de 19 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9405); de 11 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8960); de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994/8144); de 20 de junio de 1996 (RJ 1996/5077); de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7434); de 22 de enero de 1999 (RJ 1999/415); de 5 de junio de 1999 (RJ 1999/4098); de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8530); de 22 de mayo de 2000 (RJ

la nueva regulación opera sobre la base de los principios de unidad legal (se regula en un único texto los aspectos sustantivos y procesales); unidad de disciplina para comerciantes y no comerciantes; y unidad y flexibilidad de procedimiento, que permite sobre un único presupuesto objetivo (insolvencia) la adecuación a diversas situaciones y soluciones⁷.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

La acción rescisoria concursal representa una de las operaciones esenciales para la delimitación de la masa activa y, por ende, constituye un medio o instrumento para reintegrar o devolver al patrimonio del concursado los bienes o derechos que han salido indebidamente del mismo en el plazo de dos años —plazo legal establecido—, pues es una realidad constatable que, cuando se declara el concurso, el deudor ya hace tiempo que está en situación de insolvencia real. ESCRIBANO GÁMIR señala que, como trámite concursal, *«la reintegración es el conjunto de operaciones dirigidas a traer al patrimonio del deudor común concursado aquellos bienes que salieron indebidamente. La distancia temporal, generalmente, entre el estado de insolvencia patrimonial y su declaración judicial, así como las más probables consecuencias que para los acreedores se desatan en ese espacio es, precisamente, lo que trata de resolverse con el instituto de la reintegración»*⁸. Sin embargo, para SILVETTI, la reintegración hay que buscarla *«en la necesidad de hacer coincidir el concurso de derecho con el de hecho»*; por lo que sólo es operativa aquélla cuando el deudor ya está en situación de insolvencia; vinculando con ello reintegración concursal con insolvencia⁹.

2000/3938); de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8940); de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10426); y de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010/278). Sin embargo, otros autores optan por una interpretación más flexible de la citada regulación, al ver en el criterio rigorista un atentado a la seguridad del tráfico jurídico, y, en consecuencia, se inclinan por la anulabilidad o por la naturaleza rescisoria del instituto de la retroacción. Así, *vid.*, SANCHO GARGALLO, I.: *La retroacción de la quiebra*, *op. cit.*, pp. 242-243; MARTÍN DÍAZ, R.: *Reintegración de la masa de la quiebra e intervencionismo estatal*, Editorial Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 27; y, también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1965 (RJ 1965/5612); de 10 de marzo de 1976 (RJ 1976/1176); de 12 de noviembre de 1977 (RJ 1977/4185); de 4 de julio de 1990 (RJ 1990/5774); de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993/1793); de 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6647); de 20 de octubre de 1996 (RJ 1996/7434); y, de 7 de julio de 1998 (RJ 1998/6271).

⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 20 de noviembre de 2009 (AC 2001/37), pone de manifiesto la inaplicación retroactiva a concursos declarados con anterioridad a su entrada en vigor.

⁸ ESCRIBANO GÁMIR, R.C.: «La reintegración de la masa activa del concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4009.

⁹ SILVETTI, E.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal*, director Faustino Córdón Moreno, t. I, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 796. En contra, HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, Bosch, Barcelona 2016, p. 36,

Por tanto, hay que señalar que el fundamento de la reintegración no hay que buscarlo en una pretendida presunción de fraude, sino en el perjuicio que causan a los acreedores determinados actos realizados por el deudor antes de la declaración del concurso. Con ello no se atacan tales actos o negocios por su invalidez, sino por el perjuicio que ocasionan a los acreedores; se impugna con ello actos válidos, pero perjudiciales para la masa, con el objeto de traer a ella los bienes o derechos, que en un momento anterior formaron parte del patrimonio del deudor.

En el derecho derogado por la Ley Concursal, la reintegración regulada en el CCom de 1885 operaba en la quiebra y en la suspensión de pagos, cuando se había declarado la insolvencia definitiva del deudor, optando por un sistema mixto, cuya finalidad unitaria era la de velar por la integridad del patrimonio del quebrado en protección de sus acreedores, frente a actos tendentes a disminuir tal patrimonio o a favorecer a alguno o algunos de sus acreedores, vulnerando el principio de *par conditio creditorum*¹⁰. Para ello, la regulación anterior contemplaba la llamada retroacción absoluta, en cuya virtud se declaraban nulos los actos de dominio y administración realizados por el deudor durante el período, que iba desde la fijación de la fecha de retroacción hasta el auto de declaración de la quiebra (nulidad absoluta *ipsae legis potestate et auctoritate* —art. 878.2 del CCom, que se correspondía, a su vez, con el art. 1036 del CCom de 1829).

Ahora bien, planteada la reforma del derecho concursal, el hecho de que este sistema hubiese sido objeto de numerosas críticas y de notables divergencias jurisprudenciales, en relación con la calificación de ineficacia de los actos realizados por el deudor durante el período de retroacción¹¹, motivó que fuese abandonado en todos los proyectos que precedieron a la actual Ley Concursal. Como señala la Ley Concursal, *«se da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos*

pues *«la Ley Concursal y la jurisprudencia no vinculan reintegración con insolvencia, sino con perjuicio a la masa activa y ello con total independencia de que en el momento en el que se realizaron los actos cuya resolución se pretende, el deudor estuviera ya en situación de insolvencia o no».*

¹⁰ VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia 2008, p. 17; HERRADOR MUÑOZ, A.: «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 3, 2005, p. 169; VILA FLORENSA, M.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 873.

¹¹ Para un análisis de la evolución jurisprudencial de la retroacción de la quiebra y nulidad de los actos del deudor realizados en el período de retroacción, *vid.*, DE ÁNGEL y ÁGUEZ, Á. y HERNANDO MENDÍVIL, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Tratado Práctico concursal*, T. II, PRENDES CARRIL, Pedro (Director), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2009, pp. 778 a 825.

casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro» (apartado III in fine).

Se sustituye, por tanto, el sistema de retroacción del concurso (que se califica de «perturbador») por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa «*aunque no hubiera existido intención fraudulenta*» por parte del deudor, en el período de dos años anteriores a la declaración de concurso.

Estas acciones rescisorias son reguladas en el Capítulo IV, dedicado a «*Los efectos de la declaración del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa*», dentro del Título III, titulado «*De los efectos de la declaración del concurso*», en los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal (frente al tradicional tratamiento por la doctrina científica entre las operaciones de la masa), donde se establece un tratamiento unitario de los aspectos materiales y procesales relativo a las mismas; a la par que se consagra un sistema común de reintegración para todos los supuestos, esto es, para todos los concursos con independencia de cuál sea la solución por la que se decidan (convenio o liquidación), y cualquiera que haya sido la gravedad o intensidad de la insolvencia, que justifica la apertura del concurso. Se sanciona con la ineficacia sólo del acto impugnado, y la condena a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses, eliminando así la sanción de nulidad prevista para todos los actos realizados por el concursado en el período anterior a la quiebra (período de retroacción) y establecida judicialmente de forma tan rigurosa como poco justificada¹².

Ahora bien, no constituyen estas acciones el único cauce para traer a la masa activa los bienes del concursado, sino que, junto con estas acciones «específicas» de la acción concursal, coexisten otras (genéricas), igualmente procedentes. Así, dentro del amplio concepto de acciones de reintegración, hay que incluir, además de las acciones rescisorias específicas del concurso, todas aquellas otras acciones

¹² MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. IV*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005, p. 4215.

Se califica la nueva regulación de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal de «criptoretroacción», *vid.*, GORDILLO CAÑAS, A.: *Par conditio creditorum* y protección de tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su suspensión en la Ley Concursal), *Actualidad Civil*, 2003-2, p. 426. Por su parte, PARRA LUCÁN, M.^a Á.: «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014, p. 250, precisa que, atribuida la legitimación para el ejercicio de todas las acciones de impugnación, difícilmente el régimen de estas acciones podrá sustraerse a los efectos generales que la Ley Concursal anuda a la rescisoria.

de impugnación (nulidad, anulabilidad, simulatorias, revocatorias, etc.) que procedan conforme a Derecho (art. 71.7), siendo para unas y otras comunes las normas de legitimación y procedimiento y que se pueden acumular junto a la rescisoria concursal¹³. Estamos, pues, ante un sistema de reintegración que incluye la acción rescisoria concursal y el resto de acciones de impugnación de actos del deudor ejercitables dentro del concurso con el objeto de reintegrar a la masa activa los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor en perjuicio de la masa o los acreedores¹⁴. Lo cierto es que la limitación temporal de las acciones rescisorias concursales no limita, en absoluto, el régimen general de revisión de los actos rescindibles del deudor concursado, pues los artículos 1111 y 1291.3 del CC surten plena eficacia también durante el concurso y, tanto el deudor concursado como la administración concursal, tienen la posibilidad de ejercitarlos frente a quienes hubieran cooperado a distraer elementos patrimoniales en perjuicio de los acreedores (art. 71.7 de la LC).

¹³ Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 9 de abril de 2008 (JUR 2008/189071), en su *Fundamento de Derecho* 3º: «Es cierto que la Ley Concursal contempla, junto a las acciones de reintegración específicas para el concurso, las acciones generales de impugnación —arts. 1111 y 1291 del CC—. Se trata de dos regímenes jurídicos diversos, pues, en primer lugar, el plazo de actuación de uno u otro régimen es diverso, dos años en pretérito desde la declaración del concurso para las específicas del concurso, cuatro años para las generales, a partir del acto fraudulento o, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que de él se tenga. En segundo lugar, mientras que las primeras pretende la protección del conjunto de acreedores a través del enriquecimiento de la masa activa —art. 76 de la LC—, en las segundas, del régimen civil, dimanar requerimientos y condiciones distintas que individualizan el medio de reintegración. En tercer lugar, el ejercicio de las específicas del concurso no están sometidas a condición previa de persecuibilidad de los bienes, al contrario de la rescisión civil que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999/4062) «... ha sido concebida en la doctrina y jurisprudencia como un remedio «in extremis»— carácter de subsidiariedad (así, sentencias del 15 de febrero de 1986 (RJ 1986/681), de 14 de octubre de 1987 (RJ 1987/7099), de 25 de enero de 1989 (RJ 1989/124), de 14 de diciembre 1993 (RJ 1993/9885); de 16 de mayo de 1994 (RJ 1994/3585); de 28 de junio de 1994 (RJ 1994/5990); y, de 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3524) —para evitar el perjuicio que un acto fraudulento le causa al acreedor, en su crédito —requisito de la existencia del crédito (así las sentencia de 14 de diciembre de 1993, de 16 de mayo de 1994, y de 10 de abril de 1995)— el cual debe ser anterior al acto pretendidamente fraudulento, aunque puede ser posterior si se prueba que el acto se ejecutó en consideración y perjuicio del crédito futuro». En similares términos, *vid.*, asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 20 de noviembre de 2006 (AC 2007/447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 5 de octubre de 2007 (AC 2007/2006); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 20 de marzo de 2009 (AC 2009/1603).

¹⁴ Esta es la posición mayoritaria de la doctrina que se refiere de forma reiterada a las acciones de reintegración en plural. Así, LINACERO DE LA FUENTE, M.ª: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005, p. 193; MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *op. cit.*, pp. 4216-4217; VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, *op. cit.*, pp. 15-28; RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Proceso Concursal Práctico* (Comentarios a la nueva Ley Concursal), FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel (coordinador), Iurgium, Madrid, 2004, p. 378; HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 41.

Esta acción rescisoria concursal se puede definir como «aquella acción especial de tipo rescisorio tendente a la declaración de ineficacia de aquellos actos del deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración de concurso (aunque no hubiese existido intención fraudulenta) que causen perjuicio a la masa activa, ordenada al consecuente restablecimiento del grado de solvencia existente con anterioridad al acto impugnado, acción, en fin, sólo tramitable en sede procesal del concurso»¹⁵.

Se trata, y en esto coincide la mayoría de la doctrina, de una acción de carácter especial por su objeto, al sólo rescindir los actos del deudor, perjudiciales para la masa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta; y especial por su trámite procesal, pues sólo puede ejercitarse «por el trámite del incidente concursal»¹⁶. Sin embargo, sentado lo anterior, existe debate entre si se trata de una acción revocatoria o rescisoria por fraude de acreedores del CC (art. 1291.3); de un supuesto de rescisión por lesión (art. 1291.1 y 2), o de una rescisión específica propia de la ley concursal con acomodo en el artículo 1291.5¹⁷. El Consejo

¹⁵ PINTO RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial-Pons, Madrid-Barcelona 2005, pp. 4303-4304. Para BUSTOS LAGO, J. M.: «La formación de la masa activa del concurso: especial consideración de las acciones de reintegración», *Estudios de Derecho Concursal*, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (director), Tórculo Edicións, A Coruña, 2005, pp. 402-403, la reintegración concursal no es sino una operación de las correspondientes a la determinación de la masa activa del concurso, cuyo resultado es un incremento de ésta».

¹⁶ GIL RODRÍGUEZ, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), Tecnos, Madrid 2004, p. 846; ESCRIBANO R.C., «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, número 10, 2007-1, p. 20; PINTO RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *Estudio sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4304.

¹⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 30 de enero de 2004 (RJ 2004/440), señala que «la acción pauliana (art. 1111 del CC) se diferencia de las revocatorias concursales por su fundamento, características y efectos, lo que se traduce no sólo en una distinta legitimación activa, sino también en diferentes consecuencias, dado que las concursales tienden a la reintegración de la masa, mientras que la acción pauliana beneficia únicamente de modo directo al acreedor o acreedores que la ejercitan, por lo que es obvio que, en este caso, el provecho del ejercicio de la acción es sólo para el acreedor accionante, sin embargo, no por esto se le puede privar de tal derecho para hacer efectivo su crédito, o mejor, para resarcirse del perjuicio económico sufrido. Con esta apreciación no se vulnera el principio concursal esencial de la «par conditio-rectius, conditio-creditorum», porque no se altera la igualdad respecto de la masa activa, ni se atribuye ningún privilegio o preferencia respecto de la misma, ya que los bienes donados sobre los que incide la rescisión están fuera del patrimonio del deudor».

Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/368557), dispone que «sin perjuicio de las especialidades en su régimen, las notas definitivas de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración y, por tanto, calificarlas como rescisorias especiales o concursales por cuanto: a) tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en

General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, en sus Informes al Proyecto de Ley, la calificaban de acción revocatoria. GIL RODRÍGUEZ señala que «la rescisión y la revocación, como cauces de ineficacia, comparten la premisa —indiscutida en el terreno del concurso— relativa a la validez de los actos sobre los que se proyectan, mientras que pueden diferir en su puesta en práctica y en sus respectivos efectos típicos». Y, añade, «no se adivinan otros inconvenientes para mantener el parentesco y proximidad apreciables entre estos singulares instrumentos de reintegración —rescisión concursal— y el régimen de rescisión común. Acaso debamos retornar a la regulación de la acción revocatoria o rescisoria por fraude de acreedores a fin de completar los vacíos que siempre se advierten en una reglamentación especial»¹⁸. ALCOVER GRAU la considera como una acción rescisoria en fraude de acreedores o revocatoria¹⁹. Igualmente, GULLÓN BALLESTEROS manifiesta que «la Ley Concursal se ha inspirado en la normativa del CC sobre la acción rescisoria por fraude de acreedores, pero sin recoger un requisito que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido siempre que concurra: el consilium fraudis»²⁰. PINTO RUIZ la califica de acción de tipo rescisorio, enmarcable dentro de la rescisión por fraude de acreedores y, más concretamente, dentro del tipo propio de la acción pauliana (art. 1111)²¹. HUEL-

que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva; b) el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato, y, por último, c) la ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos»; asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 13 de octubre de 2006 (AC 2007/670), pone de manifiesto en su Fundamento de Derecho Primero que «la acción básicamente articulada en la demandada se puede calificar como reintegración concursal del artículo 71 de la LC, con naturaleza jurídica rescisoria, que tiene por objeto atacar los actos perjudiciales para el patrimonio del deudor concursado, ejecutados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. No obstante, su naturaleza de acción rescisoria del Derecho civil, esta acción de reintegración concursal se separa en su fundamento de la clásica acción pauliana, igualmente rescisoria, del Derecho civil, artículos 1111 y 1291 del CC, en tener una base absolutamente objetiva. Es decir, la acción prevista en el artículo 71 LC, para lograr la rescisión del acto atacado, se asiente en la simple existencia de un perjuicio patrimonial, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna. Una vez probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida integración de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 20 de marzo de 2009 (AC 2009/1603).

¹⁸ GIL RODRÍGUEZ, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al artículo 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 844-845.

¹⁹ ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal» *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma concursal*, GARCÍA VILLAVARDE, Rafael, ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (Directores), Dilex, Madrid, 2003, p. 333; de igual forma se pronuncia VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, *op. cit.*, p. 32; LÓPEZ y LÓPEZ, Á. M.: «La acción revocatoria concursal: Perfiles generales», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4162-4163.

²⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4126.

²¹ PINTO RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *op. cit.*, p. 4301.

MO REGUEIRO no tiene duda de que la acción del artículo 71 de la LC es una acción rescisoria, en la medida en que lo que pretende es dejar sin efecto un negocio válidamente constituido y ha producido efectos jurídicos desde ese momento; si bien, matiza que «*es una acción rescisoria de carácter especial, ya que, si bien comparte las características esenciales de la rescisión civil, presenta una serie de diferencias que la convierten en una acción autónoma de ésta con requisitos sustantivos y procesales propios*»²². Igualmente, SANCHO GARGALLO señala que la Ley Concursal crea «*una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo, de ahí que pueda llevar este nombre de rescisión concursal*»²³. En este sentido se ha pronunciado también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 2014²⁴ cuando afirma que: «*(...) La Ley Concursal deroga el sistema de reintegración previsto en el CCom para la quiebra y, en concreto, la retroacción del art. 878.II del CCom., e idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC)*». Y añade: «*la concepción de la ineficacia del art. 878.II CCom como una rescisión basada en el perjuicio para la masa de la quiebra, se acomoda mejor al espíritu y finalidad de la actual rescisión concursal*». Por su parte, MASSAGUER estima que estamos ante un nuevo supuesto de rescisión por lesión, «*cuyo fundamento consiste única y exclusivamente en la lesión de la masa activa y que se encuentra, por tanto, enteramente desvinculada de cualquier componente de fraude de acreedores, que ni tan siquiera puede entenderse presumido o implícito, como de forma evidente se pone de manifiesto en el inciso final del art. 7.1 de la Ley Concursal*»²⁵. ALCOVER GARAU manifiesta que «*el legislador concursal ha optado por una acción de naturaleza rescisoria en fraude de acreedores o revocatoria cuya peculiaridad estriba en acoger de forma acusada la tendencia actual hacia la objetivización de los remedios contra el fraude de acreedores*». Si bien, precisa a continuación que todo lo anterior permite concluir que «*la acción ex art. 70 es una acción que está configurada con un régimen jurídico particular que tiene unos caracteres*

²² HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., pp. 44-45, 57 y 59.

²³ SANCHO GARGALLO, I.: «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2004, p. 158.

²⁴ RJ 2014/2309. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100467).

²⁵ MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», op. cit., p. 4219. En similares términos, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: «La reintegración de la masa activa del concurso», op. cit., pp. 4017 y 4027; GARCÍA SANZ: «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005, p. 4067; RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2004, p. 378.

específicos y, por ende, tiene una naturaleza propia y diferenciada»²⁶. Finalmente, VILA FLORENSA la califica, también como «una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1291 del CC, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia de un ánimo defraudatorio»²⁷; y PULGAR EZQUERRA, por su parte, señala que, al perseguir las rescisorias concursales básicamente la protección de los acreedores, justifica que nos hallemos «ante un supuesto de ineficacia especial, diferente de las demás categorías de ineficacia»²⁸.

En este contexto no cabe duda que estamos ante una acción especial, con un régimen jurídico propio —arts. 71 a 73 de la Ley Concursal—, que nace con el concurso y tiene su justificación en el mismo —de ahí su denominación—, no subsidiaria, a diferencia de lo previsto en el artículo 1294 del CC para las acciones de rescisión, cuya naturaleza y fundamento parece resultar más cercano a la rescisión por fraude de acreedores (arts. 1111 y 1291.3 del CC)²⁹, con el consi-

²⁶ ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVARDE, Rafael; ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (directores), Dilex, Madrid 2003, p. 333.

²⁷ VILA FLORENSA M.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 877; en similares términos, VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, pp. 31 y 35-36; la considera una acción autónoma más próxima a la rescisión por fraude que a la rescisión por lesión; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, La Ley, Madrid, 2010, p. 315. Asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 2, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2008/350833) lo califica de acción autónoma con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del art. 1291 del CC, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio, ni, por supuesto, la concurrencia del ánimo defraudatorio.

²⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *La Ley*, año XXX, número 7097, 21 de enero de 2009, p. 4.

²⁹ *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 26 de diciembre de 2008 (JUR 2009/212095); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 13 de octubre de 2006 (AC 2007/670); y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1086).

Señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/368557) que «sin perjuicio de especialidades en su régimen, las notas definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse con carácter general, de las acciones de reintegración, y, por tanto, calificarlas como rescisorias especiales o concursales por cuanto: a) Tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva; b) El objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato; y, por último, c) La ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos».

guiente refuerzo y salvaguarda de la *par conditio creditorum*³⁰. Sin embargo, el prescindir del *consilium fraudis* como elemento constitutivo de la misma y la fijación como único elemento real del perjuicio o lesión patrimonial; y como mecanismo de defensa del interés de la masa, le acerca más a la rescisión por lesión (art. 1295 del CC)³¹.

De todas formas, la naturaleza rescisoria de la acción concursal se plasma, además de en su *corpus*, en sus efectos, con la exigencia de una recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses; por ello, la acción de reintegración hace que sus efectos difieran de la acción pauliana en lo relativo a sus consecuencias respecto de terceros de buena fe y resulten más cercana en cuanto a efecto restitutorio, a la acción de nulidad y anulabilidad (art. 1303 del CC).

No obstante, como precisa acertadamente SANCHEZ GARGALLO, los actos que van a ser objeto de rescisión concursal no adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, *«si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores que —una vez declarado el concurso— verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Es una ineficacia funcional»*³².

En cuanto al ámbito temporal de aplicación del nuevo régimen, la Disposición Transitoria primera de la Ley Concursal, bajo la rúbrica de *«Procedimientos concursales en tramitación»*, dispone que *«los procedimientos de concurso de acreedor, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, sin más excepciones»* que las que expresa, que aquí carecen de interés. La LC entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (Disposición Final trigésimo quinta), salvo la modificación de los artículos de la LEC relativa

³⁰ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 1, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/534); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 20 de junio de 2007 (AC 2007/1939); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201); y sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 15 de octubre de 2009 (JUR 2009/468431).

³¹ Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012/4869) señala, asimismo, que *«los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de que han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son, los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe»*.

³² SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *Tratado Judicial de la Insolvencia*, tomo I, PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (directores), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2012, p. 1144. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2016 (JUR 2016/261861) cuando afirma que: «la rescisión concursal tiene naturaleza rescisoria. Se trata de una acción de ineficacia funcional, en cuanto que presupone que el acto impugnado es válido, pero puede impugnarse en atención a los efectos perjudiciales para terceros, en este caso los acreedores en el posterior concurso de acreedores del disponente».

a los emplazamientos en los recursos de apelación y extraordinarios que entró en vigor el día siguiente de la publicación en el *BOE*. Por ello, la nueva LC es aplicable a todos los concursos instados a partir de la citada fecha, por lo que no se ha establecido la retroactividad de los artículos 71 a 73 de la LC a los negocios y actos nacidos con anterioridad a su promulgación. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en algunas resoluciones, ha admitido la aplicación retroactiva de la regulación de la Ley Concursal a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, aun no siendo la nueva regulación más favorable. Así, en las sentencias de 16 de septiembre de 2010³³ examinadas, las alegaciones de las partes, en relación con los artículos 2.3 del CC, 9.3 CE y Disposiciones transitorias del CC, singularmente las de los núms. segundo y tercero, el criterio de la Sala es el de aplicación íntegra de la normativa de la nueva Ley Concursal, tal y como se hizo por la resolución recurrida. Se acuerda así por las siguientes razones: *«El supuesto de que se trata exige la aplicación en bloque de la normativa de la LC. Las circunstancias concurrentes impiden individualizar las distintas actuaciones y darles un tratamiento separado. Nos encontramos, como ya se ha dicho, ante una operación compleja, de modo que las diversas operaciones que la integran se hallan íntimamente interrelacionadas y responden a una finalidad única y es por ello que se impone un trato jurídico unitario. Por otro lado, la aplicación de la nueva normativa es más favorable, o cuando menos no más rigurosa —dura o estricta— que la anterior, sin que sea preciso discurrir acerca de los efectos o consecuencias de la retroacción judicial del sistema jurídico actualmente derogado (art. 1024 del CCom de 1829 y 878, párrafo segundo del CCom de 1885). Además, de aceptarse la tesis de la irretroactividad se daría lugar a lo que se denomina «resultado paradójico», que incluso podría incurrir en fraude de ley. Habida cuenta que la retroacción judicial que establecía la normativa anterior fue sustituida por la retroacción legal de la acción de reintegración del artículo 71 de la LC, de estimarse que no es aplicable este precepto por razones de derecho transitorio sucederá que quedarían indemnes conductas ilícitas, en cuanto reprobables con arreglo al mismo, como las del caso enjuiciado, dado que conforme al régimen procesal aplicable de la nueva ley no habría posibilidad de acordar aquella retroacción judicial. De ahí que, la norma nueva esté impregnada de una naturaleza intertemporal u opere con efecto retroactivo. Finalmente, con carácter de refuerzo argumentativo, debe tenerse en cuenta también el contenido de la Disposición Adicional 1.ª de la LC antes expresado, sin olvidar que nos hallamos ante una operación compleja que no agotó sus efectos y que la nueva normativa concursal en la materia ha tenido en cuenta para separarse de la derogada sólidas razones de seguridad jurídica»*. En esta línea también se encuentra la sentencia de 13 de diciembre de 2010³⁴. No obstante, en la sentencia de este mismo Alto

³³ RJ 2010/5597.

³⁴ RJ 2011/140. En su Fundamento de Derecho segundo se indica que: *«en el motivo primero se alega infracción del artículo 2.3 del CC y del principio «tempus regit actum» por hacer aplicación retroactiva de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal y, en consecuencia, infracción por indebida aplicación de estos preceptos»*. Y añade que *«el motivo se desestima por aplicación de la*

Tribunal y Sala, de 4 de septiembre de 2014³⁵, ha variado el criterio y opta por la no aplicación retroactiva de la norma. Señala al respecto que: *«Es doctrina consolidada de esta Sala que el principio general que inspira nuestro ordenamiento «tempus regit actum» supone la irretroactividad de las normas, tal como establece el artículo 2.3 del CC, en aras del principio de seguridad jurídica que informa nuestra Constitución (art. 9.3), que impide someter al imperio de la normas las relaciones jurídicas anteriores, no cabe una interpretación extensiva a supuestos no contemplados en ella (STS 30 de junio y 22 de julio de 2010, 24 noviembre de 2006, 17 de noviembre de 2006, entre otras), por lo que el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, STS de 17 de noviembre de 2006)»*. Añade que la Disposición Transitoria tercera del CC que se cita en el motivo tampoco se infringe por la sentencia recurrida, pues la disposición establece como excepción a la irretroactividad cuando la nueva norma sanciona con penalidad civil o privación de derechos, actos y omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, se ejecutó el acto o cuando la falta, estando penada por la legislación anterior, la nueva norma fuera más benigna. Por lo que concluye que: *«El Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación retroactiva de la LC «como puso de manifiesto en su sentencia el Tribunal de apelación (...)»*. De forma que: *«La Sala no ha aplicado retroactivamente el artículo 71 de la LC a supuestos de los que regía la normativa concursal anterior; en este caso, la retroacción de la quiebra, sino que ha aplicado esta normativa anterior, pero interpretándola «atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad», tal como prevé la Disposición Adicional primera de la LC»*.

Por otro lado, como señalamos en líneas precedentes, la regulación de la Ley Concursal ha sido objeto de sucesivas reformas que han influido en la regulación de la acción rescisoria concursal³⁶. Así, la primera modificación tiene lugar por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública, en cuya Disposición Adicional tercera se modifica la Disposición Adicional segunda de la LC y en su apartado i) considera legislación especial a los efectos de aplicar el apartado 1 de la citada Disposición Adicional segunda, el Capítulo II del Título I de este Real Decreto-Ley. De forma que, al exigir la concurrencia de fraude para la operatividad de la rescisión concursal, excluye con ello del ejercicio de la acción determinados actos y negocios jurídicos que sí serían rescindibles si se aplicase

doctrina sentada en esta Sala en sentencia de 16 de septiembre de 2010, número 548, cuyo contenido es aplicable plenamente al presente caso, tanto más que aquí no concurre un supuesto del artículo 73.3 inciso final de la LC». Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, de 22 de mayo de 2008 (AC 2010/412); y de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 20 de noviembre de 2009 (AC 2010/37).

³⁵ RJ 2014/4797.

³⁶ Para un estudio en profundidad de tales modificaciones, *vid.* HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, pp. 61 a 118.

la regulación contenida en la LC. Otra de las modificaciones tiene lugar con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero, de Regulación de las Hipotecas Inversas y el Seguro de Dependencia y por la que se establece determinadas normas tributarias y en cuyo Capítulo VI, bajo la rúbrica «*Mejora y flexibilización del mercado hipotecario*», se da una nueva redacción al artículo 10 de la Ley 2/1981 disponiendo que en las hipotecas inscritas a favor de entidades, a que se refiere el artículo 2, que sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003 por la administración concursal y en las que tendrán que demostrar como en la anterior regulación citada la existencia de fraude en la constitución del gravamen, en todo caso quedarán a salvo los derechos de tercero de buena fe. Con posterioridad a estas normativas de una manera más específica, pues alcanzan las modificaciones a la propia regulación de la acción rescisoria en la Ley Concursal, hay que citar el Real Decreto Legislativo 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en Materia Tributaria, Financiera y Concursal ante la Evolución de la Situación Económica, que modifica el apartado 5 del artículo 71, añadiendo un tercer supuesto, ampliando de esta forma los actos o negocios jurídicos no rescindibles por la ley a los denominados créditos de derecho público: «3. *Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica*». Asimismo, se introduce un nuevo supuesto en la Disposición Adicional cuarta en la Ley 22/2003, donde se regulan los requisitos que los acuerdos de refinanciación deben cumplir para que dichos acuerdos, así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos no estén sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1. Y la letra a) del apartado 2 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 22/2003 queda redactada del siguiente modo: «a) *Artículos 10, 14, 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias*». Por su parte, la Disposición Transitoria cuarta de este Real Decreto Legislativo señala que los apartados dos y cuatro del artículo 8 —art. 71.5 y Disposición Adicional segunda— «*serán de aplicación a los procedimientos concursales que estén en tramitación a su entrada en vigor, salvo que a esa fecha se hubiere interpuesto demanda de rescisión contra las garantías constituidas, que se resolverá conforme a la legislación anterior*». Y añade que el apartado tres del artículo 8 —Disposición Adicional cuarta— será aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de la entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplimenten los requisitos establecidos en el apartado segundo de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 22/2003. Por último, en su artículo 12, modifica el apartado 4 del artículo 194 de la LC para excepcionar la celebración de la vista cuando las partes lo hayan solicitado en sus

escritos de demanda y contestación y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados.

Con posterioridad, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modifica la redacción del artículo 71.2, excluyendo de la presunción *iure et iure* de perjuicio los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso, excepto si contasen con garantía real. Asimismo, modifica el apartado 3 del artículo 71 para incluir como presunción *iuris tantum* de perjuicio a «los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso». También se modifica el apartado 4 del artículo 71 para cambiar la referencia a dos apartados por los tres existentes con la nueva regulación. Por otra parte, traslada la regulación de los acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional cuarta de la Ley al apartado 6 del artículo 71, reenumerando el anterior apartado 6.º como 7.º ahora. Se añade un nuevo apartado 2 al artículo 71, limitando la legitimación del ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación a la administración concursal, y los actuales apartados 2 y 3 se reenumeran como apartados 3 y 4. Asimismo, el apartado 5 del artículo 71, que regula los actos que no pueden ser objeto de rescisión, sustituye la denominación de Fondo de Garantía Salarial por la de FOGASA. Por otra parte, la homologación de los acuerdos de refinanciación se regula en la Disposición Adicional cuarta, que había quedado sin contenido. Finalmente, se modifica de nuevo el apartado 4 del artículo 194 y el régimen de recursos con la modificación de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 197.

Una nueva revisión de la LC tiene lugar con la Ley 4/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, en la que, de nuevo, se modifica el artículo 71 en su apartado sexto, relativo a los acuerdos de refinanciación, estableciendo la necesidad de informe favorable a dichos acuerdos por parte de un experto independiente designado por el registrador mercantil. También se modifica la Disposición Adicional cuarta, reduciendo del 75% al 55% el pasivo suscrito por entidades financieras necesario para poder homologar dichos acuerdos. Se introduce, asimismo, un nuevo artículo 71 bis, que regula el nombramiento por el registrador mercantil del experto independiente que deberá verificar los acuerdos de refinanciación. Y se introduce un nuevo Título X, en el que se regulan los acuerdos extrajudiciales de pago; una disposición adicional séptima que regula la remuneración de los mediadores concursales y una Disposición Adicional octava relativa al tratamiento de los créditos de derecho público en los acuerdos extrajudiciales de pago.

Con posterioridad, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan Medidas Urgentes en materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial, suprime el apartado 6 del artículo 71, introducido por la Ley 38/2011, y el párrafo 71 pasa a ser de nuevo el 6.º; da una nueva redacción al artículo 71 bis, introducido por la Ley 14/2013 bajo la rúbrica «*Régimen especial*

de determinados acuerdos de refinanciación»; modifica de nuevo el apartado 2 del artículo 71 en materia de legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación, sustituyendo la referencia al derogado artículo 71.6 por el 71 bis y limitando la fundamentación de la acción en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, imponiendo la carga de la prueba a la parte actora; y, finalmente, reforma la Disposición Adicional cuarta regulando de forma más detallada y extensa la homologación de los acuerdos de refinanciación.

Este Real Decreto-Ley se tramita como Ley y se aprueba, a tal fin, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan Medidas Urgentes en materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial. Y aunque mantiene la redacción del citado Real Decreto-Ley, sin embargo, introduce pequeñas modificaciones, siendo relevantes las siguientes: i) En el apartado 1 se modifica el penúltimo párrafo, sustituyendo la referencia que éstos hacían sólo a los préstamos sindicados por otra referida de forma más genérica a los acreedores; ii) En el apartado 3 b), 3 i) se introduce la conversión de deuda en capital, como una de las opciones de los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o haya mostrado su disconformidad; iii) En el apartado 5 se añade que la solicitud de homologación judicial podrá ser formulada, además de por el deudor, por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación; y iv) En el apartado 7 se introduce la previsión de que la sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación deberá dictarse en el plazo de treinta días.

Finalmente, a los efectos que a nosotros interesa, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y otras Medidas de Orden Social que tramita como Ley el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, modifica la Ley Concursal, en concreto la redacción del apartado 2 del artículo 178 añade un nuevo artículo 178 bis, donde se regula el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 176 bis, en materia de acuerdos extrajudiciales; el artículo 231, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 233, se suprime el apartado 4 y se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 234, se modifica el artículo 235, 236, 238, 240, 242 y se introduce el artículo 238 bis y 242 bis. Y, asimismo, se modifica la Disposición Adicional primera relativa a las funciones del mediador concursal, la Disposición Adicional segunda referido a la remuneración del mediador concursal, la Disposición Adicional tercera en relación con la representación del deudor en el concurso consecutivo y la Disposición Adicional cuarta el mediador de solvencia.

III. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

En este contexto, los elementos estructurales exigibles para que tenga lugar la acción rescisoria concursal son dos: elemento temporal: la realización del acto

durante «el período sospechoso» (dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso); y el elemento objetivo: el acto haya producido un perjuicio patrimonial³⁷. Estos dos elementos han de probarse por quien ejercite la acción (art. 71.4); aunque al mismo tiempo se establecen presunciones legales del daño o perjuicio en una serie de supuestos; en unos, por sus características, está justificado admitir prueba en contrario; en otros, la presunción es absoluta (art. 71.2 y 3)³⁸. A éstos habría que añadir otros dos requisitos para que prospere la acción, como son: que se haya producido la declaración de concurso y que el acto perjudicial para la masa activa se realice por el deudor³⁹.

1. Elemento temporal

En cuanto al elemento temporal, el artículo 71.1 de la LC determina que los actos perjudiciales para la masa activa han de ser realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso⁴⁰, quedando fuera

³⁷ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2011/248411); y, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 28 de julio de 2014 (JUR 2014/221707).

³⁸ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/368557).

³⁹ Sin embargo, SILVETTI, E.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 806, señala que podrán, igualmente, impugnarse actos de terceros que impliquen efectos jurídicos sobre el patrimonio del concursado.

Si bien, hay que criticar tal posición, pues el artículo 71.1 de la LC se refiere única y exclusivamente a los actos realizados por el deudor declarado en concurso.

Por su parte, SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *Tratado Judicial de la Insolvencia*, PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso (directores), tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menos, Navarra 2012, pp. 1144-1145, precisa que se deben excluir «*aquellos sacrificios patrimoniales asumidos por el cónyuge del deudor concursado, o por los socios o administradores de la sociedad concursada, aunque con ellos se aminore su solvencia con vistas a una futura acción de responsabilidad o a una futura condena a reintegrar a la masa como adjudicatarios de otro acto de disposición del deudor*». Y añade que: «*En el caso de la sociedad, estos actos pueden haber sido realizados por el órgano competente, que no siempre serán el órgano de administración o quien estuviera capacitado legal o convencionalmente para disponer u obligar a la sociedad, sino que también cabe impugnar actos de disposición realizados por la Junta de socios o accionistas, como, por ejemplo, el acuerdo de asistencia financiera a un socio de una sociedad de responsabilidad limitada para adquirir las participaciones de otro socio, o el acuerdo de reparto de dividendos*».

⁴⁰ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 8 de octubre de 2007 (JUR 2007/363074); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 23 de abril de 2008 (AC 2008/1062); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 16 de mayo de 2008 (JUR 2009/19754); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 23 de mayo de 2008 (JUR 2008/330493); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 3, de 13 de julio de 2009 (AC 2009/1920); las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 30 de abril de 2010 (JUR 2010/231865); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 2 de julio de 2010 (AC 2010/1131), pago realizado por la concursada veinte días antes de la declaración de concurso; de la misma Audiencia y sección, de 2 de julio de 2010 (AC 2010/1132), pago

del ámbito de la acción los actos que hayan tenido lugar fuera de dicho período, aunque sus efectos se desplieguen dentro del mismo⁴¹, o después de la declaración de concurso⁴². No se distingue en la Ley entre el supuesto que el concurso haya sido solicitado por el deudor o por otro legitimado, a pesar de que el deudor puede ya manifestar que se encuentra en estado de insolvencia en el momento de presentar la solicitud (art. 2.3 LC). Opera dicho elemento temporal tanto en el supuesto de concurso voluntario como necesario⁴³. La fecha del auto de declaración marca el inicio del cómputo del plazo (art. 21). Es indiferente, por tanto, la fecha de la solicitud. La única fecha relevante es la del auto de declaración, cualquiera que sea la fecha en que haya alcanzado firmeza (art. 71.1 en relación con el art. 21.2)⁴⁴. El día final vendrá determinado por la fecha de perfeccionamiento del contrato (cuando se pretenda la rescisión del mismo); y

realizado por la concursada diez días antes de la declaración de concurso; y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/296297), pago realizado por la concursada a una empresa del grupo tres meses antes de la declaración de concurso, cuando ya se encontraba en clara situación de insolvencia.

⁴¹ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *Comentarios de la Ley Concursal*, tomo I, ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (directores), CAMPUZANO, Ana Belén (coordinación), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1306, precisa que «por el contrario, no existe ningún obstáculo para que se ejerciten las acciones rescisorias frente a los actos que hayan tenido lugar en este plazo de dos años, en ejecución de un contrato celebrado con anterioridad».

⁴² Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, número 1, de 18 de octubre de 2007 (JUR 2008/357104), después de señalar que el artículo 71 de la LC se aplica a los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, precisa que «este requisito temporal no se cumple en ningún caso, porque la compensación prohibida en el artículo 58 de la LC se efectúa después de la declaración del concurso. La rescisión lo que pretende es dejar sin efecto los actos perjudiciales para la masa anteriores a la declaración de concurso. Los ulteriores pueden, sin duda alguna, ser perseguidos, pero no a través del incidente que se ha promovido, sino mediante la reclamación oportuna extrajudicial y, si es preciso, judicial».

⁴³ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 26 de marzo de 2009 (JUR 2009/274183), realizado a los tres meses anteriores al concurso voluntario.

En todo caso, señala LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, op. cit., p. 64, que, en la fijación de este período, «introduce cierta rigidez y puede pecar por defecto, pero también por exceso».

No es de la misma opinión MARTÍN REYES, M.ª A.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 12/2010, p. 186, por tres razones fundamentales: «la primera, porque la seguridad del tráfico requiere plazos concretos y breves, sin que podamos considerar la insolvencia como referente, toda vez que la misma no comprende, como nunca comprendió, una fecha concreta (...); la segunda, porque la liberalidad del deudor, en este punto, puede verse sorprendida, en la medida que los acreedores pueden instar el procedimiento con carácter necesario (...); y, la tercera, porque, en cualquier caso, las acciones rescisorias concursales coexisten con otras acciones de impugnación, de índole distinta, y que pueden también ser ejercitadas en el procedimiento concursal».

Por su parte, GONZÁLEZ BILBAO, E.: «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 7/2007, p. 218, considera en esta última línea que el requisito temporal de comisión de los actos sujetos a reintegración confiere seguridad jurídica a esta acción.

⁴⁴ Sin embargo, no faltan autores que proponen que la fecha sea de la solicitud, vid. GIL RODRÍGUEZ J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al

por la fecha del acto de ejecución (cuando se pretenda la rescisión de ese acto de ejecución).

No resulta tampoco necesario que, en el momento de realizar el acto el deudor, se encontrara en estado de insolvencia real o inminente. Lo importante es que el acto se hubiera efectuado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La fijación de este período uniforme ha generado debate sobre si nos encontramos ante un plazo rígido o puede flexibilizarse. Para los que se muestran a favor de una rigidez del plazo, entienden que la fijación de un período de sospecha uniforme frente a la anterior regulación constituye un notable avance, que viene a coincidir con el modelo italiano y posibilita, además, la salvaguarda de la necesaria seguridad jurídica de los terceros que han contratado con el deudor⁴⁵. Por su parte, quienes optan por la flexibilización del plazo manifiestan que, aunque la nueva regulación constituye una mejora respecto del sistema anterior, sin embargo, consideran que la rigidez del plazo puede llegar a permitir que el deudor haga uso fraudulento del mismo, llevando a cabo las actuaciones de despatrimonialización con anterioridad a los dos años, para evitar el ejercicio de la acción rescisoria concursal⁴⁶. Precisamente, en esa flexibilización del plazo no faltan quienes consideran que se debe fijar un plazo legal distinto según los actos o negocios jurídicos rescindibles, al tener la ventaja de la adaptabilidad al caso concreto, además de favorecer la consideración en el caso concreto de la buena y mala fe del que contrató con el deudor concursado. Al respecto, CARRASCO PERERA señala que: «(...) dos años pueden ser un período desmesurado para actos «perjudiciales» celebrados a título oneroso, pero pueden quedarse cortos con los actos de disposición gratuitos, o los que se han acometido con dolo»; y, añade que: «Seguramente, además, no es justo tratar a este respecto a todos los acreedores por igual, con independencia de si conocían o no conocían el estado de insolvencia, y si existía este mismo estado de insolvencia cuando se realizó el negocio en cuestión»⁴⁷.

En todo caso, la opción adoptada por la LC de establecimiento de un plazo legal fijo de dos años es la más adecuada en tanto con ello, además de facilitar la

artículo 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 850; ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», *op. cit.*, p. 335.

⁴⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4126; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal I», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 590, septiembre de 2003, p. 4; del mismo autor: «Presupuesto y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2014, p. 45.

⁴⁶ CORDÓN MORENO, F.: *Proceso concursal*, Aranzadi, Navarra 2003, p. 141.

⁴⁷ CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra 2009, p. 390.

aplicación de la norma, se garantiza la seguridad jurídica de quienes contratan con el deudor. No obstante, matiza HUELMO REGUEIRO al respecto que, cualquiera que sea la opción escogida, puede crear o dar lugar a situaciones injustas; por lo que ninguna de las opciones descritas *«puede cubrir todos los supuestos o casuística posibles, de ahí la importancia de que la LC haya creado un sistema integrado no sólo por la acción de reintegración, sino por un conjunto de acciones rescisorias e impugnatorias que permiten cubrir la casi totalidad de los actos o negocios rescindibles por perjuicio a la masa»*⁴⁸.

Ahora bien, como ya hemos dicho, el plazo de dos años se computa desde la fecha del auto de declaración del concurso⁴⁹; siendo el momento final el de la realización del acto o, en su caso, el de su ejecución, no el de producción de sus efectos⁵⁰. De forma que los actos realizados después de la declaración del concurso podrán ser rescindidos, pero no por la vía de la rescisión concursal, sino ejercitando cualquier otra acción —así, la rescisión civil.

Sin embargo, el artículo 242.2.4.^a de la LC —última reforma por la Ley 25/2015—, en relación con el concurso consecutivo, fija otro *dies a quo* para el cómputo del plazo, pues en este caso el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles *«se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Cambio de criterio del legislador que no tiene una justificación concreta»*.

Ahora bien, conviene precisar que, a partir del auto de declaración del concurso, y pese al silencio de la Ley Concursal al respecto, la doctrina de forma mayoritaria y acertada considera que la acción rescisoria concursal podrá ejercitarse hasta que finalice el concurso o hasta que se apruebe el convenio que pone fin al mismo⁵¹. Sin embargo, para MASSAGUER FUENTES, el inicio de la acción rescisoria es otro, pues, como indica que *«la administración concursal sólo podrá ejercitar la acción rescisoria concursal tras la elaboración del informe de la administración concursal, pero sin necesidad de esperar al transcurso del plazo previsto para que los acreedores puedan impugnarlo y, en su caso, al oportuno*

⁴⁸ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 130.

⁴⁹ Sin embargo, ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», op. cit., p. 335, considera que concreción de un plazo de tal tipo encierra siempre una inevitable dosis de arbitrariedad. Por lo que señala que *«quizá hubiera sido preferible que el plazo no contara desde la fecha de la declaración del concurso, sino desde la fecha en que se solicitó su declaración, aunque sólo fuera para evitar que el deudor intentase alargar el procedimiento de declaración de concurso necesario a fin de salvar determinados actos realizados en el límite de los dos años»*.

⁵⁰ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 136, sin embargo, considera que sólo es el de realización del acto.

⁵¹ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., pp. 381-382.

procedimiento judicial sobre la impugnación». Y, asimismo, precisa que «*la procedencia o no de interponer una acción de reintegración no figura entre las causas de impugnación del inventario y, por ello, no queda comprendida dentro del ámbito del control judicial de la actuación de los administradores concursales (art. 96.2 de la LC)*»⁵².

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, la Ley Concursal no establece ninguno al respecto; de ahí que la doctrina opte por aplicar analógicamente el plazo de caducidad de cuatro años establecido en el artículo 1299 del CC, dada la naturaleza rescisoria de la acción⁵³. Si bien, no existe tal unanimidad en cuanto a la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo. Para GIL RODRÍGUEZ y RIPOLL OLAZÁBAL ha de fijarse en el instante en que los administradores concursales acepten el cargo (art. 29 de la Ley Concursal)⁵⁴; para GULLÓN BALLESTEROS⁵⁵ y VARGAS BENJUMEA⁵⁶ ha de fijarse en la fecha del auto de declaración de concurso, lo que resulta más coherente, toda vez que alguno de los administradores puede renunciar al cargo.

2. Elemento objetivo

2.1. La existencia de perjuicio patrimonial

El otro elemento señalado para la prosperabilidad de la acción es la existencia de un perjuicio patrimonial. No se concreta en la Ley Concursal qué ha de entenderse por perjuicio patrimonial. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción corresponderá al juez en los litigios que dé lugar la aplicación de las normas concursales⁵⁷, porque de lo contrario serían rescindibles todos los

⁵² MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *op. cit.*, p. 4230.

⁵³ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4132; SILVETTI, E.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al artículo 72 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 562; GIL RODRÍGUEZ, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al artículo 72 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 886.

⁵⁴ RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «Comentario al art. 72 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 388; GIL RODRÍGUEZ, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 72 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 886.

⁵⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4132.

⁵⁶ VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, *op. cit.*, p. 71. Asimismo, en esta línea, GARCÍA-CRUCES, J. A.: Presupuesto y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio», *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷ La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 1, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/534), señala en su Fundamento de Derecho Tercero que: «*El art. 71 de la Ley Concursal permite rescindir los «actos perjudiciales para la masa activa», concepto más amplio que el de «perjuicio patrimonial», es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considera perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjun-*

actos de disposición realizados por el concursado en los dos años anteriores a la declaración del concurso. No obstante, es evidente, como señala GULLÓN BALLESTEROS, que *«toda disminución del patrimonio del deudor que no está correspondida o contrapesada con una correspondiente adquisición es un perjuicio patrimonial»*⁵⁸. Y como, asimismo, precisa VARGAS BENJUMEA, *«el requisito del perjuicio no puede entenderse como la inexistencia de bienes del deudor que permitan la satisfacción de la deuda de un acreedor concreto, como si se tratase de una acción rescisoria o pauliana ordinaria, sino que para la prosperabilidad de la acción de reintegración, este requisito debe valorarse puesto en relación con el principio de la par conditio creditorum o paridad en el trato de acreedores, de tal modo que el perjuicio se ha de producir para los acreedores entendidos como colectividad»*⁵⁹. Lo cierto es que el perjuicio o lesión ha de

to de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido»; por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 2, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2008/350833) dispone que *«habrá un perjuicio particular si el acto concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito, o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte»* (Fundamento de Derecho Primero); asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 22 de julio de 2009 (JUR 2009/361897), en su Fundamento de Derecho Cuarto, pone de manifiesto que *«la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición, a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201))»*. En igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de abril de 2007 (AC 2007/1698); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 8 de enero de 2009 (AC 2009/1180); la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009/172445), que precisa que el juicio del perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo, cuando el negocio es oneroso, y la prestación realizada por el deudor tiene una justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009/87930); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 28 de octubre de 2009 (AC 2010/140).

⁵⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4127.

⁵⁹ VARGAS BENJUMEA, I.: La acción de reintegración concursal, *op. cit.*, p. 47. En esta línea, ESCRIBANO, R. C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, pp. 23 y 27, señala que *«en la delimitación del concepto de perjuicio es preciso contar con el designio de la rescisión concursal: la satisfacción de los acreedores concurrentes respetando la par. De ahí que esté de acuerdo con quienes estiman que el perjuicio debe evaluarse atendida la masa pasiva y no los acreedores aisladamente considerados»*. Añade el autor, *«el requisito del perjuicio no puede entenderse como prueba de la insolvencia total o parcial del deudor; toda vez que la valoración del perjuicio descansa en la par conditio creditorum»*. Y para concluir: *«existe perjuicio concursal cuando el acto en cuestión reduzca, dificulte o imposibilite la satisfacción colectiva de los acreedores»*; MARTÍN REYES, M.ª Á.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 178, quien, asimismo, pone de manifiesto que *«de forma genérica existirá perjuicio cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso o, en definitiva, si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal»*.

comportar para la masa una significativa disminución de la solvencia, y, por ende, una disminución de la posibilidad de percepción por los acreedores de todo o parte de sus respectivos créditos⁶⁰, favoreciendo a ciertos acreedores en detrimento del conjunto de todos ellos, que se van a ver seriamente perjudicados por la pérdida de un activo⁶¹; y sin que sea necesario que medie una relación de cau-

sal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso haya una relación causal». Vid., asimismo, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 1, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/534; AC 2005/535); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 8 de enero de 2009 (AC 2009/1180); y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 23 de marzo de 2009 (AC 2009/768).

⁶⁰ PINTO RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *op. cit.*, p. 4305; MORALEJO, I.: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *Anuario de Derecho Concursal*, número 17, mayo 2009 (2), pp. 85-86. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010/7608), compraventa que se hizo a un precio notablemente inferior al del mercado; lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora, constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado; de 12 de abril de 2012 (RJ 2012/5900), indemnización arbitraria por resolución del contrato de exclusiva a la transmisión por la concursada de una rama de su actividad al comportar un sacrificio patrimonial injustificado y perjudicial para la masa activa y de 7 de diciembre de 2012 (RJ 2013/913), precio notablemente inferior al del mercado; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, número 1, de 26 de febrero de 2007 (AC 2008/391); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 8 de junio de 2007 (AC 2007/1093); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 12 de octubre de 2007 (JUR 2008/148577); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008/139505); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 12 de junio de 2008 (AC 2008/2360); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009/207224); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 26 de marzo de 2009 (JUR 2009/274183); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 3 de abril de 2009 (JUR 2009/220878) se considera que no existe perjuicio para la masa ni intención defraudatoria, en el pago del suministro de hormigón a la constructora quebrada, pues el suministro permitió continuar la actividad de la quebrada, integrándose lo suministrado en su activo por valor igual o superior; y, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 1, de 30 de noviembre de 2009 (AC 2010/70), que no se considera que el voto favorable a una ampliación de capital suponga un menoscabo patrimonial para la concursada; del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao (Vizcaya), número 2, de 13 de diciembre de 2012 (JUR 2013/121234), existencia de perjuicio patrimonial al transmitir dos fincas por un precio muy inferior a su valor, que no llegó a abonarse; y del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Asturias), número 3, de 2 de julio de 2014 (JUR 2015/271569), compraventa por precio sencillamente inferior al del mercado.

⁶¹ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012/4869); se trata de deudas vencidas que pueden constituir un comportamiento discriminatorio injustificado, pero también cabe vincular ambos cuando responde a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible. Acto lesivo para la masa derivado de que la compradora, en lugar de pagar íntegramente el precio a la vendedora, paga parte del precio a un determinado acreedor de la vendedora que ve satisfecho su crédito con infracción de la *par conditio creditorum*; y de 14 de julio de 2016 (RJ 2016/3199), respecto de las operaciones bancarias de las que traen causa los cargos que dieron lugar a los pagos cuya nulidad se pretende, constituyeron una superposición de garantías perjudiciales para la masa. Así como que las cantidades que el Banco Urquijo aplicó como pagos prioritarios (dado su acceso a la cuenta bancaria de la quebrada), a la

salidad entre el acto impugnado y el estado de insolvencia del deudor, pues no se requiere que el acto impugnado sea el que motive el desbalance patrimonial origen del concurso⁶².

satisfacción de sus propios créditos, supuso también un perjuicio para los demás acreedores. Aparte de que la «autodisposición» de la cuenta efectuada por la entidad bancaria alteraba la *par conditio creditorum*. A cuyos efectos, es indiferente que no existiera ánimo fraudulento, puesto que lo relevante es que hubiera perjuicio para la masa activa (art. 71.1 de la LC) y en este caso lo hubo en tales operaciones; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 12 de marzo de 2009 (JUR 2009/275004). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 1 de febrero de 2007 (AC 2007/765), respecto de la indemnización por desistimiento de procedimiento judicial de despido, que por tal concepto reconoció la empresa a su directivo, una vez resuelto el contrato de alta dirección; se consideró que era conforme a lo pactado y su pago representaba la contraprestación a la obligación negativa asumida por el directivo (de no entrar en competencia), que constituye su causa, siendo ésta de naturaleza onerosa (art. 1274 CC). La indemnización pactada guarda equilibrio con la obligación negativa asumida, de abstenerse de dedicarse a la misma o similar actividad que desarrolla para la sociedad ahora concursada, una vez resuelto el contrato, es justo que sea compensado y que dicha compensación guarde relación con la retribución que se perciba y el tiempo de duración de la prohibición de competencia. Además, las cantidades ya abonadas corresponden a los meses ya vencidos, y respecto de los que el alto directivo había cumplido ya la obligación de no competencia, siendo por tanto un pago debido. En consecuencia, ni el reconocimiento de la indemnización que por no entrar en competencia se atribuye al Sr. Tomás (95.000 euros), ni el pago parcial ya realizado antes del concurso (20.583,29 euros) deben ser considerados perjudiciales para la masa; sin perjuicio de que las cantidades restantes por satisfacerse al Sr. Tomás, siendo créditos concursales, puedan ser calificados de subordinados, en atención a la condición de persona especialmente relacionada con el deudor que le atribuye el hecho de haber sido apoderado de la empresa con poderes generales (art. 93.2.2.º LC). Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 12 de marzo de 2009 (JUR 2009/275004); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 15 de octubre de 2009 (JUR 2009/468431); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 9 de marzo de 2010 (AC 2010/953); la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Palencia, de 6 de mayo de 2010 (JUR 2010/201686) señala que el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de acreedores —esto es, a la masa pasiva—, y no al interés individual con un acreedor singular; y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, número 4, de 28 de mayo de 2010 (AC 2010/1054).

⁶² GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», *Las claves de la Ley concursal*, QUINTANA CARLO, Ignacio; BONET NAVARRO, Ángel y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (directores) Thomson-Aranzadi, Navarra 2005, p. 356; SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1150.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 12 de junio de 2008 (AC 2008/2360) entiende el perjuicio en el sentido de que haya detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o por constituirse cargas demasiado onerosas o, por el contrario, el perjuicio puede venir dado por la disminución de la garantía de cobro producida por una comunicación del patrimonio del deudor, como consecuencia de la realización de dicho perjuicio, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro. *Vid.*, asimismo, en este sentido, el Auto del Juzgado Mercantil de Barcelona, número 1, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/534); las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008/143); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201).

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 1, de 30 de noviembre de 2009 (AC 2010/70), no considera que exista acto perjudicial de naturaleza dispositiva en el voto favorable a una ampliación de capital, al no suponer un menoscabo patrimonial para la concursada.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de abril de 2012⁶³, se afirma que «no concreta la norma qué debe entenderse por *«perjuicio de la masa activa»*, pese a lo cual no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado. Para la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 26 de octubre de 2012⁶⁴, señala que *«el perjuicio para la masa activa del concurso, como ya se apuntaba en la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2010, debe entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado en cuanto tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 de la LC), y además debe carecer de justificación»*. En definitiva, *«un acto será perjudicial para la masa activa cuando implique una disminución injustificada del valor de dicha masa, como podría resultar del acto de disposición que implica la existencia de un crédito, cuando éste no resulte justificable en una situación de sobreseimiento general del pago de las deudas»*. Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 y 30 de abril de 2014⁶⁵ entienden que el perjuicio para la masa consiste en un sacrificio patrimonial injustificado del deudor que, posteriormente, es declarado en concurso. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 10 de marzo de 2015⁶⁶ considera el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado *«en cuanto tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC) y además, debe carecer de justificación»*.

Ahora bien, además del perjuicio directo, la jurisprudencia ha venido admitiendo lo que se llama perjuicio indirecto. Así, el Tribunal Supremo, en las sentencias de 12 de abril, 26 de octubre y de 8 de noviembre de 2012⁶⁷ dispone que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el artículo 71 de la LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso suponga una disminución injustificada de su patrimonio o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero, asimismo, tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o, en sentido amplio, que consiste en una alteración injustificada del principio de par conditio creditorum. En esta misma línea, la sentencia de 10 de julio de 2013⁶⁸ señala que *«la jurisprudencia ha admitido que*

⁶³ RJ 2012/5900.

⁶⁴ RJ 2012/10415.

⁶⁵ RJ 2014/3846 y RJ 2014/2907.

⁶⁶ RJ 2015/2678.

⁶⁷ RJ 2912/5900; RJ 2012/10415 y RJ 2013/902.

⁶⁸ RJ 2013/4998. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 15 de octubre de 2012 (JUR 2013/84075) alude a un concepto amplio de perjuicio que engloba tantos aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa como aque-

el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación

llos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el principio de paridad o la igualdad de trato entre los acreedores (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2009 y 13 enero de 2010). La alteración de la *par conditio creditorum* puede determinar el carácter perjudicial del acto, pues, como señala en esta última sentencia, *«en estos casos el perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes que, en definitiva, han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso, en igualdad de condiciones, que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más efectiva»*; y, de la misma Audiencia Provincial y sección, de 4 de junio de 2014 (JUR 2014/227648), señala que el concepto de perjuicio para la masa activa que acoge el artículo 71 de la LC admite una acepción amplia o indirecta comprendiendo *«aquellos actos que supongan una infracción, por alteración del principio de paridad de trato de los acreedores (par conditio creditorum), cuando se provocan una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio o la masa de acreedores que se podrán apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso, injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiera la percepción en hipótesis de una cuota de satisfacción más elevada (en ese sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012)»*. Igualmente, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de 22 de abril de 2014 (JUR 2015/289025); y del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, número 2, de 11 de mayo de 2015 (JUR 2016/14524). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5201) cuya pretensión principal consistía en que se rescindieran los pagos realizados a favor de Banesto, por un importe total de 2.045.599,70 €, para cancelar una póliza de crédito, un préstamo hipotecario y un aval bancario, contratos concertados por MHG con Banesto. Dicho importe había sido obtenido mediante la venta de diversas fincas por MHG y por otra sociedad de su grupo, Tricenter Albamur, S.L., a sociedades inmobiliarias participadas, directa o indirectamente, por Banesto en un 100%, que actualmente se hallan fusionadas en la sociedad Mesena. Dichas compraventas se celebraron el 28 de noviembre de 2008. El importe obtenido por las vendedoras fue ingresado en la cuenta que MHG tenía abierta en Banesto y aplicado sin solución de continuidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias de crédito, préstamo hipotecario y aval. MHG fue declarada en concurso en junio de 2010. La pretensión principal formulada por la administración concursal en su demanda fue estimada por el Juzgado Mercantil, que acordó la rescisión de los pagos y declaró la mala fe de Banesto, por lo que esta debía reintegrar los 2.045.599,70 € que había recibido de MHG, más los intereses, y Banesto resultaba titular de un crédito subordinado por 2.045.599,70 € en el concurso de MHG. El juzgado consideró que la operación causaba un perjuicio patrimonial injustificado, consistente en un perjuicio a los acreedores al alterar el orden de prelación establecido legalmente, puesto que el precio obtenido con las ventas no se ingresó en el activo de la concursada, sino que se entregó directamente a Banesto para cancelar los contratos concertados con MHG, con lo que las compraventas encubrían en realidad daciones en pago de las que Banesto era la única beneficiaria, sin que constituyeran operaciones propias de la actividad ordinaria de MHG, que se encontraba en una situación de iliquidez manifiesta y entregaba las fincas para cancelar pasivo, por lo que apreciaba mala fe en Banesto, que conocía la situación de iliquidez de MHG. La apelación de Banesto contra esta sentencia fue desestimada por la Audiencia Provincial. Sobre tales bases, para que proceda la acción rescisoria concursal, se indica que, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. El perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado. Por tanto, lo relevante para apreciar la concurrencia de ese elemento no es la intención que

de insolvencia o hubiera sobrepasado el pago de sus obligaciones exigibles; de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso o directamente de la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012⁶⁹, después de señalar que son actos perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificado del patrimonio del concursado, advierte que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado, deberá analizarse en el contexto en que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias. En todo caso, resulta suficiente que la actuación del deudor haya sido perjudicial para la masa activa, aun que no sea la causa de la insolvencia del deudor, esto es, no se considera necesario

moviera a Banesto al realizar la operación, sino si la misma causó un sacrificio patrimonial injustificado. Ahora bien, como señala la citada sentencia: «Los hechos fijados en la instancia muestran que la mayor parte del pago cuya rescisión se pretende con el ejercicio de la acción rescisoria concursal se hizo con el precio obtenido por una finca de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, de la que la única circunstancia fáctica que se fija en la instancia es que pertenece al mismo grupo que la concursada. Estas circunstancias determinan que, tal como afirma la recurrente, con la salida del patrimonio de la concursada de un activo cuyo valor apenas superaba los 900.000 euros, se canceló un crédito cuyo importe superaba los dos millones de euros, pues el otro activo utilizado para tal cancelación provenía del patrimonio de un tercero. En caso de que Tricenter Albamur hubiera ejercitado la acción de reembolso frente a MHG por la dación de pago hecha en su beneficio, su crédito no habría tenido la consideración de ordinario, como lo era el crédito de Banesto, sino de subordinado, en virtud de lo previsto en el art. 92.5º de la Ley Concursal. No han sido fijados en la instancia otros datos que permitan afirmar que la dación en pago hecha por Tricenter Albamur para cancelar la mayor parte de la deuda que MHG mantenía con Banesto haya supuesto un perjuicio para MHG. La Audiencia Provincial solo menciona que son sociedades del mismo grupo, no que MHG sea propietaria de la totalidad o la mayor parte del capital social de Tricenter Albamur. En su escrito de oposición al recurso, la propia MHG se refiere a Tricenter Albamur como una «tercera empresa». Por lo que «lo expuesto determina que este motivo del recurso deba estimarse, porque la intervención de una tercera persona en la cancelación de la deuda que MHG mantenía con Banesto, tercera persona que enajenó una finca cuyo precio sirvió para cancelar la mayor parte de dicha deuda, determina que no concurra el requisito del perjuicio, pues excluye la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado en MHG, ya sea directo, porque su patrimonio sufriera una merma considerable, ya sea indirecto, porque se perjudicara la condición de otros acreedores estando la deudora en una situación de clara insolvencia». Además «tampoco puede estimarse la pretensión formulada subsidiariamente por la parte demandante, consistente en que se rescinda exclusivamente el pago de las cantidades obtenidas con la dación en pago, encubierta mediante sendas compraventas, de las fincas propiedad de MHG. La operación realizada tenía un carácter unitario, pues respondía a una misma causa y a una misma función económica, por lo que no puede desmembrarse para rescindir una parte, la que era menos beneficiosa para MHG, y dejar subsistente otra, la que benefició al patrimonio de MHG». De forma que, «lleva a que el recurso de casación deba estimarse, la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser revocada, y desestimarse la pretensión formulada en la demanda con carácter principal».

⁶⁹ RJ 2012/5900.

que haya una relación causal entre el acto o negocio del deudor y la situación de insolvencia en que se ve inmerso éste⁷⁰.

Esta doctrina jurisprudencial que defiende un concepto amplio de perjuicio para la masa activa, donde se incluye tanto la disminución o menoscabo de la masa activa como la vulneración o infracción del principio de *par conditio creditorum*, es acogido también por un sector de la doctrina. Así, MASSAGUER FUENTES señala que «el fundamento de la acción de reintegración concursal es el carácter perjudicial del acto considerado y, en particular, su carácter perjudicial para la masa». Por lo que serán actos perjudiciales para la masa activa los dos tipos de actos siguientes. En primer término, «pueden reputarse perjudiciales para la masa activa del concurso los actos que tengan por efecto un desplazamiento patrimonial del concursado a favor de terceros, incluidos no sólo los que resulten de la ejecución de obligaciones de dar, sino también de obligaciones de hacer y no hacer, que no se halle correspondido por una prestación que, si se trata de un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, pueda considerarse normal o que, en otro caso, sea equivalente. En segundo término, pueden reputarse perjudiciales para la masa activa del concurso, asimismo, los actos que tengan por consecuencia una modificación injustificada de la posición del acreedor, de modo tal que dicha posición, abierto el concurso y con independencia del cuál fuere su solución, resulte más favorable de la que habría ocupado si al tiempo de su realización se hubiere declarado el concurso o, si se prefiere, aquellos otros actos que alteren indebidamente la posición de los acreedores frente a la masa activa, esto es, sin mediar una contraprestación que, si se trata de un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, pueda considerarse normal o que, en otro caso, sea equivalente»⁷¹. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, para quien frente a la falta de un concepto legal de perjuicio, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando ampliamente el perjuicio «como

⁷⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Presupuesto y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 36, señala al respecto que «debe advertirse cómo no media vinculación alguna, a fin de que proceda la acción rescisoria entre el acto que se quiere impugnar y el estado de insolvencia del ahora concursado. El perjuicio, noción sobre el que se asienta el entero sistema de reintegración, es independiente del estado de insolvencia en el sentido de que el acto puede resultar perjudicial aunque no medie relación causa alguna entre éste y aquel estado de insolvencia del ahora concursado. En ningún caso la norma viene a vincular la procedencia de la acción rescisoria con la producción del estado de insolvencia, como así se deriva de su tenor literal». En esta línea, asimismo, LINACERO LA FUENTE, M.ª: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, op. cit., p. 70, cuando afirma que «en el ámbito concursal, la relación de causalidad, no ya de un concreto, sino del conjunto de actos realizados en el período sospechoso y el perjuicio patrimonial ocasionado a la masa activa resultará difícil de valorar».

⁷¹ MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4220-4221.

todo acto que perjudique no sólo a la masa activa, conllevando una disminución patrimonial, sino también a la masa pasiva, conculcando la “par conditio creditorum”»⁷². Ahora bien, no faltan autores que se muestran críticos con esta concepción amplia de perjuicio. Así, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ señala que «la lectura de las resoluciones del Tribunal Supremo permite dos conclusiones de máximo interés e importancia. En primer lugar, la noción de perjuicio, centrada en el sacrificio patrimonial injustificado, también da cabida a ciertos supuestos en que esa lesión se produce respecto de la regla de paridad de trato de los acreedores. De otro lado, la rescindibilidad del acto por suponer la afección negativa de la par conditio creditorum sólo está justificada cuando se den esas circunstancias excepcionales. Sin embargo, no cabe desconocer cómo el criterio que expresara el Tribunal Supremo no sólo afirma las conclusiones señaladas, sino que también suscita un grave problema en la aplicación de las reglas de la LC, pues se hace preciso concretar qué significado tienen y determinar cuándo concurren esas circunstancias excepcionales que permiten la impugnación del acto anterior (pago), pese a su inicial justificación (carácter debido y exigible por suponer la ruptura de la par conditio creditorum». Añade, «todo lo anterior nos lleva, de nuevo, a la conclusión de que el perjuicio que requiere el ejercicio de la acción rescisoria por reintegración siempre supone un menoscabo de la masa activa, bien por implicar su aminoración cuantitativa, bien por incidir negativamente en su calidad». Asimismo, manifiesta que «si no entendiéramos el perjuicio al que se refiere la norma como una exigencia de aminoración, cuantitativa o cualitativa, de la masa activa sino, por el contrario, ampliáramos su extensión a fin de dar cobertura al menoscabo de la paridad de trato de los acreedores, acabaríamos, junto con no ajustarnos a las exigencias dispuestas por el legislador, en unos resultados demasiado próximos a aquellos que se obtenían bajo la vigencia del derogado modelo de la retroacción de la quiebra. Circunstancia que ha llevado a algún autor a caracterizar el modelo, sino se llevara a estas consecuencias como el propio de una criptorretroacción». En definitiva, dispone que «por todo lo expuesto parece que hemos de concluir afirmando que el interés que atiende nuestro sistema de reintegración concursal es el de reconstituir el patrimonio del entonces deudor, a fin de dejar inmune frente a aquellos actos que —afectando de manera negativa, también cualitativa como cuantitativamente a aquél— carecieran de la suficiente justificación material para producir el efecto, a fin de que luego ese sumatorio de bienes y derechos pueda constituir la masa activa del concurso que permitirá, dentro de lo posible, la satisfacción de los acreedores

⁷² PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *La Ley*, año XXX, número 7997, 21 de enero de 2009, p. 3. Asimismo, en esta línea, AZNAR GINER, E.: *La acción rescisoria concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 47, afirmando al respecto que «... ese perjuicio a la masa activa puede consistir: a) No sólo en una disminución, mediata o inmediata, de la garantía patrimonial del deudor, bien por la ausencia de una prestación por la contraparte o por la falta de reciprocidad entre las prestaciones llevadas a cabo en beneficio de éste, sino también, b) En una vocación de la par conditio creditorum, esto es, atentar al orden legal de pagos previstos para el caso de concurso».

concursales. Sólo en la medida en que se dieran tales circunstancias vendría a estar justificada la ruptura de las exigencias que impone la necesaria seguridad del tráfico, permitiéndose la afección de un acto como consecuencia de la realidad de un suceso posterior; tal y como sucedería respecto de la declaración del concurso»⁷³. Igualmente, manifiesta su disconformidad con el concepto amplio de perjuicio CARRASCO PERERA, para quien «frente a las propuestas casi unánimes de una jurisprudencia que parece desconocer las reglas del mercado, alentada por una doctrina casi fundamentalista en lo que respecta a los fines «encomiables» del concurso de acreedores, hay que afirmar y reafirmar con contundencia que no se pueden hacer equivalentes perjuicios de la masa (de acreedores) y ruptura de la regla de equiparación de trato entre los acreedores. Pues entonces, y por definición, toda garantía real que subsistiera al tiempo del concurso sería perjudicial para la masa. La «masa activa» no son los otros acreedores, ni es un centro de referencia que proteja los intereses exclusivos de los acreedores no garantizados. Nada tiene que ver el interés de la masa o el «interés del concurso» con el interés a la igualdad de los acreedores ordinarios, pues en tal caso garantía real y concurso serían conceptos excluyentes. Sirva esto para refutar la extendidísima opinión de que el perjuicio de la masa tiene algo que ver con la preservación de la par conditio creditorum, o que la acción rescisoria concursal está puesta al servicio de esta igualdad de trato. Ello no es así, ni tan siquiera en el supuesto del artículo 71.3.2 de la LC, en el que la presunción relevante es la de perjuicio a la masa del concurso, es decir, la de existencia de un acto a título gratuito, no importando de suyo la circunstancia de que, habiéndose creado una preferencia, se haya puesto en cuestión la par conditio». En definitiva, señala que «de ser cierta la idea aquí combatida, el objetivo de la acción sería el de repartir igualitariamente entre la masa de acreedores el pasivo recuperable, con independencia de las posiciones de ventaja que hubieran adquirido alguno de ellos en los dos años precedentes, aunque el crédito por el que se obtuviera garantía fuera y siga siendo objetivamente útil a los intereses del concurso. Pero no es éste manifiestamente el designio de las normas que exige el perjuicio para la masa y no simple existencia de una situación de ventaja adquirida por algún acreedor en los dos años anteriores. Además, el argumento derivado de la equiparación de trato no serviría en ningún caso para racionalizar el motivo por el que pueda ser rescindida una garantía personal. Cuando el fiador entre en concurso, no es un privilegio lo que resulta de la garantía a favor de su titular, sino su simple condición de acreedor personal. Lo que el resto de los acreedores del fiador encuentran no es un acreedor privilegiado, sino a un acreedor más, privilegiado u ordinario, según los casos. O incluso subordinado». Y concluye que «más allá de las consideraciones sistemáticas existe un argumento

⁷³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de “perjuicio”», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 54-55 y 67-69.

de justicia. Tendría, en efecto, sentido hacer consistir el perjuicio de la masa en la lesión de la igualdad de trato si el período sospechoso fuera un plazo corto de tiempo inmediatamente anterior al concurso (dos, tres meses). En estas condiciones, sí tendría sentido postular una inteligencia del perjuicio rescisorio como lesión de la igualdad de trato de los acreedores»⁷⁴.

En todo caso, existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un sacrificio patrimonial injustificado, esto es, una disminución del valor del activo que, una vez declarado el concurso, constituirá la masa activa; y, además, que tal disminución carezca de justificación, por lo que se perjudique al principio de paridad de trato de los acreedores⁷⁵. Si bien, como aclara SANCHO GARGALLO, la valoración del activo *«debe hacerse ex ante y no ex post, esto es, ha de ser el de realización del acto impugnado, prescindiendo de las circunstancias posteriores que hubieran podido incrementar el valor del bien o derecho objeto de disposición o que hubiera podido alterar la posición del acreedor que fue modificada con el*

⁷⁴ CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, op. cit., pp. 397-399. En esta línea, SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», op. cit., p. 1146, para quien *«aunque el perjuicio guarde relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa con la alteración de la par conditio creditorum, pues extendería excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración del concurso que conlleve una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso, e, incluso, los pagos debidos y exigibles»*; HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., pp. 156 y 189, no cree admisible la concepción extensiva del concepto de perjuicio. Y ello aunque *de lege ferenda*, sí que parece razonable y coherente con el concepto y finalidad de la acción de reintegración incluir la infracción injustificada de la *par conditio creditorum* como requisito habilitante para el ejercicio de la misma. Si bien, añade que *«el art. 71.1 no incluye expresamente la infracción del principio de par conditio creditorum como requisito para el ejercicio de la acción de reintegración, ni puede considerarse su infracción, por sí misma, un acto perjudicial para la masa activa»*. Además *«no considera jurídicamente razonable fundamental la concurrencia de un presupuesto no incluido en el concepto de perjuicio en las presunciones contenidas en el art. 71.2 y 3, presunciones de carácter procesal, establecidas únicamente a efectos de modificar las reglas de la carga de la prueba del perjuicio, facilitando con ello la prueba del mismo»*. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/10415), después de señalar que *«el perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor; injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado el concurso»*, manifiesta que *«aunque el perjuicio guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia de todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso, e incluso los pagos debidos y exigibles»*.

⁷⁵ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010/7608); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201).

acto impugnado»⁷⁶. Consideramos que, para que exista perjuicio que, de manera conjunta y no de forma autónoma, tanto la disminución o menoscabo de la masa activa, como la vulneración o infracción de la *par conductio creditorum*.

Por otra parte, de la regulación de la acción rescisoria concursal sólo resulta necesario que los actos realizados por el deudor hayan tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración del concurso y sean perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta⁷⁷. El legislador ha optado por un sistema de carácter objetivo en el que se prescinde del requisito del *consilium fraudis* (presupuesto para el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana ex artículo 1111 del CC), pues el centro de gravedad de la normativa concursal sobre rescisión se concreta únicamente en la existencia del perjuicio en el momento temporal indicado y el régimen de su prueba⁷⁸. No se exige un «*animus nocendi*», pues basta con una cierta conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio⁷⁹; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial.

En todo caso, para SANCHO GARGALLO, la consecuencia práctica de la no exigencia de intención fraudulenta es que «*se facilita el ejercicio de la acción y, en concreto, la prueba de sus presupuestos, pues es más fácil de acreditar un elemento objetivo como es el perjuicio que la intención subjetiva*»⁸⁰.

⁷⁶ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pp. 1147-1148.

⁷⁷ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 27 de marzo de 2006 (RJ 2006/1818); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/368557), en la que se señala que, no obstante su naturaleza de acción rescisoria, la acción de reintegración concursal tiene una base absolutamente objetiva, pues probado el perjuicio tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones por las partes, más sus frutos e intereses; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 12 de octubre de 2007 (JUR 2008/148577); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 1 de diciembre de 2008 (JUR 2009/132370); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 19 de diciembre de 2008 (AC 2009/201); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 26 de marzo de 2009 (JUR 2009/274183), compraventa de inmueble tres meses antes de presentarse la solicitud de concurso voluntario.

⁷⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100467); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 25 de febrero de 2016 (AC 2016/653), que no es necesario *consilium fraudis*, sino que basta que exista perjuicio para la masa. Asimismo, *vid.* las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 5, de 29 de junio de 2012 (AC 2012/1705), y del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de 15 de marzo de 2013 (JUR 2014/277743).

⁷⁹ VILA FLORENSA, M.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 877; MORALEJO, I.: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *op. cit.*, p. 85. Advierte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, número 1, de 20 de junio de 2006 (AC 2007/203) que, «*si bien para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal no se exige que el acto o negocio haya sido efectuado con intención fraudulenta o con negligencia grave, el elemento intencional sí debe concurrir en el acto de generación o agravación de la insolvencia para que determine la calificación del concurso como culpable (art. 164.1 LC)*».

⁸⁰ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1146.

Esta situación contrasta con la exigencia de fraude en las hipotecas inscritas a favor de entidades de crédito, de acuerdo con la Ley del Mercado Hipotecario, pues en su artículo 10 señala que no podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la LC por la administración concursal si no demuestra la existencia de fraude en la constitución del gravamen. Por lo que en estos supuestos será necesario probar el fraude no sólo en el deudor hipotecario, sino también en el acreedor hipotecario.

Finalmente, en cuanto a la clase de actos perjudiciales para la masa del concurso, han de ser aquellos que tengan por efecto un desplazamiento patrimonial del concursado a favor de un tercero; de forma que han de incluirse contratos y cualquier otro negocio jurídico como donaciones, declaraciones negociales tales como remisión de deudas o garantías, constitución de derechos reales, renuncia a acciones, etc.⁸¹. Además, se ha admitido la posibilidad de impugnar actos efectuados en cumplimiento de un contrato, con independencia del negocio jurídico del que traen causa. De este modo, se posibilita el ejercicio de la acción de reintegración, tanto respecto a los distintos tipos de actos realizados por el deudor en el marco de las relaciones jurídicas bilaterales, como frente al negocio jurídico mismo en que se fundan (en particular, se encuentran comprendidos también los pagos y los demás actos extintivos de las obligaciones)⁸²; o también, de tratarse de la ejecución de obligaciones de dar, o de obligaciones de hacer o no hacer, que no se correspondan con una prestación que «*si se trata de un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, pueda considerarse normal o que, en otro caso, sea equivalente*»⁸³. Por lo que deben considerarse rescindibles no sólo actos o negocios jurídicos, sino también las omisiones —comportamientos pasivos— que conlleven un perjuicio patrimonial contra la masa, una pérdida de un activo patrimonial o la expectativa jurídica de adquirirlo⁸⁴. Si bien, respecto de las omisiones, HUELMO REGUEIRO matiza que «lo rescindible serán los efectos de la no realización del acto o negocio que hubiera evitado el perjuicio a la masa; en este caso, lo que debería dejarse sin efecto es la omisión, la no realización del acto»; y añade que «no puede declararse ineficaz un acto o negocio que no llegó a realizarse, pero sí que puede dejarse sin efectos los efectos de dicha omisión, permi-

⁸¹ VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, op. cit., p. 37.

⁸² LEÓN SANZ Fco.: «Comentario a los artículos 71 de la Ley Concursal», op. cit., p. 1305.

⁸³ MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», op. cit., p. 4221.

⁸⁴ GARCÍA GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», op. cit., p. 1145; HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 213; VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, op. cit., p. 37; los actos a que se refiere el artículo 71.1 de la LC son los contratos, los negocios jurídicos e incluso; «*declaraciones negociales que sean susceptibles de producir perjuicio patrimonial*». Por su parte, SILVETTI, E.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», op. cit., p. 806, considera que deben entenderse excluidos tanto los simples hechos jurídicos como las omisiones, aunque aclara que «*la exclusión de unos y otras lo es en el ámbito de las acciones rescisorias, pero no de las acciones de reintegración que pueden ejercitar al amparo del art. 71.6 de la Ley Concursal*».

tiendo la realización del acto cuya no realización causó el perjuicio»⁸⁵. Ciertamente, la falta de actuación es lo que determina el perjuicio, correspondiendo a la administración concursal suplir la misma, a través de la consecución del resultado positivo para la masa que deriva de llevar a cabo el acto.

Por otra parte, conviene precisar que son impugnables los actos de disposición patrimonial, por lo que quedan excluidos todos aquellos que carezcan de contenido patrimonial, esto es, que no conlleven un sacrificio patrimonial injustificado⁸⁶. Y en el concepto de perjuicio patrimonial deben incluirse tanto los actos u omisiones que suponen una pérdida o disminución patrimonial como los supuestos en los que no se obtiene un aumento de la masa activa que habría tenido lugar de no haberse realizado el acto cuya rescisión se pretende⁸⁷. No obstante, precisa acertadamente SANCHEZ GARGALLO, que «*la rescisión concursal no alcanza a las enajenaciones de bienes o derechos realizadas en el curso de una ejecución judicial forzosa, pues no derivan del ejercicio de una facultad de disposición patrimonial del deudor, sino de una imposición judicial como consecuencia del auto de adjudicación*»; ni tampoco «*a los actos de disposición realizados por el deudor en la fase de cumplimiento de un convenio concursal, en caso de que, como consecuencia del incumplimiento, se abra la liquidación*»⁸⁸.

2.2. Presunciones de perjuicio patrimonial para la masa activa

Para probar el perjuicio en el plazo de dos años indicado, la Ley Concursal acude a la técnica de las presunciones. Así, por una parte, establece una presunción *iuris et iure* del perjuicio en los casos en que los que es imposible demostrar que el acto ha sido favorable a la masa (art. 71.2) y, por tanto, no se admite prueba en contrario de ningún tipo⁸⁹; y, por otra, una presunción *iuris tantum* para los actos que, si bien en principio son perjudiciales para aquélla, el deudor puede acreditar lo contrario, es decir, podrá probar que los actos no causaron perjuicio a la masa activa (art. 71.3). La prueba se invierte en virtud de dicha presunción y corresponde al que lo niegue (que existe un perjuicio patrimonial) probar que dicho perjuicio no se ha producido.

En todos los demás supuestos no amparados por ninguna de las presunciones, el artículo 71.4 LC determina como regla general que la carga probatoria de los dos elementos esenciales o estructurales de la acción rescisoria: el objetivo —que

⁸⁵ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., pp. 215-216.

⁸⁶ GARCÍA GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», op. cit., p. 1144.

⁸⁷ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 216.

⁸⁸ GARCÍA GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», op. cit., pp. 1145 y 1152.

⁸⁹ Vid. las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número 1, de 25 de octubre de 2005 (AC 2006/1022); y del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 21 de noviembre de 2006 (AC 2007/128237).

se haya producido el perjuicio— y el temporal —que el deudor haya realizado el acto dentro de los dos años anteriores al concurso—, corresponde a los administradores concursales (u otros legitimados para el ejercicio de la acción)⁹⁰.

Sobre tales bases, el actor podrá acreditar los dos elementos estructurales de la acción rescisoria, bien sirviéndose de las presunciones legales, o bien desplegando la correspondiente actividad probatoria, cuando aquellas no resulten operativas. En todo caso, la regla de la *par conditio* puede decaer, si se prueba que el acto o negocio en cuestión es favorable a la masa⁹¹. Asimismo, la presunción dispensa de la prueba del perjuicio, pero no del hecho, indicio del que parte la misma y permite su aplicación⁹².

Al mismo tiempo, el artículo 71.5 hace referencia a una serie de actos, respecto de los que excepcionalmente no opera la rescisión concursal y que serán objeto de referencia oportuna en este estudio.

Conforme a lo expuesto, se pueden clasificar las acciones de reintegración por rescisión que recoge el artículo 71 de la LC atendiendo a los siguientes criterios:

1.º La regla general es la posibilidad de impugnación de todos los actos del deudor que proceden conforme a Derecho, si bien, de entre éstos, distinguiremos, por un lado, los que suponen una reintegración de la masa activa por rescisión a tenor del perjuicio patrimonial, que se producen en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso; y por otro, los que se encuentren fuera de este

⁹⁰ Para GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 866, «*leída la letra del art. 71.4 de la LC se diría que la necesidad de prueba del perjuicio se impone en todos los casos diversos de los dos supuestos previstos en el apartado anterior; o sea, incluidos los actos objetivamente perjudiciales contemplados en el art. 71.2*». Sin embargo, precisa que «*si se dimensiona el sentido necesario y posible del precepto, ha de significar que quien pretende la rescisión de un acto del deudor deberá acreditar en todo caso su carácter perjudicial, ya sea sirviéndose de las presunciones legales, ya sea desplegando la correspondiente actividad probatoria, cuando, por la razón que sea, no gozare de la dispensa legal, incluido —como se dejó escrito— el caso de que el demandado le hubiere «encerrado» en el interior de las liberalidades de uso*». Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008/143); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2009 (JUR 2009/187097) y de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 28 de octubre de 2009 (AC 2010/140).

⁹¹ Señala en este sentido GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 8, 2008, p. 385, que «*no cabe descartarse que pueda probarse por el demandado que el acto en cuestión no reúne el carácter perjudicial, al incluir nuevas condiciones más favorables, como la concesión de un nuevo plazo o la reducción del cuántum o del tipo de interés o la constitución de la garantía como condición para la ampliación del crédito imprescindible para la continuación de la actividad*»; si bien añade que «*las decisiones adoptadas por los Juzgados de lo Mercantil son muy rigurosas en la apreciación de la bondad del acto y su beneficio debe ser meridianamente claro*».

⁹² HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 191.

período (art. 71.6 LC).

2.º La regla particular es la posibilidad de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta (art. 71.1 de la LC), con la consiguiente operatividad en relación con prueba de las presunciones legales, o de la regla general expuesta.

3.º A lo anterior hemos de añadir dos excepciones: una prevista en el artículo 71.5 de la LC y otra en el artículo 172.1.3.º de la LC. Según el primero, en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en las condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, ni las garantías constituidas a favor de créditos de derecho público y a favor de FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación prevista en su normativa específica, ni los acuerdos de refinanciación. Según el segundo de los artículos citado, la consideración de cómplices en la sentencia de calificación conlleva una intención defraudatoria y la obligación de devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados y, por tanto, no podrá ser objeto de dichas acciones, sino que habrá que estar a lo que decida la referida sentencia.

A) Presunciones *iuris et de iure* de perjuicio

i. Actos de disposición a título gratuito

El artículo 71.2 de la LC hace referencia a la presunción legal absoluta que opera respecto a los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso. Quedan incluidos todos aquellos actos o negocios de disposición que den lugar a una disminución del patrimonio del deudor sin una contrapartida que justifique la salida del bien o derecho⁹³, con la consiguiente disminución del activo

⁹³ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1309. *Vid.* las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número 1, de 25 de octubre de 2005 (AC 2006/1022), que señala que el concepto de acto a título gratuito es más amplio que el de la mera donación. Dentro de esta categoría quedan incluidos todos aquellos actos que den lugar a una disminución del patrimonio del deudor sin una contrapartida que justifique la salida del bien o del derecho (Fundamento de Derecho Segundo); del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 17 de octubre de 2006 (JUR 2009/150998), manifiesta que «*es incuestionable que la constitución de una hipoteca sobre un bien de la concursada en garantía de una deuda ajena —de una empresa del grupo—, por el que no se percibe contraprestación alguna, constituye un acto a título gratuito perjudicial para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.1.º, apartado segundo de la Ley Concursal*»; y del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, número 1, de

y el correspondiente perjuicio de los acreedores, por afectar a bienes que debían formar parte de la masa⁹⁴. Entre estos actos figuran las donaciones, legados, renunciaciones, condonaciones de deuda, repudiación de la herencia, actos entre cónyuges que no entrañen contraprestación económica, así como los actos de constitución de derechos reales limitados como el usufructo, el uso y habitación, las cesiones de crédito o la atribución de renta vitalicia, el otorgamiento al deudor de una garantía por la deuda de un tercero (fianza), novación (v. gr., rebaja del precio); el pago de deudas prescritas y ajenas, el pacto de reserva de dominio posterior a la celebración del contrato de transmisión cuando el deudor no reciba ninguna contraprestación; la constitución de un derecho real limitado (por ejemplo,

5 de febrero de 2007 (AC 2008/381), en cuyo Fundamento de Derecho Noveno se dispone que *«referente a los actos a título gratuito, debemos englobar dentro de esta categoría todos aquellos actos que impliquen una disminución del patrimonio del deudor sin una contrapartida que justifique la salida del bien o derecho, incluyéndose los actos dispositivos que no impliquen la transmisión de la propiedad, y ello siempre que no se trate de actos que puedan incluirse entre las liberalidades de uso»*. En el presente caso, se procede a aplicar la doctrina del levantamiento del velo y, sobre la misma, se señala que el contrato por el que las concursadas asumen deudas, se comprometen a abonar créditos, no existe como tal, fue una total ficción, una estrategia para diluir responsabilidades, para salvaguardar el patrimonio de D. Lucio, para evitar que pagara impuestos, obligando a hacer constar a empresas que forman parte del grupo social que ocultan la verdadera identidad de la persona que está detrás de todo ello, el tan mencionado Sr. Lucio. En consecuencia, si el contenido del contrato aportado no se ajusta a la realidad por no existir las negociaciones entre las partes, tal y como se deducen del mismo, podemos concluir que nos encontramos ante un acto totalmente gratuito, aquel por el que el patrimonio de las concursadas se ve seriamente reducido por asumir deudas sin contraprestación a cambio. Asimismo, *vid.* el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/206097); las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, número 1, de 4 y 5 de junio de 2007 (AC 2008/412; AC 2008/413), que consideran acto de disposición a título gratuito los pagarés librados por una deuda ajena sin contraprestación alguna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 26 de julio de 2007 (JUR 2008/148730), que manifiesta que, la concursada constituyó una hipoteca siete meses antes del concurso, en garantía de una deuda ajena, y lo hizo a título gratuito, pues nada obtuvo a cambio, ya que se limitó a gravar el único inmueble de su activo a favor de un tercero a quien nada adeudaba, proporcionando al mismo un instrumento adecuado para minorar la masa mediante la ejecución separada, al tiempo que favorecía la posición deudora de una persona jurídica vinculada, por lo que es aplicable al supuesto la presunción *iuris et iure* del artículo 71.2 de la LC; y, del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 7 de mayo de 2010 (JUR 2010/182875), constitución de una hipoteca por la concursada, carácter gratuito de la misma al no haber prueba de contraprestación.

⁹⁴ *Vid.* la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 13 de octubre de 2006 (AC 2007/670); señala que «es palmario que la entidad concursada enajenó de su patrimonio su principal activo inmobiliario por un precio muy inferior de su valor real, menos de la mitad del mismo, lo que implica un perjuicio patrimonial directo y grave para la concursada, el cual ha tenido lugar precisamente dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en los términos previstos en el art. 71 de la LC»; asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/206097); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, de 22 de julio de 2009 (JUR 2009/361897), que dispone al respecto que *«la norma se fundamenta en el hecho de que tal pago no puede considerarse acto debido, pues el acreedor que ve extinguido su crédito no percibe, en términos literales, «lo suyo», sino que cobra a costa del perjuicio del resto de acreedores, con evidente lesión al principio de par conditio»*.

el usufructo)⁹⁵. Aunque no falta algún autor que, considerando que lo relevante es el perjuicio de la masa, amplía lo previsto en la norma también a actos de administración que afectan de modo permanente y gravoso al valor del bien y comprometan, igualmente, la masa activa, incluso con mayor relevancia que algunas disposiciones de escasa entidad⁹⁶. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI señala al respecto que, aunque los actos de administración no afectan a la esencia del patrimonio, sino a su explotación, «hay, no obstante, actos de administración que afectan de modo permanente y gravoso al valor del bien, de modo que pueden resultar de mayor relevancia que algunas disposiciones de escasa entidad», por lo que concluye que el artículo 71.2 de la LC abarca ambos tipos de comportamiento⁹⁷.

Con estas coordenadas, la doctrina mayoritariamente no considera comprendida en esta presunción *iuris et iure* las donaciones remuneratorias, onerosas con exagerada desproporción de las prestaciones, las modales, y el negocio *mixtum cum donationem*⁹⁸. La prueba del perjuicio en estos supuestos se desplaza al régi-

⁹⁵ ESCRIBANO, R. C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 29; BUSTOS LAGO J. M.: «La formación de la masa activa del concurso: especial consideración a las acciones de reintegración», *Estudios de Derecho Concursal*, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín (director), Tórculo ediciones, Madrid, 2005, p. 412; SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1154; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M.: *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*, *op. cit.*, pp. 326-327, quien precisa «que en el caso de repudiación de una herencia, de la renuncia a un derecho, de la falta de aceptación de una donación y de la renuncia a la prescripción o usucapción (actos dispositivos equiparables a una liberalidad), su aceptación hubiera supuesto un incremento del patrimonio, mientras que su rechazo conlleva la pérdida de esta expectativa de cobro para los acreedores. Se trata, en definitiva, de un sacrificio patrimonial injustificado que legitima la presunción de perjuicio necesaria para que prospere la rescisión concursal».

Vid. las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 17 de octubre de 2006 (JUR 2009/150998); del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 9, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2008/350833); del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 21 de noviembre de 2006 (JUR 2007/368552); y del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, número 1, de 4 de junio de 2007 (AC 2008/412) y de 5 de junio de 2007 (AC 2008/413); consideran actos de disposición a título gratuito los pagarés librados por una deuda ajena sin contraprestación alguna. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 5 de junio de 2015 (AC 2015/1244), señala que estamos ante un acto de disposición a título gratuito en la medida en que la cesión de crédito cambiario no viene acompañada de ninguna contraprestación.

⁹⁶ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Las presunciones absolutas del perjuicio para la masa activa», *VVAA La reintegración en el concurso de acreedor*; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 77.

⁹⁷ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», *La Reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), 2.ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra 2014, p. 99.

⁹⁸ GIL RODRÍGUEZ, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 856; CRESPO ALLUÉ, F.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, SÁNCHEZ-CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (directores), Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 1382; VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, *op. cit.*, p. 51, precisa respecto de las donaciones con causa onerosa y las remuneratorias, en la parte que se corresponda con el gravamen impuesto, «se regirá por las reglas de los contratos, por lo que resulta más lógico que se le aplique la presunción prevista para los

men ordinario de prueba ex artículo 71.4⁹⁹. De todas formas, el *negotium mixtum cum donatione*, «es un contrato oneroso que se concluye (con prestaciones recíprocas) conscientemente por las partes, que a través de él se desea y pretende el beneficio de una de ellas»¹⁰⁰. Son aquellas donaciones en que, a la vez que una liberalidad, se contiene un negocio oneroso¹⁰¹; por lo que podrá impugnarse en la parte correspondiente a la liberalidad. De igual forma, tanto la donación onerosa, como la remuneratoria, podrán ser impugnadas en la parte que excede de la carga o servicio que se remunera (art. 622 del CC). No obstante, no faltan quienes consideran que no se sustrae a su consideración como presunción *iuris et iure* la donación condicionada¹⁰².

Ahora bien, si la donación se realiza bajo la apariencia de un negocio simulado, primero habrá que obtener una declaración de simulación, para luego actuar sobre la presunción del perjuicio que supone el acto declarado de mera liberalidad, que habrá de probarse (art. 71.4) (como sucede en la presunción muciana del art. 78.1 de la Ley Concursal, que, por razones evidentes, no es materia objeto de nuestro estudio)¹⁰³. Si bien, será preciso acumular a la acción rescisoria la acción

contratos; toda vez que no resulta congruente que para la impugnación de un mismo acto nos amparemos en dos presunciones»; PINTO RUIZ, J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *op. cit.*, pp. 4305-4306. Sin embargo, para SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1154, las presunciones también alcanzan a las donaciones remuneratorias «en tanto que el valor de la remuneración no revista tal entidad que pueda alterar la causa del negocio y convertirlo en oneroso». Por tanto añade que «en la medida que sigue siendo un acto de disposición a título gratuito, queda afectado por la presunción del perjuicio». Si bien «todo ello no impide que, como consecuencia de la revocación del negocio, el donatario tenga derecho a la restitución de la remuneración satisfecha en su día».

⁹⁹ GARCÍA GÁRATE, A.: «La rescisión concursal del convenio regulador», en *Anuario de Derecho Concursal*, número 17, mayo 2009 (2), p. 648. En contra, LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1309 para quien tanto el supuesto de negocio mixto con donación, como la donación remuneratoria y condicionada no se sustrae a su consideración como acto a título gratuito donde el perjuicio se presume *iuris et iure*.

¹⁰⁰ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general, novena edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 325.

Para ORTEGA PARDO, G. J.: «Donaciones indirectas», *Anuario de Derecho Civil* 1949-2, p. 955, llámese negocio mixto «al formado por la combinación de dos o más prestaciones típicas y atípicas. O sea, los compuestos de partes de las cuales por lo menos alguna está disciplinada en la ley, pero cuya combinación no fue prevista por el ordenamiento. Esas partes pueden ser negocios completos o elementos simples de un negocio, siempre y cuando estos elementos posean la virtud informadora del tipo». Y añade, el *negotium mixtum cum donatione* «supone un contrato oneroso concluido conscientemente en condiciones favorables para una de las partes, de modo que a través del negocio oneroso se obtenga, además, el efecto de la donación» (p. 967).

¹⁰¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV Derecho de obligaciones, decimoquinta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Reus, Madrid 1993, p. 270.

¹⁰² LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1309.

¹⁰³ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1157.

La presunción de fraude entre cónyuges se encontraba regulada en el artículo 1442 del CC, precepto que, si bien, no ha sido derogado expresamente por la Ley Concursal, sí, como defiende la

de simulación relativa, o la acción que proceda en situaciones semejantes (art. 71.6 Ley Concursal)¹⁰⁴.

Por otra parte, hay supuestos donde existe dificultad para apreciar el carácter o no gratuito del acto de disposición, como es el de la constitución de garantías por el concursado para asegurar el cumplimiento de una obligación de un tercero. No hay duda que será la causa onerosa cuando el garante recibe del deudor o del acreedor hipotecario una contraprestación; y será, por el contrario, gratuita cuando la concesión sea a cambio de nada, no responde a ninguna justificación, si no es la mera liberalidad¹⁰⁵. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2010¹⁰⁶, después de señalar que «*lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permiten apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación y, en concreto, si ha habido o no una «real reciprocidad de intereses que no exige equivalencia de prestaciones» —en que consiste la onerosidad— o, por el contrario, solamente*

mayoría de la doctrina, de forma tácita *Vid.* CUENA CASAS, M.: «La presunción muciana concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, 2005-5, p. 158. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español, op. cit.*, p. 328, señala, por su parte, que «*el art. 78.1 de la Ley Concursal contiene, por tanto, una doble presunción iuris tantum de donación en beneficio de la masa activa. Los requisitos de la primera presunción son dos: primero, la adquisición de bienes a título oneroso llevada a cabo por el cónyuge del concursado, y, segundo, que la contraprestación satisfecha por el cónyuge para esa adquisición proceda del patrimonio del concursado. Acreditado esto, el artículo 78.1 de la Ley Concursal presume, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste; y la segunda presunción precisa tres requisitos: primero, que el cónyuge del concursado adquiriera bienes a título oneroso; segundo, que no se demuestre la procedencia de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso; y, tercero, que la adquisición de los bienes a título oneroso se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso. Si concurren estos requisitos, se presume, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste.*

¹⁰⁴ *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.^a, de 12 de marzo de 2013 (JUR 2013/126287); y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, número 2, de 28 de abril de 2014 (JUR 2015/273496).

¹⁰⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4797), prenda constituida por la entidad concursada en garantía de deuda ajenas; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 4 de julio de 2011 (AC 2011/1491) pignoración de participaciones sociales de la concursada en garantía de deudas ajenas sin contraprestación ninguna a cambio; y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5, de 26 de junio de 2013 (JUR 2013/254758), garantía hipotecaria prestada por concursada como filial a favor de deudas de otra filial del grupo sin contraprestación a cambio. Rescisión que no arrastra al préstamo suscrito por otra empresa.

¹⁰⁶ RJ 2011/140. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2014 (RJ 2014/2907) señala al respecto que: «*en la sentencia núm. 487/2013, de 19 de julio, afirmamos que en la distinción entre «actos de disposición a título gratuito (art. 71.2 de la Ley Concursal) y «actos dispositivos a título oneroso» (art. 71.3.1 de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no pueden incluirse en la primera. No existe a estos efectos un «tertium genus», un tercer género a mitad de camino entre una u otra categoría.*

«un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica» —en que consiste la gratuidad—, señala con respecto a la hipoteca en garantía de una deuda ajena que «existe acto de disposición a título gratuito, en los términos reconocidos por la resolución recurrida, por cuanto se constituye una hipoteca sobre un bien propio (sobre el que se tiene la nuda propiedad) por una deuda ajena sin recibir nada a cambio». No obstante, puede darse el caso de que el garante, sin recibir directamente ninguna contraprestación económica, sin embargo, tenga interés en la operación crediticia y, en consecuencia, la garantía se preste, precisamente, en contraprestación al compromiso de dar crédito al deudor a cambio de la misma. (vgr., caso de administrador o socio mayoritario como garante de la sociedad deudora principal).

Ahora bien, la constitución de la hipoteca o cualquier otro derecho de garantía que se realiza por el deudor para garantizar una obligación propia tendrá causa onerosa si también lo tienen la obligación subyacente y son contextuales al crédito, mientras que será gratuita cuando también tenga tal condición el título en virtud del cual se constituye la obligación asegurada¹⁰⁷. Para CARRASCO PERERA *«habrá perjuicio, aunque exista pleno correspectivo, cuando en el momento de contraerse el crédito garantizado hubieran existido mejores alternativas económicas para el deudor; con repercusión ulterior en su situación de concurso o cuando la inversión de los fondos prestados a cambio de la garantía no hubiera sido útil en aquel momento».* Y añade a continuación: *«el perjuicio o beneficio de la garantía se determina ex ante, en la perspectiva de la concesión del crédito asegurado. Si este crédito era objetivamente adecuado a la economía del deudor, y por él se prestó garantía, ni el crédito es perjudicial —por el hecho de que el deudor posteriormente no pueda pagarlo—, ni lo es la garantía. Es el entero negocio, no la garantía, lo que ha de ser perjudicial, y ha de serlo en referencia temporal al momento en que fue constituido. Pues si se disgregan el crédito y la garantía en su unidad negocial, la garantía siempre es perjudicial para los otros acreedores, para los que hubiera sido mejor que el deudor común tuviera el crédito, pero no prestara la garantía».* A lo que, concluye que *«intuitivamente, la forma más evidente de perjuicio consiste en que el deudor haya realizado un acto de disposición a título gratuito o un acto típicamente oneroso por un valor de contraprestación que es inferior al valor del activo del que se priva al deudor»*¹⁰⁸. En todo caso, en relación con las garantías contextuales —por crédito preexistente o crédito nuevo—, este mismo autor pone de manifiesto que *«su constitución puede considerarse como parte del negocio por el que se concedió el crédito y el acreedor ha procedido a su constitución diligentemente, sin dejar transcurrir innecesariamente un período de tiempo en el que el crédito*

¹⁰⁷ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pp. 1156-1157.

¹⁰⁸ CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *op. cit.*, pp. 393-395.

haya dejado de estar garantizado»¹⁰⁹. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2014¹¹⁰, señala que: «(...) la garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la garantía coetánea o contextual con el nacimiento de un crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de éste y, por tanto, onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía de tercero», y añade que «la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, se trata de uno de los actos previstos en los supuestos del artículo 71.3.1 de la LC, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario». Por lo que entiende el perjuicio como «sacrificio patrimonial injustificado ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesaria-

¹⁰⁹ CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, op. cit., p. 422.

¹¹⁰ RJ 2014/2907. También se refiere a un supuesto de garantía contextual las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015 (RJ 2015/926) con ocasión de una operación de financiación concertada por el banco con la concursada, la administración concursal estimó que la operación estaba «sobregarantizada», porque con la garantía de los pagarés «parece innegable que no es dable a la codemandada la facultad unilateral de renunciar a la ejecución de su propio aval», pues, si no se anula la prenda, el Banco «ostentaría un crédito en este concurso sin duda artificial y forzado». Señala también el exceso de pignoración que supone la cantidad de 1.800.000 euros en garantía de todos los intereses que devenga la operación, por lo que en línea con la sentencia recurrida, se entiende que la operación subyacente (concertada por Grupo Nicolás con Torrevisa para la adquisición, por parte de esta última, de unas participaciones de una sociedad brasileña, en la que se libraron unos pagarés como forma de pago del precio, que fueron posteriormente avalados por el propio Banco, y más tarde anticipado en una póliza de crédito), es una operación diseñada por el banco, en la que casi la totalidad del importe del préstamo no llegó a la prestataria y las cantidades siguen siendo administradas y controladas por el propio banco. De lo que colige que las garantías pignoraticias fueron perjudiciales, cuestionándose en el procedimiento la validez de las mismas; y de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015/2678), que tras señalar que «se trata de una garantía contextual que amplía la garantía hipotecaria ya existente al importe de ampliación del préstamo», considera que no se prueba el perjuicio de la operación para la masa activa. No la justifica la constitución con una parte de la ampliación del crédito concedido, de un depósito o imposición a plazo fijo en que se acabaron cargando, durante los meses siguientes, deudas de la concursada con la entidad de crédito. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 26 de junio de 2013 (JUR 2013/254758) se indica que, en relación con la garantía hipotecaria de una finca prestada por la concursada como filial de la deuda de otra filial del grupo representa un acto gratuito. Y, asimismo, se afirma que el interés grupal carece de interés concursal al existir perjuicio patrimonial de la concursada; igualmente, se califica de acto de gravamen a título gratuito la hipoteca en garantía de deuda ajena al minimizar injustificadamente la garantía que el patrimonio del deudor representa para los acreedores en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, núm. 1, de 29 de octubre de 2013 (JUR 2014/9693). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 12 de junio de 2015 (AC 2015/955), en relación con la hipoteca como garantía contextual se indica que hay inexistencia de gratuidad.

mente una atribución patrimonial directa, como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto». Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 8 de noviembre de 2012¹¹¹ se refiere a la posible existencia del perjuicio en el marco del negocio en el que se presta garantía, pues un acto dispositivo analizado de forma aislada puede ser perjudicial, y ese mismo acto puede no serlo sí, precisamente, se analiza junto a la obligación que garantiza. Así dispone que: «*No siempre es fácil identificar la existencia del perjuicio, ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales —algunos objetos de presunción de perjuicio por la norma— y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho, el propio legislador exceptuaba los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnen los requisitos exigidos, «ni estarán sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 de esa Ley Concursal».* Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías, ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par conditio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa. A diferencia de otros ordenamientos, como el italiano (...), el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del CCom, «el afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario», se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Legge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos. Por otro lado, el fenómeno de actuación coordinada de los grupos societarios —no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurren relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo— hace que las llamadas garantías contextuales prestada a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como «operaciones de grupo» en la existencia o no del perjuicio debe valorarse en tal marco». Por lo

¹¹¹ RJ 2013/901.

que en las garantías contextuales la regla general es la onerosidad.

En cuanto a la fianza como garantía personal, atendiendo a la contextualidad de la garantía y a la exigencia de análisis de la posible existencia del perjuicio partiendo de la globalidad del negocio en el que se presta la garantía, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de junio de 2015¹¹², en relación con el aval prestado por persona posteriormente declarada en concurso como administrador y socio único de entidad compradora en garantía del buen fin de los pagarés entregados por la compra y atendiendo a la contextualidad de la garantía, señala que *«en el presente caso es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Valentín y otros, se prestó simultáneamente con el otorgamiento del afianzamiento de Isba en el préstamo personal concedido por la Sa Nostra a Uco Rehabilitación S. L., por importe de 580.000 euros. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción iuris et de iure del artículo 71.2 de la LC por no ostentar la garantía el carácter gratuito. En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica «en el caso concreto; la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritariamente a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000 euros y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física, que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Valentín, pues no obra en autos referencia a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración prestada por dicho fiador a la Caja de Ahorros. Por tanto, en el presente supuesto objeto de recurso se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Valentín en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 71.3.1 y 2 de la LC»*. Asimismo, de nuevo la sentencia de este Alto Tribunal, de 3 de junio de 2015¹¹³, analiza un supuesto de fianza prestada por el concursado persona física en una operación de préstamo ICO a una empresa de la que era socio fundador y administrador de hecho y dispone que *«en el presente caso es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Torcuato y otros se prestó simultáneamente con el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Picalba Properties S. L., por importe de 150.000 euros. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción iure et iure del artículo 71.2 de la LC por no ostentar la garantía el carácter de gratui-*

¹¹² RJ 2015/2732.

¹¹³ RJ 2015/5970.

to. Si la fianza hubiera sido gratuita, como señalábamos en la sentencia del Tribunal Supremo, 193/2014, de 21 de abril, aunque el artículo 71.2 de la LC se refiera a «actos de disposición a título gratuito», la fianza «sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición ... porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante que, posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso». Pero no es el caso enjuiciado en el presente recurso. Y, añade: «Ello, no obstante, como señalaba la sentencia del Tribunal Supremo núm. 100/2014, de 30 de abril «que la garantía onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario». Y, además, el perjuicio como sacrificio patrimonial injustificado «ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa, como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto». Ciertamente, en el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: «La Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el contrato en el cual se ha prestado el aval se trata de obtener la explotación de una industria geriátrica, con la adquisición de un inmueble en el que se ubica y un establecimiento preparado para dicha actividad y así obtener beneficios, en actividad, además, relacionada con la profesión del concursado, la circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concertó el contrato, un año y cuatro meses antes de la declaración del artículo 5.3 de la LC, con la lógica esperanza de obtener beneficios económicos con la explotación de la actividad y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada con la adquisición de este importante activo, lo cual contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr. Torcuato. Podría plantearse, a los efectos de determinar si el sacrificio patrimonial es injustificado, si la exigencia de un aval o compromiso de aval puede considerarse como tal, atendida la existencia de una garantía prendaria, pero no puede olvidarse que los vendedores autorizaron la constitución de una hipoteca para hacer obras de rehabilitación, que, ciertamente, en caso de no abonarse, podría suponer un notable detrimento de la garantía prendaria, y suponer la pérdida del inmueble en el que se ubica la industria geriátrica y tal prenda, aunque existente, sería de un valor nulo o muy escaso». En base a lo cual concluye que «en el presente supuesto, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Torcuato y otros con base a los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 y 2 de la LC, pues el perjuicio debió ser probado por quien ejercita la acción rescisoria, conforme establece el art. 71.4 de la LC».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de

abril de 2014¹¹⁴, después de poner de manifiesto que: «se presume de forma absoluta este perjuicio (*iure et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2. LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio, fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado. (...) En este sentido, la fianza gratuita sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición a que se refiere el art. 71.2 de la LC porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración del concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso», entiende que «se dan, en tal supuesto, todos los requisitos para rescindir la fianza calificada de acuerdo con el art. 71.2, al existir la presunción *iuris et de iure* de perjuicio para la masa activa por un acto o contrato realizado por el concursado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin necesidad de que existe intención fraudulenta (art. 71.1 de la LC)».

Ahora bien, en este contexto, el artículo 71.2.1 de la LC excluye claramente las liberalidades de uso, pues objetivamente no implican perjuicio patrimonial. Se trata de aquellas que se realizan atendiendo a los usos sociales y proporcionan a quien las recibe un beneficio gratuito, sin que exista una obligación legal. Esto es, por liberalidades de uso habrá que entender aquellas que se encuentren justificadas por la costumbre social. Se las denomina también «regalos de costumbre» en los términos del art. 1041 del CC, y no quedan sujetas a colación¹¹⁵. La Ley Concursal, sin embargo, no ha concretado los criterios para la aplicación de esta excepción. A estos efectos, para una parte de la doctrina, lo relevante es la norma-

¹¹⁴ RJ 2014/3846. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 15 de marzo de 2013 (JUR 2013/174877); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 17 de mayo de 2013 (JUR 2013/198008). Por su parte, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca (Islas Baleares), número 1, de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015/285735), considera presunción *iure et de iure* por ser un acto a título gratuito la constitución de la fianza garantizando préstamos hipotecarios y gravando el patrimonio del concursado, sin que existiese relación laboral con las sociedades afianzadas ni es socio de ninguna de ellas y sin que éstas le hubieran repercutido al fiador ningún tipo de beneficio o ventaja patrimonial como contraprestación a los afianzamientos prestados; y del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra de 15 de julio de 2016 (JUR 2016/197823) procede la rescisión de las fianzas solidarias prestadas por la concursada a favor de empresa acreedora. No se aprecia un beneficio concreto en la prestación de garantías personales que la sociedad concursada realizó a favor de FRIASE S. L., dado que no existe contraprestación alguna que haya sido debidamente identificada; tampoco se identifica atribución patrimonial alguna, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, que constituya contraprestación de las garantías por parte de la concursada, ni —por extensión— que tales ventajas tengan una entidad suficiente para justificar la prestación de las garantías. Lo que supone que estas garantías personales fueron prestadas a título gratuito por la concursada y estamos ante una presunción *iure et de iure* de existencia de un perjuicio patrimonial para la concursada.

¹¹⁵ El artículo 1378 del CC menciona esta clase de liberalidades, al excluirlas de la nulidad de los actos de disposición a título gratuito de la sociedad de gananciales, si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

lidad del acto en relación con un determinado sujeto, más que el valor monetario mismo de ese acto; pues si para su ponderación se tomase en cuenta el patrimonio bruto del deudor o el neto, una vez descontado el pasivo del mismo, la solución no sería la correcta¹¹⁶. Para otros, hay que circunscribir la cuestión en la generosidad habitual del deudor a liberalidades de poco monto; o por lo menos no desmesuradas¹¹⁷.

En todo caso, sea cual sea la postura interpretativa que se adopte al respecto, habrá de atenderse a cada supuesto particular, y valorar todos los factores, que nos permitan calificar su carácter ordinario o perjudicial. De todas formas, los actos excluidos en virtud de este precepto no pueden ser tampoco impugnados por las acciones de impugnación de Derecho común (art. 71.6 de la LC). Por último, como pone de manifiesto LEÓN SANZ, no se han incluido de modo expreso en esta excepción las donaciones de utilidad pública, como las destinadas a la restauración de un monumento artístico, o las realizadas a partidos políticos, instituciones religiosas u organizaciones no gubernamentales; ni el cumplimiento de deudas de juego¹¹⁸. Lo cierto es que los pagos que se realizan en relación al cumplimiento de un deber moral exigen atender, por una parte, a una valoración subjetiva dada por su autor sobre su trascendencia patrimonial; y, por otra, a una valoración objetiva que descansa sobre la conciencia que de la misma tiene la colectividad. En cualquier caso, el legislador, al permitir las liberalidades de uso, no perjudica a la masa activa, y, por ende, a los acreedores ante la escasa trascendencia económica que tienen la mayoría de estas liberalidades y, asimismo, protege a los beneficiarios de las mismas, pues evita tener que reintegrar a la masa, precisamente, una aportación de escasa cuantía, pero de un importante valor sentimental.

¹¹⁶ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1310; CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 1383-1384, quien, asimismo, precisa que «*si partimos del patrimonio neto (probablemente de signo negativo) llegaríamos a la conclusión que ninguna liberalidad de uso, por insignificante que fuera, podría legítimamente realizarse. Si, por el contrario, partimos del patrimonio bruto se podrían llegar a permitir liberalidades desmesuradas, proporcionadas a las condiciones de vida del deudor, pero desproporcionadas con una situación económica delicada*». Por ello, concluye el autor: «*para calificar la donación como perjudicial o como «liberalidades de uso» no puede partirse de un puro cálculo algebraico, sino que habrá de valorarse relacionándola con la gestión ordinaria de los negocios de éste, de su actividad empresarial o profesional en condiciones normales*».

¹¹⁷ ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁸ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1310. Por su parte, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Las presunciones absolutas del perjuicio para la masa activa», *op. cit.*, p. 80, señala que también serían discutibles las disposiciones que se realicen por entidades benéficas o que actúan sin ánimo de lucro, aunque pertenezcan a su objeto social o los fines que le son propios; o, incluso, otras entidades, como las instituciones bancarias o financieras, que ya por tener estatutariamente comprometidos parte de sus fondos obra social, ya por ánimo de liberalidad, destinan una parte de su presupuesto a actividades de promoción cultural o social, patrocinio, ayuda al desarrollo...

- ii. Pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente

Se trata de pagos o cualquier otro medio de extinción de las obligaciones cuyo vencimiento debe tener lugar con posterioridad a la declaración del concurso (art. 1156 del CC), siendo indiferente si el pago es total o parcial¹¹⁹. Lo esencial es que la fecha de vencimiento de la obligación sea posterior a la fecha del auto de declaración del concurso¹²⁰. Por tanto, esta previsión legal no incluye los pagos de créditos que venzan antes de ese momento, aunque el vencimiento sea posterior a la solicitud de declaración judicial del concurso o a la admisión a trámite de dicha solicitud¹²¹. Ciertamente, como precisa LEÓN SANZ: «*el criterio de la Ley no atiende de manera satisfactoria a los intereses de los acreedores concursales, cuando se extingue de manera anticipada una obligación vencida después de la solicitud y antes de la declaración judicial de concurso, especialmente en aquellos casos en que el procedimiento se haya iniciado a solicitud del deudor (art. 5). En este supuesto, los acreedores tienen que demostrar el daño (art. 71.4), a pesar de que el deudor haya manifestado en la solicitud de concurso que se encuentra ya en ese momento en estado de insolvencia, y se trate de un pago que implica favorecer a un acreedor singular frente a los demás*»¹²².

En tal contexto, debemos diferenciar, por un lado, que el pago anticipado del crédito se produzca dentro del período sospechoso, en cuyo caso se presumirá

¹¹⁹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2015 (RJ 2015/925) sobre pago anticipado de deudas tributarias aplazadas por convenio; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 2, de 11 de julio de 2006 (JUR 2010/141641), señala que, si bien el pacto de cobro anticipado de honorarios entre abogado y cliente ha de reputarse lícito en condiciones normales, no puede decirse lo mismo cuando ese pacto se alcanza como antecedente de un proceso concursal a iniciar de forma inmediata y como fórmula para eludir las prescripciones legales de dicha institución, siendo, por tanto, tal pago rescindible; la del Juzgado de lo Mercantil de Asturias, Oviedo, número 1, de 25 de abril de 2007 (JUR 2008/357159) sobre asunción de deuda realizada por la concursada; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 9 de octubre de 2008 (JUR 2009/122808), sobre el pacto para el pago anticipado a la declaración de concurso de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso; de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 23 de marzo de 2009 (JUR 2009/207224); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 17 de junio de 2009 (JUR 2010/14184) sobre el pago a cuenta de póliza de crédito concedida a la concursada; de la misma Audiencia Provincial y sección, de 9 de diciembre de 2009 (AC 2010/1302); y de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 28 de abril de 2010 (JUR 2010/330600).

¹²⁰ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander, número 10, de 18 de octubre de 2006 (AC 2007/1905), sobre honorarios abonados en concepto de anticipo antes del vencimiento de la obligación y dos días de antelación a la presentación de la solicitud del concurso, fecha en la que no estaba vencida tampoco.

¹²¹ En este sentido, SANCHEZ GARGALLO, I.: «Reintegración de la masa», *Revista Jurídica de Cataluña* 2004, p. 1139; ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 36.

¹²² LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario a los arts. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 1310-1311.

iuris et de iure el perjuicio patrimonial; y por otro, que se haya hecho fuera del período sospechoso, entrando en juego las demás acciones impugnatorias (art. 1292 del CC por remisión del art. 71.6 de la LC). No declarado judicialmente el concurso, tales pagos anticipados se podrán rescindir cuando concurra el estado de insolvencia del deudor, y la inexigibilidad de la obligación en el momento del pago, siempre que no haya caducado, por el transcurso del plazo de cuatro años, la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria.

De todas formas, son importantes las implicaciones que esta presunción tiene para el mercado crediticio. En particular, para los supuestos de refinanciación, en los que resulta habitual que el deudor destine el préstamo concedido por el tercero a satisfacer anticipadamente una deuda actual, sustituyendo la deuda anterior por una nueva (obligación de restitución). En estos casos, nada autoriza a pensar que de esta clase de operaciones se deriva *prima facie* un perjuicio para el patrimonio del deudor; antes bien lo contrario, como manifiesta MASSAGUER: «*el importe que sale en concepto de pago se sustituye por otro al menos equivalente y la segunda deuda se contrae de común en condiciones más ventajosas que la primera*». Si bien, matiza que «*lo cierto es que el pago de la primera deuda es formalmente una extinción de obligación cuyo vencimiento pueda ser posterior a la fecha de declaración del concurso; y que aquél es el único elemento fáctico considerado para establecer la presunción absoluta que nos ocupa*», para concluir que «*las consecuencias de la interpretación que otorgue primacía a la literalidad de la norma sería la no aceptación por los acreedores de pagos anticipados si no es mediante la satisfacción de la correspondiente prima de riesgo, lo que impediría a los deudores beneficiarse de eventuales descensos futuros de los tipos de interés o, en general, de mejoras en las condiciones de financiación ofrecidas por terceros y se plasmará, por tanto, en una menor competencia en el mercado del crédito y un mayor coste de financiación*»¹²³. Sin embargo, señala ESCRIBANO que «*no es menos cierto que, conforme al dictado legal, nos hallamos ante un acto extemporáneo de extinción de las obligaciones, y si, además, se realiza en el período penado por el legislador, la presunción absoluta del perjuicio abraza plenamente el supuesto de hecho*»¹²⁴. En todo caso, el legislador ha optado por una determinación temporal de esta presunción absoluta, atendiendo sólo al vencimiento de la obligación en un momento posterior a la declaración del concurso sin mayor especificación y abarcando con ello un amplio ámbito de aplicación, con la finalidad de salvaguardar la *par conditio creditorum* y el orden concursal¹²⁵. Seguramente, con relación a este supuesto, como con otros, se ha excedido el legislador en esa protección de los acreedores, pues no debe haber

¹²³ MASSAGUER, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales a la masa activa», *op. cit.*, p. 4222-4223.

¹²⁴ ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 35.

¹²⁵ GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 852. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 14 de junio de 2007 (JUR 2007/358299).

inconveniente en considerar no perjudiciales aquellas estipulaciones lícitas o supuestos legales de vencimientos anticipados, que necesariamente no perjudican a la masa activa. Quizá hubiera sido oportuno diseñar jurídica y financieramente este supuesto. No obstante, recordemos que no son rescindibles, como así analizaremos, los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis de la LC), pero también que es posible un acuerdo complejo de refinanciación que no esté sujeto al régimen especial del citado artículo 71 bis y que, sin embargo, contenga operaciones que, por ejemplo, ante una renovación o ampliación de un crédito, exijan la cancelación de otro que aún no ha vencido. Se trata de un negocio complejo, que queda fuera del ámbito de la presunción *iure et iure* del perjuicio, pero frente al que se podrá probar que ha causado un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto ha determinado una disminución de la masa activa¹²⁶.

Ahora bien, el ámbito de esta presunción *iuris et de iure* abarca todos los pagos u otros actos de extinción de las obligaciones caracterizado por un vencimiento anticipado de las mismas posterior a la declaración de concurso, sin que el legislador haya hecho ningún tipo de mención a las causas del pago. Resulta necesario que el vencimiento del crédito sea posterior a la declaración de concurso, y que no cuente el crédito que se paga anticipadamente con garantía real, pues, de tenerla, queda incluido en el apartado 3.3 del artículo 71 como presunción *iuris tantum* con posibilidad de prueba en contrario. Este vencimiento anticipado supone favorecer a uno acreedores en perjuicio de otros; lo que rompe la igualdad de trato de los acreedores. Para GULLÓN BALLESTEROS, con esta amplísima redacción del artículo 71.2 «*parece que la Ley Concursal ha querido que todo pago anticipado, bien sea hecho voluntariamente por el deudor, bien obedezca a la exigencia del acreedor por haber perdido aquél el beneficio del plazo (art. 1129 del CC), o a la entrada en juego de algunas cláusulas contractuales lícitas por las que se puede producir el vencimiento de la obligación, son pagos rescindibles*»¹²⁷. MASSAGUER, sin embargo, considera que en la aséptica referencia al vencimiento anticipado «*sólo deben entenderse comprendidos los pagos voluntariamente realizados por el deudor antes de la fecha de vencimiento si éste resulta ser posterior a la apertura del concurso, pero no los pagos que hubiere realizado de forma obligatoria y, en particular, compelido por la resolución del contrato o por un vencimiento anticipado de forma ilícita hubiera promovido el acreedor*»¹²⁸.

En cualquier caso, esta ineficacia de los pagos anticipados dentro del concurso no es sino una particular aplicación de la regla contenida en el artículo 1292 del CC. Y, asimismo, conviene aclarar que queda fuera de esta presunción *iure et*

¹²⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2010, reconoce que, en caso de operaciones complejas, el perjuicio debe valorarse conjuntamente; de forma unitaria.

¹²⁷ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4127.

¹²⁸ MASSAGUER, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *op. cit.*, p. 4222.

de iure el supuesto en que el vencimiento del crédito se hubiera producido entre la solicitud del concurso y la declaración, sin perjuicio que pudiera rescindirse tal acto, acreditando el carácter perjudicial del pago¹²⁹.

En este contexto hay que señalar que este supuesto de rescisión suscita algunos interrogantes en relación con la naturaleza o circunstancias de las obligaciones satisfechas:

1. En el supuesto de obligaciones aplazadas, se plantea la difícil conjugación del artículo 1129 del CC, que autoriza la exigencia anticipada en consideración a la insolvencia sobrevenida del deudor y el mencionado artículo 1292 del mismo cuerpo legal que hace rescindibles los pagos realizados por éste en estado de insolvencia. GIL RODRÍGUEZ considera que la aplicación del artículo 1129.1 del CC impide la del artículo 1292 porque *«cuando el acreedor activa la facultad de anticipación del vencimiento, que le autoriza el primero de los preceptos, y consigue que el deudor le pague, no hace otra cosa que extraer su caso del supuesto de hecho del artículo 1292: desde entonces, la suya, es una deuda a cuyo pago puede ser —de hecho, es— compelido el deudor y, por lo mismo, el pago —se hallara o no en estado de insolvencia— es un pago tempestivo»*¹³⁰. Para Díez-PICAZO, por el contrario, la aplicación del artículo 1292 del CC no excluye la del artículo 1129.1.º, *«ya que el acreedor a plazo podrá dar por vencida su deuda y derivar de ello todas las consecuencias que el Derecho le permita —iniciación de procedimientos, embargos, etc.—, no pudiendo, en cambio, fundarse en el art. 1129.1.º para recibir el pago anticipado en perjuicio de los demás acreedores»*¹³¹.
2. En todo caso, como defiende mayoritariamente la doctrina, las obligaciones sometidas a condición suspensiva tienen encaje en la norma del artículo 71.2 de la LC. No obstante, debe tenerse en cuenta la posibilidad de repetir el pago que corresponde al deudor (art. 1121.2 del CC); pudiendo

¹²⁹ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1158.

¹³⁰ GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 861.

Por su parte, señala ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 38, que *«si conforme al art. 1129.1 del CC, el acreedor exige el pago de la obligación, solventa la futura crisis crediticia del deudor a su favor, pues convierte aquél en obligado y, por tanto, tempestivo; no obstante, este proceder no puede romper el tratamiento paritario de los acreedores cuando, abierto el procedimiento del concurso, debe respetarse la paz y el orden concursal. De este modo, el resto de los acreedores podrán negar la preferencia en la solución de aquella deuda, atacando el acto solutorio del concursado a través de la rescisión del art. 71 de la Ley Concursal y con el beneficio de la presunción absoluta prevista en su apartado 2.º»*.

¹³¹ Díez-PICAZO, L.: «El pago anticipado», *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid 1980, p. 206.

la administración concursal proceder por vía subrogatoria¹³². Sin embargo, para SANCHO GARGALLO, en atención a la naturaleza de la presunción, ésta debe ser interpretada restrictivamente; por lo que, precisamente, *«no cabe incluir dentro del supuesto de hecho los pagos por cuenta de obligaciones a condición suspensiva sin que la condición se hubiera cumplido antes de la declaración del concurso, como tampoco la satisfacción de obligaciones prescritas»*¹³³.

3. Más discutible resulta el supuesto de las obligaciones respecto de la que no puede hablarse de pago o extinción intempestiva, al no existir propiamente obligación, ni, en consecuencia, la exigencia de vencimiento previo o posterior. Se trata de las obligaciones naturales, que la doctrina acostumbra a declarar rescindibles sobre la base del artículo 1292 del CC por razón de su carencia de exigibilidad. En el contexto concursal, no parece descabellado admitir el posible reembolso de lo entregado, aplicando análogicamente el tratamiento que el artículo 71.2 de la LC otorga a los actos gratuitos; y haciendo valer la equiparación a partir del carácter alternativo con que se contemplan ambos tipos de atribución en el artículo 1901 del CC¹³⁴.
4. Por lo que respecta a las obligaciones prescritas, no parece que tengan fácil encaje en la presunción de perjuicio que estamos tratando, entre otras cosas, porque, como precisa GIL RODRÍGUEZ, *«estas obligaciones no son de las que vencen tras la declaración del concurso»*; y, aunque son tan exigibles como cualesquiera otras, *«su exigencia puede ser enervada mediante la oportuna excepción de prescripción»*¹³⁵. En todo caso, la administración concursal, en palabras de ESCRIBANO, contará *«por un lado, con la vía del art. 71.4, lo que permitirá intentar la rescisión; y, por otro, con la prevista en el art. 71.6»*¹³⁶. De forma que el intento de revocar

¹³² ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 38; CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1387; LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 108; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, *op. cit.*, pp. 324-325; GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 860, defiende esta posibilidad como mejor proceder, *«porque el ordenamiento tiene prevista otra vía ordinaria para la recuperación de ese pago que no ha causado estado con carácter previo a la declaración del concurso»*. Al contrario de lo que acontece respecto de las obligaciones a plazo —añade el autor con buen criterio—, donde la masa se ve *«forzada a recurrir al ejercicio de la rescisoria (...)»*, toda vez que *«la declaración de firmeza o irrepitibilidad de los pagos establecida en el artículo 1126 del CC»*.

¹³³ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pp. 1159-1160.

¹³⁴ ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 39; GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 860; CREPO ALLUÉ F.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1387.

¹³⁵ GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 860.

¹³⁶ ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 39.

estos pagos realizados por cuenta de obligaciones prescritas deberá hacerse a través de la modalidad concursal no privilegiada del artículo 71.4 de la Ley Concursal; o a través del ejercicio de la acción rescisoria común del artículo 1292 del CC, con prueba del perjuicio y del fraude de acreedores.

Además de hacer la norma referencia a los pagos, se refiere a otros actos de extinción, aludiendo a los denominados subrogados del cumplimiento, incluyendo los supuestos de *datio in solutum* (dación en pago), ya que la entrega del bien del deudor, luego concursado, para saldar la deuda puede resultar perjudicial si el valor del bien entregado resulta superior a la deuda debida o se realiza en situación de iliquidez¹³⁷; la cesión de un crédito *pro soluto*¹³⁸, frente a la ordinaria intrascendencia de la eventual cesión *pro solvendo* o pago por cesión de bienes;

¹³⁷ Para SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1181, lo que podría ser objeto de rescisión concursal «sería el acuerdo de dación en pago más que la entrega del bien en cumplimiento del mismo, siempre y cuando se acredite que dicho acuerdo era perjudicial para el deudor concursado, en la medida en que se acredite un significativo detrimento patrimonial injustificado». *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de abril de 2014 (RJ 2014/2597); de 16 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6821); y, de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/2449); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1086); del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 14 de julio de 2010 (JUR 2010/264837); del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 16 de julio de 2010 (AC 2010/1134); y del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 6, de 1 de septiembre de 2015 (AC 2015/1288); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 22 de octubre de 2008 (JUR 2009/25857); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, de 27 de abril de 2009 (JUR 2009/304131); de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/276432); de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 15, de 9 de octubre de 2013 (JUR 2013/355125); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 2 de junio de 2014 (JUR 2014/184708); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 8 de mayo de 2015 (JUR 2015/184123); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 22 de octubre de 2015 (JUR 2015/300608).

¹³⁸ *Vid.* las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/299838); y, del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 12 de octubre de 2007 (JUR 2008/148577); las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 16 de mayo de 2008 (JUR 2009/19754), asunción de deuda como indemnización por cesión de derechos de explotación sobre complejos hoteleros; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 27 de noviembre de 2008 (JUR 2009/175888); y de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 20 de marzo de 2009 (AC 2009/1603).

Precisa GONZÁLEZ BILBAO, E.: «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», *op. cit.*, p. 220, que «en el caso de la venta de un bien se produce una conversión de un activo inmovilizado material en un activo dinerario, cual es el precio recibido en dinero. En el supuesto de las daciones en pago o para pago, se produce la entrega de maquinaria u otros bienes, y se recibe a cambio la cancelación de un crédito mediante anotación contable de la misma. En tales casos, se produce una reducción del activo y una reducción del pasivo. Por tanto, a diferencia de una venta en la que se mantiene idéntico el activo, pero con una conversión dineraria del inmovilizado a tesorería, en el caso de las daciones en pago o para pago, se produce un perjuicio para la masa activa que se ve minorada. A estos efectos, es independiente la situación del pasivo, porque la tutela de las acciones rescisorias se dirige al perjuicio de la masa activa y no de la masa pasiva».

la consignación; y la compensación en su modalidad legal —pues, de acuerdo con el art. 1196.4 del CC, se requiere la exigibilidad, vencimiento y el carácter principal de ambas deudas; de forma que, si el crédito del deudor declarado el concurso no estuviera vencido, no opera la compensación legal y sería además, aplicable la presunción del art. 71.2 LC; no así, si dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, se ha producido la compensación de las obligaciones que recíprocamente correspondieran al deudor y sus acreedores, extinguiéndose la obligación—; o, en fin, la acordada judicialmente, no así respecto de la facultativa, que *«podrá incidir plenamente en el ámbito de la presunción del perjuicio, en el caso de que el concursado hubiera promovido el obstáculo de la falta de vencimiento de su propia deuda»*¹³⁹. Así las cosas, respecto de la compensación convencional, pactada anteriormente al plazo de los dos años que marca la Ley Concursal, como señala ESCRIBANO, *«no contará con las facilidades de la presunción absoluta. El supuesto contrario, esto es, la compensación concertada después de tal plazo bianual, no corre igual suerte, pues la masa pasiva podrá ampararse para atacarla en la actuación voluntaria del deudor y su realización en el plazo sancionado por el legislador»*¹⁴⁰. Para SANCHO GARGALLO, *«un acuerdo de compensación anterior al nacimiento de las obligaciones, en principio, debe considerarse válido y determina que el crédito pueda nacer sujeto a un término que no lo hace exigible sino al cabo de un tiempo, aunque afectado de la posibilidad de ser compensado anticipadamente, si se cumplen determinados requisitos. Por el contrario, el acuerdo posterior al nacimiento de las obligaciones no impediría que, siempre que se haya alcanzado en el periodo sospechoso, pueda ser valorado como un acto de disposición, en cuanto se presta el consentimiento para que se satisfaga por medio de compensación un crédito preexistente que, de otro modo, no resultaría exigible sino con posterioridad a la declaración de concurso y, por tanto, se vería afectado por las soluciones concursales y la par conditio creditorum»*¹⁴¹.

En todo caso, en la compensación inmediatamente entran en juego las previsiones del artículo 58.1 de la LC, que impide que ésta opere declarado el concurso, pero admite, sin embargo, que surta efecto si los requisitos hubieran existido con anterioridad a la misma¹⁴². Esto es, sólo se va admitir como compensación eficaz la que tenga lugar entre créditos que ya fueran compensables en el momen-

¹³⁹ GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 859; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4128.

La compensación ha de tener lugar con anterioridad a la declaración del concurso, *vid.* la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 3, de 28 de septiembre de 2005 (AC 2006/270); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 26 de junio de 2009 (JUR 2009/376461).

¹⁴⁰ ESCRIBANO, R.C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 38.

¹⁴¹ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1179.

¹⁴² *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 9 de octubre de 2013 (JUR 2013/329526).

to de declararse el concurso; por tanto, cuando los requisitos para proceder a la compensación —la homogeneidad, reciprocidad y liquidez de las deudas, vencidas y exigibles, que han de ser además a título principal, y que no exista contienda o retención por tercera persona— ya estaban presentes con anterioridad a su apertura. Por ello, el pago por compensación realizada antes de la declaración del concurso, durante el período sospechoso, estará justificado siempre que cumpla los requisitos para su validez y, por tanto, no cabe apreciar el perjuicio. No olvidemos que para el legislador concursal la compensación es un medio de pago inoponible tras la declaración concursal.

Pues bien, en este contexto hay que hacer referencia a los llamados acuerdos de compensación contractual financiera, conocidos en la terminología anglosajona de acuerdos *netting*. Como señalan IGLESIAS y MASSAGUER, en esta figura se encuadran en la práctica diversos contratos que *«tienen como rasgo común la sustitución de una pluralidad de deudas y créditos recíprocos derivados de determinadas operaciones financieras por una sola deuda y un solo crédito, cuyo importe es la suma neta de los importes de cada una de las deudas y los créditos recíprocos derivados de dichas operaciones financieras, con independencia de cuál sea el particular mecanismo al que se recurre para lograr este efecto, esto es, a la compensación, a la novación o al establecimiento directo e inmediato»*¹⁴³. Tales acuerdos se encuentran reconocidos y regulados en nuestro Derecho, en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de medidas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, cuyo Capítulo II se rubrica precisamente *«Sobre acuerdos de compensación contractual y garantías financieras»*. En su artículo 16, apartado 3, se establece que las operaciones financieras o el acuerdo de compensación que las regula no podrán ser objeto de

¹⁴³ IGLESIAS, J. L. y MASSAGUER, J.: «Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de *netting*», *Revista de Derecho Mercantil*, número 231, 1999, pp. 127-128; SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pp. 1202-1203.

Por su parte, PEÑAS MOYANO, M.^a J.: «La compensación contractual financiera como regla general», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 8/2008, p. 345, señala que *«pueden clasificarse estos acuerdos diferenciando entre netting de pago o settlement netting, como modalidad más simple, que supone un acuerdo entre partes para compensar los pagos debidos recíprocamente en una fecha de vencimiento concreta y en una moneda única, siendo el resultado también una moneda única, pudiendo considerarse que, declarado el concurso, el deudor ya no puede disponer libremente de la facultad de compensar y, practicada la liquidación, los acreedores sólo habrán de comunicar al concurso el crédito pro el saldo favorable existente; junto a esta modalidad se distinguen el netting por novación de naturaleza más compleja que el anterior, y por tanto, más costosa que sólo se justificaría en volúmenes muy elevados, para señalar que la operación de compensación da lugar a una nueva obligación entre las contrapartes por medio de novación objetiva, esto es, la extinción de todas las operaciones celebradas para su aglutinación en una sola novada que se ejecutará en un solo acto y en la fecha pactada de cierre (...). También pueden mencionarse modalidades como el close-out netting, liquidación por diferencia o liquidación bilateral por compensación (...); y, el denominado account netting, y, por último, el netting multilateral en el que es habitual que se interponga entre los participantes en el acuerdo una cámara de compensación (clearing-house) para facilitar el desarrollo de las operaciones de liquidación»*.

las acciones de reintegración a las que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, salvo mediante acción ejercitada por la administración concursal en la que se demuestre perjuicio en dicha contratación. De forma que no resulta de aplicación con carácter general el citado precepto, aunque sí lo será si la administración concursal consigue probar el perjuicio en la contratación y ejercita, en consecuencia, la correspondiente acción. Además, se mantiene el plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso, durante el cual se tienen que haber realizado los actos perjudiciales para la masa. Todo ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación del Derecho común previstas en el artículo 71.6 de la Ley Concursal, a través de las cuales se podrá impugnar las operaciones de cálculo y liquidación por no haberse realizado conforme a lo acordado por las partes o, en su caso, conforme al mercado. La legitimación de nuevo corresponde a la administración concursal, como, asimismo, la carga de la prueba¹⁴⁴. Ello supone, como en el caso de la impugnación de los acuerdos de refinanciación (art. 72.2 de la LC), una restricción de la legitimación activa para impugnar dentro del concurso los acuerdos de compensación contractual, no operando la legitimación subsidiaria de los acreedores que establece el artículo 72.1 de la LC, para el caso que la administración concursal no ejercite estas acciones. En todo caso, estos acuerdos de compensación y también los acuerdos de garantía financiera son los realizados tanto entre entidades de crédito como entre éstas y personas jurídicas o físicas (art. 4 del Real Decreto-Ley 5/2005); tienen por objeto las operaciones definidas en el artículo 5.2 del citado Real Decreto-Ley 5/2005; y es necesario que el acuerdo prevea la creación de una única obligación que abarque todas las operaciones financieras que forman parte del objeto de dicho acuerdo y en virtud del cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán el derecho de exigirse el saldo neto del producto que resulte de la liquidación de estas operaciones (art. 5.1 del Real Decreto-Ley 5/2005)¹⁴⁵.

Por otra parte, el pago de una obligación vencida y exigible en el plazo previsto, desatendiendo el de otras igualmente vencidas y exigibles, con el correspondiente trato de favor a un acreedor en detrimento del resto, podría considerarse perjudicial para la masa, de no probarse que del mismo se derivaron efectos favorables para ésta. En este sentido, comportaría un perjuicio para la masa activa la pérdida de un elemento patrimonial sin correspondiente, y lo mismo si el que ingresa resulta ser de inferior valor al que sale. Sin embargo, no todos los pagos de deudas vencidas y exigibles serán rescindibles, pues si éste hubiera sido el deseo del legislador concursal habría ampliado para tal fin la dicción del apartado segundo del artículo 71 de la Ley Concursal, que presume *iuris et de iure* el perjuicio que comporta para la masa activa la alteración de la *par conditio creditorum* al excluir de tal apartado al acreedor que cobre anticipadamente con garan-

¹⁴⁴ PEÑAS MOYANO, M.^a J.: «La compensación contractual financiera como regla general», *op. cit.*, pp. 351-352.

¹⁴⁵ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1202.

tía real; o hubiese incluido entre las presunciones *iuris tantum* del perjuicio patrimonial la rescisión de todos los pagos, trasladando al demandado la carga de la prueba, precisamente, de la bondad del acto solutorio para la masa activa¹⁴⁶. Sobre tales bases, no cabe duda que los pagos de una obligación vencida y exigible resultan ubicables en aquellos actos patrimoniales cuyo perjuicio debe probar la administración concursal a tenor del apartado cuarto del artículo 71 de la Ley Concursal. Por tanto, ésta deberá probar la vulneración injustificada de la *par conditio creditorum*, al favorecerse a un acreedor en detrimento del resto mediante el pago de su crédito vencido y exigible, a la vez que el efecto no favorable que tal pago comporta para la masa activa¹⁴⁷.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012¹⁴⁸, señala al respecto que: «*en caso de pagos, aunque conlleven una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el período sospechoso de los dos años previo a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa*». No obstante, añade que «*ello no excluye que en alguna ocasión pueda concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efec-*

¹⁴⁶ En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO C.: «La rescisión de los pagos realizados antes de la declaración de concurso», *op. cit.*, p. 387.

¹⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO C., *últ. lug. cit.*, entiende que «si el pago obedece a criterios objetivos no procede la rescisión». En este sentido, señala que «pueden apuntarse como criterios relevantes, entre otros, criterios de viabilidad empresarial (pago de suministros, criterios concursales, como el pago de créditos privilegiados, pago con garantía real, de créditos refraccionarios...), económicos (pago de deuda más gravosa)». Criterios, añade, que permiten, *sensu contrario*, rescindir por perjudiciales los pagos de créditos subordinados.

Señala la Resolución de la DGRN (Propiedad) de 3 de junio de 2009 (RJ 2009/3282), en su *Fundamento de Derecho Segundo* que: «... ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso —art. 75 de la Ley Concursal—, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 71 de la Ley Concursal). En todo caso, por aplicación de lo establecido en el art. 17 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los referidos actos traslativos se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa anotación preventiva, de modo que será el titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación, a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución universal provoque la cancelación de aquella inscripción posterior (arts. 80 y 81 de la Ley Concursal; y, respecto de la anotación de embargo, las Resoluciones de 6 de septiembre de 1988, de 12 de junio de 1989 y de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993)».

¹⁴⁸ RJ 2012/10415.

tivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor) que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum». Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 10 de julio de 2013¹⁴⁹ se ha afirmado que «existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible, pero, al tiempo de satisfacer el crédito, el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halle en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la par conditio creditorum, y por ello el no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa». Reiterando la citada doctrina, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de marzo de 2015¹⁵⁰, ha precisado que «ni la demanda, ni la sentencia recurrida justifican qué circunstancias son las que concurren que privan de justificación unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Es cierto que alguno de ellos fue muy próximo a la declaración de concurso, pero no basta la mera proximidad, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de la par conditio creditorum».

B) Presunciones *iuris tantum* de perjuicio

i. Actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado

Siguiendo el precedente del Derecho alemán¹⁵¹, el artículo 71 presume *iuris*

¹⁴⁹ RJ 2013/4998. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 9 de diciembre de 2013 (AC 2013/2296) sobre pago realizado cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia con pluralidad de acreedores, habiendo solicitado la acreedora el concurso necesario de la deudora ante la imposibilidad de cobrar su crédito en sede judicial por carecer de bienes. Se entiende rescindible por vulneración de la *par conditio creditorum*.

¹⁵⁰ RJ 2015/2676. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015/2449), dispone al respecto que «esta Sala también ha precisado que, pese a la anterior regla o criterio general, en algunas ocasiones pueden concurrir circunstancias excepcionales que priven de justificación al pago realizado en la medida que suponga una vulneración de la par conditio creditorum, supuesto de que el pago, debido y exigible, se realice por el deudor en un momento temporal en el que estuviera en un claro estado de insolvencia y se hubiera solicitado el concurso o debiera haberlo sido». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2012/134176); y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 22 de enero de 2014 (JUR 2014/48812).

¹⁵¹ El párrafo 138 de la Ley de Insolvencia [*Insolvenzordnung (InsO)*], de 5 de octubre de 1994, dispone que: «(1) Si el deudor fuera una persona física, se consideran personas vinculadas: 1. El cónyuge del deudor, incluso cuando el matrimonio se celebró inmediatamente después del realizarse el acto o fue disuelto en el año anterior a la celebración de éste; 2. Los parientes del deu-

tantum el perjuicio para la masa de los actos de disposición a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado. A alguna de estas personas se refiere el artículo 93 de la Ley Concursal entre las que se incluyen en su apartado 1 las siguientes: «1.º *El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, o a las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.* 2.º *Los ascendientes, descendientes, y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.* 3.º *Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*». Además, en su apartado 2, considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a los socios, administradores, de derecho o de hecho, liquidadores del concursado y los apoderados con poderes generales y las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios¹⁵².

dor o del cónyuge citado en el número 1, en línea ascendente o descendente, y los hermanos y hermanastros del deudor o del cónyuge citado en el número 1, así como los cónyuges de estas personas; 3. Las personas que convivieran en comunidad doméstica en el último año antes de la conclusión del acto».

¹⁵² ALONSO LEDESMA, C.: «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la 8/2003 para la Reforma Concursal*, GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (directores), Dilex, Madrid, 2003, p. 394, señala que «no resulta equiparable la relación de parentesco o afinidad en el caso de las personas físicas y de la condición de «insiders» en las personas jurídicas»; SANCHEO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pp. 1161-1162, precisa que, en caso de los socios, «la justificación radica en el deber de capitalizar las sociedades, que convierte en injustificada la restitución de un préstamo o cualquier otra forma de aportación de patrimonio». Y en caso de personas físicas, señala como personas relacionadas con el deudor «cónyuge o pareja de hecho (dos años de convivencia previa al concurso); ascendientes, descendientes, hermanos; cónyuges o pareja de hecho de los ascendientes, descendientes y hermanos».

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander, número 10, de 18 de octubre de 2006 (AC 2007/1905), respecto de la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios con una sociedad especializada en crisis empresariales y asesoramiento y consultoría empresarial, señala que resulta claro que la contraprestación fijada en el contrato tiene una base jurídica adecuada y no puede tildarse de perjudicial para la masa. Obedece a un intento de superar la situación de insolvencia y obtener la viabilidad de la sociedad. Además, la situación de insolvencia fue anterior a su contratación, y no se puede considerar que esta empresa tenga un carácter de administrador de hecho, puesto que su actuación se corresponde sólo con las actuaciones propias del contrato de arrendamiento, sin que se aprecie actuación de gobierno y dirección con toma de decisiones propias en aquellos ámbitos de gobierno, por lo que no concurre la presunción establecida en el artículo 71.3.1.º de la LC. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 3 de septiembre de 2007 (AC 2008/179); del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, número 1, de 26 de marzo de 2014 (JUR 2015/262141), relativa a operaciones de compraventa realizadas a título oneroso en virtud de las cuales se venden a personas especialmente relacionadas con la concursada que, suponen perjuicio para la masa; del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, número 1, de 9 de octubre de 2015 (JUR 2015/278051) sobre dación en pago a personas especialmente relacionadas con el concursado; y del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 5 de septiembre de 2016 (JUR 2016/198972), en la que se procede a declarar la ineficacia de la escritura de adquisición de autocartera, permuta de participaciones sociales por acciones otorgada por la concursada a favor de uno

Esta presunción parte de la realización de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de estas personas dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin tener en cuenta factores concretos como la conveniencia de la operación, el precio o contraprestación obtenida, la habitualidad de la operación, etc., que deberán ser tomados en consideración para destruir la presunción de acto perjudicial para la masa. Se parte de una presunción de complicidad, de conocimiento de la situación de insolvencia y de la lesividad del acto¹⁵³. De un

de sus socios por producir ésta un perjuicio para la concursada. Efectivamente, la adopción del acuerdo social de adquisición de autocartera y de permuta de acciones de 13 de noviembre de 2012, instrumentado mediante su canje en escritura de 13 de noviembre de 2012, resulta que la misma se encuentra dentro del ámbito de personas especialmente relacionadas del artículo 93.2.1 de la Ley Concursal en relación con el artículo 71.3.1 de la citada norma. Resulta de ello que la adquisición por la deudora de las acciones y participaciones sociales de un socio o accionista cuya participación sea igual o superior a la señalada en el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal (sea cual sea el montante o porcentaje del capital transmitido) aparece sujeto a la presunción *iuris tantum* de perjuicio para la masa. Y declarada la ineficacia de tal adquisición de participaciones propias y de la permuta por ellas de acciones (hoy participaciones), las partes han de proceder a restituirse dichos títulos de propiedad alícuota, debiendo estarse en caso de imposibilidad a lo dispuesto en el artículo 73.2 de la Ley Concursal; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 17 de julio de 2008 (AC 2009/21) en el que se consideran actos perjudiciales para la masa activa la compraventa y arrendamiento de maquinaria como contratos celebrados entre la concursada y la codemandada, que constituyan un grupo de sociedades; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/17468); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 11 de octubre de 2012 (AC 2012/2340); y de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 5 de julio de 2013 (JUR 2013/253466).

¹⁵³ CRESPO ALLUÉ, F.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1389. Señala, en este sentido, PINTÓ RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *op. cit.*, pp. 4307-4308, que esta presunción se justifica en que la relación especial predispone a favorecer, ayudar o auxiliar excesivamente al otro relacionado, efectuando actos que comportan en la realidad desde la *fiducia cum amico*, hasta la simulación absoluta, pasando por la simulación relativa, ocultar la existencia de una donación o, en fin, la existencia de cualquier negocio obediente a desviar todo o parte del patrimonio del deudor para sustraerlo a la acción propia del concurso y, por ende, en perjuicio de los acreedores, o a mostrarlo aparentemente gravado con la misma finalidad. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 11 de enero de 2007 (AC 2007/742); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 9 de abril de 2008 (JUR 2008/189071) sobre transmisión de locales y vivienda por la propietaria a favor de su hija y yerno, con notoria diferencia entre el precio real-precio de venta. Se trata de una operación efectuada en la que se malbarataron bienes del patrimonio de quien estaba en grave situación económica en perjuicio de acreedores; y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 23 de marzo de 2016 (AC 2016/937), que concluye que «la sentencia recurrida no infringe la normativa de la Ley de Sociedades de Capital cuando concluye que los pagos no eran debidos porque no se había cumplido el presupuesto previsto en los estatutos para que naciera el derecho a su percepción. Además, añadimos, en todo caso, al no reunir los requisitos del artículo 16 de la LSC, esa «relación verbal» no es oponible a la masa y, por consiguiente, nos encontramos ante unos pagos no debidos, rescindibles ex artículo 71.1 y 2 de la LC. Por último, y como motivo de refuerzo, aunque se considere, en vía de hipótesis, que los pagos tienen cobertura en ese «auto-contrato verbal», lo que no se ha desvirtuado es la presunción del perjuicio del artículo 71.3.1 de la LC, ya que el beneficiario de los pagos es persona especialmente relacionada con la SLU concursado (art. 92.5 y 93.2.2 de la LC) sin que nada se diga al respecto, siendo carga del demandado probar que la concurrencia de las circunstancias que deter-

«trato de favor» a estas personas en contra de la masa, como lo califican otros¹⁵⁴, que se torna en un trato de disfavor respecto de ellas, pues se presume sin más (aunque de forma *iuris tantum*) que los actos realizados entre estas personas y el concursado son perjudiciales¹⁵⁵. Si bien, no tiene mucho sentido la referencia a la condición del beneficiario (por ejemplo, cónyuge o ex cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano, socio, administrador, etc.), cuando el propio legislador concursal prescinde del elemento subjetivo o intencional (*consilium fraudis*); y se centra más en la presunción de lesividad del propio acto perjudicial para la masa. Quizá estemos ante un nuevo supuesto de «sanción» a quienes se encuentran vinculados afectivamente o como consecuencia de una relación societaria u orgánica con el deudor, como uno de los principales contribuyentes a la situación de crisis económica; sobre todo si se trata, por ejemplo, de un ex cónyuge ávido de perjudicar al otro o, incluso, de un socio. La presunción, en consecuencia, se basa en la cualidad personal del adquirente, no en el resultado económico del negocio¹⁵⁶, que determinaría una falta de equivalencia de las prestaciones, sustan-

minan la inexistencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada». Por ello, los pagos de las remuneraciones del trabajo satisfechas por la concursada al administrador no es pago debido porque no se ha cumplido el presupuesto previsto en los estatutos para que naciera el derecho a su percepción. Hay presunción de perjuicio, ya que el beneficiario de los pagos es persona especialmente relacionada con la SLU concursada; y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 3, de 12 de diciembre de 2008 (JUR 2009/184943), relativa a sociedad vinculada a la concursada: es socio de la concursada dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

¹⁵⁴ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1311; MASSAGUER, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», *op. cit.*, p. 4224; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁵⁵ ALONSO LEDESMA, C.: «Delimitación de la masa activa: las clases de créditos y su graduación», *op. cit.*, p. 394; ROGEL VIDE, C.: «Concurrencia y prelación de crédito en el CC y en la legislación concursal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-marzo de 2004, p. 115, critica esta postura del legislador, además de señalar que, con ello, todos y cada uno de los créditos de los que las personas vinculadas sean titulares en el concurso tendrán la calificación de subordinados, como se desprende del texto del artículo 92.5 de la Ley Concursal.

¹⁵⁶ En relación con grupo de sociedades, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 17 de julio de 2008 (AC 2009/21), señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º que «la Ley Concursal establece la presunción del perjuicio patrimonial para la masa activa en el caso de las disposiciones a título oneroso realizadas a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y siendo éste persona jurídica, el art. 93 de la LC considera persona especialmente relacionada a «las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios». Pero la LC no precisa, define o concreta qué debe entenderse por sociedades del mismo grupo. Para ello habremos de acudir a otras normas del ordenamiento jurídico que nos ofrezcan criterios que sirvan de guía interpretativa para determinar lo que ha de entenderse como un grupo de sociedades, a los efectos de su inclusión como personas especialmente vinculadas y la aplicación de las consecuencias jurídicas que en estos casos regula la LC en los artículos 71.3.º1 y 93.2 de la LC. El artículo 4 de la Ley de Mercados de Valores considera pertenecientes a un mismo grupo de entidades que constituyan una unidad de decisión, ya porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar el control de las demás, ya porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas. Además, añade que se presume que hay unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el artículo 42 del CCom, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominan-

ciada en un desequilibrio notable y manifiesto a favor de una de las partes, en este caso de la persona que negocia con el concursado¹⁵⁷. El momento relevante para apreciar la existencia de la relación especial en que se basa la presunción es el de realización del acto y no el de declaración de concurso¹⁵⁸. Los actos sobre los que tal presunción se justifica —predispuestos a favorecer, ayudar o auxiliar excesivamente al otro relacionado—, van desde la *fiducia cum amico*, hasta la simulación absoluta, pasando por la relativa o, en fin, cualquier negocio dirigido a desviar todo o parte del patrimonio del deudor para sustraerlo a la propia acción del concurso en perjuicio de acreedores¹⁵⁹.

ii. Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquéllas

Con este segundo supuesto de presunción *iuris tantum* de perjuicio se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de otros, constituyendo una garantía real sobre alguno de sus bienes en beneficio de un determinado acreedor¹⁶⁰. Lo que ya estaba presente en la regulación de la

te o de otra dominada por ésta. Es decir, que constituye un elemento decisivo a efectos de determinar lo que debe entenderse por «grupo de sociedades», la unidad de decisión, manifestada en la disposición de la mayoría de los derechos de voto y en la dirección única por la composición del órgano de administración. Disponiendo la LMV una presunción de unidad de decisión en los casos del art. 42 del CCom, compatible con la acreditación de la unidad de decisión en otros casos que no sean los supuestos previstos en esta última norma. En el presente caso, vista la composición social de ambas entidades y la configuración de sus órganos de administración, a la Sala no le queda duda de que entre las sociedades codemandadas que firmaron contratos de compraventa y de arrendamiento de maquinaria existe una unidad de decisión. De forma que procede la rescisión de tales contratos por la concurrencia de la presunción del artículo 71.3.1.º de la LC».

¹⁵⁷ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M.: *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*, op. cit., p. 341, señala que para la determinación del desequilibrio se podría seguir un criterio cuantitativo, si bien, considera más conveniente que sea el juez quien lo haga atendidas las circunstancias del caso. En este mismo sentido, LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, op. cit., p. 341.

¹⁵⁸ En contra, ÁVILA DE LA TORRE, A.: «Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado», *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra 2009, pp. 103-104, quien considera que el momento que ha de tenerse en cuenta será aquél en que se declare el concurso.

¹⁵⁹ PINTÓ RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», op. cit., pp. 4307-4308. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 8 de junio de 2006 (RJ 2006/2406), se lleva a cabo por parte del marido a favor de su esposa, en convenio regulador de separación aprobado judicialmente para el pago de la pensión compensatoria, la entrega de determinados bienes, titularidad del marido, para sustraerlos a la acción de los acreedores. Se acredita por el Alto Tribunal la simulación contractual, precisamente por el interés de los intervinientes en el convenio de no dejar huellas que permitan descubrir el propósito de ocultar el patrimonio a la legítima realización por los acreedores.

¹⁶⁰ Como señala SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», op. cit., pp. 1164-1165, «algunos acreedores que carecen de garantías reales, en los momentos previos al concurso

quiebra, cuando el artículo 880.4 del CCom declaraba nulas, constituidas durante los treinta días precedentes, «*las hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieran esta calidad*».

Ha de tratarse de la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes (usualmente, una hipoteca), o de nuevas garantías reales contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes, que constituye un negocio de renegociación de deuda en el que generalmente el acreedor otorga un nuevo crédito con el que se paga el anterior vencido a cambio de una garantía real (un caso típico sería el conceder un préstamo para satisfacer otro anterior no garantizado, constituyéndose hipoteca para garantizar el nuevo; o una nueva póliza de crédito que cubre una deuda anterior, proveniente a veces de otra póliza de crédito, garantizándose aquélla mediante hipoteca)¹⁶¹. En efecto, la constitución de estas garan-

suelen perseguir esta garantía de sus créditos, que en ocasiones supeditan a la ampliación del crédito». Por su parte, HUELMO REGUEIRO J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 205, en esta línea manifiesta al respecto que «*el fundamento de esta presunción es, al igual que en el supuesto de extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso, la vulneración del principio de par conditio creditorum*». Asimismo, precisa ALCOVER GARAU, G.: «*Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal*», op. cit., p. 338, que «*en realidad se recogen aquí dos supuestos: 1. La constitución de garantías reales a favor de obligación preexistente recoge un típico acto gratuito, la denominada superposición de garantía real, ya que se trata de un otorgamiento de una garantía real por el deudor sin contraprestación alguna a favor de un acreedor por deuda preexistente y hay que entender que no vencida, ya que, si fuese vencida, sería un supuesto de renegociación de deuda, de la que trata el segundo inciso del párrafo*». Siendo así, señala que «*es obvio que en todo caso hay perjuicio que no debería haberse estructurado esta presunción iuris tantum y que hay una contradicción entre dicha norma y la que establece una presunción iuris et de iure del perjuicio en relación a los actos gratuitos*». Respecto del segundo, relativo a la constitución de garantías a favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes, que generalmente será perjudicial para la masa activa, por lo que es correcta la presunción *iuris tantum*, añade que «*este supuesto no es una pura superposición de hipoteca, sino un negocio de renegociación de deuda en el cual generalmente el acreedor otorga un nuevo crédito con el que paga el anterior vencido a cambio de una garantía real*». Así, pues, para determinar si el negocio ha resultado o no perjudicial para la masa «*habrá que analizar, en relación a la prestación del deudor, el rango de la garantía y los bienes sobre los que recae y, en relación a la prestación del acreedor, la calidad de la deuda refinanciada y su posibilidad de cobrarla*».

¹⁶¹ VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, op. cit., p. 62. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2014 (RJ 2014/4543) sobre hipoteca de reconocimiento de deuda y ampliación de la garantía hipotecaria constituida a favor de sociedad filiar por otra del mismo grupo económico declarada en concurso en razón de obligaciones preexistentes; y de 8 de junio de 2016 (RJ 2016/72344), en relación con la garantía pignoratícia constituida a favor de una póliza de crédito de Banesto que, supone, además de una significativa ampliación de la cuantía de la misma, la concesión de una nueva prórroga de vencimiento de tal crédito, aplazando el pago de la deuda por un año, en base a que se trata de una garantía sobre deuda preexistente (art. 71.3.2 de la Ley Concursal). Al respecto, se indica que la valoración del perjuicio que irroga la constitución de una nueva garantía, como fundamento último de la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal, debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, si dicha garantía se ha constituido en un contexto determinado por una aportación significativa del crédito y por una prórroga de la póliza de crédito, pues, de ser así, no concurriría perjuicio para la masa activa. Esto es lo que sucede en el presente caso, en donde se observa tanto una clara aporta-

tías reales no contextuales puede resultar un privilegio especial, reservado en el concurso a los créditos asegurados con garantía real, que tiene como resultado la ejecución separada del crédito favorecido con la garantía real (arts. 55 y 56 de la Ley Concursal), además de, en la hipoteca, sujetar el bien o derecho afecto al pago del crédito hipotecario (art. 90 en relación con el art. 155 de la Ley Concursal). De esta forma, el legislador concursal rechaza las garantías reales que pueden suponer un perjuicio patrimonial para la masa activa¹⁶² y alteren el principio

ción significativa del crédito como la concesión de un nuevo término para la devolución de lo finalmente dispuesto. Ciertamente, la ampliación de la póliza de crédito también supuso la concesión de una nueva prórroga del vencimiento del crédito garantizado con el aplazamiento de la deuda por el período de un año. Todo ello contando con el beneficio que dicha ampliación del crédito representa para la entidad deudora, pues esa concesión temporal permite la continuidad de la actividad empresarial, además del pago a otros acreedores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 4 de marzo de 2013 (JUR 2013/193910), relativa a la constitución de una prenda sobre obligación nueva que sustituye a la obligación preexistente; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/535), sobre una escritura de constitución de hipoteca apenas dos meses antes de la declaración del concurso en garantía de una deuda preexistente de la concursada con el codemandado. El hecho de que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del demandado no es suficiente para desvirtuar la presunción, dada la situación de insolvencia en la que se encontraba el deudor y la inminencia del concurso, con la consiguiente alteración del *par conditio creditorum* en perjuicio del resto de los acreedores; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 3, de 20 de junio de 2005 (JUR 2006/299861); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 4, de 18 de diciembre de 2006 (AC 2007/337); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 30 de enero de 2007 (AC 2007/1091); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 11 de junio de 2007 (AC 2007/1535); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 3 de septiembre de 2007 (AC 2008/179); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, número 1, de 3 de octubre de 2007 (AC 2008/61); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 17 de diciembre de 2007 (JUR 2008/132952); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 17 de julio de 2008 (JUR 2008/353716); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/200211), sobre hipoteca constituida con una moderación de intereses de demora del 29%; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 23 de marzo de 2009 (AC 2009/768), relativa a la constitución de hipotecas sobre fincas de la concursada como operaciones de financiación que no se corresponden con el objeto y tráfico propio de la concursada y tampoco con la parcela de operaciones cotidianas necesarias e ineludibles para la vida de la empresa; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, número 2, de 1 de abril de 2009 (AC 2009/1901); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010/34); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 2, de 2 de diciembre de 2009 (AC 2010/105); y las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 9 de marzo de 2010 (JUR 2010/130926), y del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Asturias), número 3, de 1 de abril de 2014 (JUR 2016/56078).

¹⁶² Vid. las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/535), relativa a una escritura de constitución de hipoteca apenas dos meses antes de la declaración del concurso, en garantía de una deuda preexistente de la concursada con el codemandado; acto perjudicial para la masa activa dada la evidente alteración del principio de paridad o la *par conditio creditorum* en perjuicio del resto de los acreedores. El pago y la hipoteca deben ser rescindidos, sin que el hecho que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del demandado sea suficiente para desvirtuar la presunción, dada la situación de insolvencia en

de paridad¹⁶³, a la par que aboga por el mantenimiento de las que, precisamente, reporten un valor para la masa, esto es, que no supongan una merma cualitativa del patrimonio del deudor, que luego constituirá la masa activa¹⁶⁴.

Al que ejercita la acción corresponde la prueba de que se trata de una deuda preexistente, pues la Ley no atiende al hecho de que se trate de una deuda que se encuentre o no vencida en el momento de constituirse la garantía, sino que sea preexistente; y debe estar en condiciones de probar la constitución extemporánea de la garantía durante el período de sospecha a que se refiere el régimen de reintegración en el concurso, correspondiendo la prueba de la pertinencia de su constitución, para destruir la presunción legal relativa del perjuicio, a quienes pretendan el mantenimiento de los efectos de la garantía real controvertida. Por tanto, debe la administración concursal o, en su caso, los acreedores del concursado probar la falta de contextualización cronológica en la constitución de la garantía real en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. De esta forma, esta presunción no alcanza a las nuevas obligaciones contraídas por el deudor en virtud de las cuales se pacte la constitución de garantías reales¹⁶⁵. Así, escapa de la presunción legal la constitución de una garantía simultánea al nacimiento de la obligación garantizada, y que constituya condición *sine qua non* de su nacimiento (v. gr., hipoteca constituida para garantizar un préstamo que se concede al deudor)¹⁶⁶, no, en cambio, la que tenga lugar en un momento posterior al del nacimiento de la obligación¹⁶⁷. Ciertamente, en la constitución de una garantía

la que se encontraba el deudor y la inminencia del concurso; y de 18 de enero de 2006 (JUR 2006/47893).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2015 (RJ 2015/814) concluye que «sí, porque se cumplen dos circunstancias que ordinariamente deben valorarse en estos casos para juzgar sobre el perjuicio en los supuestos del art. 71.3.2 de la LC: se ha producido una aportación significativa de dinero nuevo, 500.000 euros (menos 2.000 retenidos por comisión), al ampliarse el crédito disponible en ese momento en esa suma (498.000 euros); y se ha prorrogado un año más la póliza de crédito anterior. Si, además, advertimos que la garantía real tan sólo cubre la obligación de devolución de dinero nuevo otorgado, debemos concluir que, pese al espejismo de perjuicio para la masa activa, en realidad no lo hay, de tal forma que, aunque opere la presunción del art. 71.3.2 LC, se ha acreditado que en este caso, por la aportación significativa de crédito y la prórroga de la póliza de crédito, no concurría perjuicio para la masa activa».

¹⁶³ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4.^a, de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/200211).

¹⁶⁴ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, número 1, de 29 de diciembre de 2005 (AC 2005/2287).

¹⁶⁵ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1312.

¹⁶⁶ CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1390. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 18 de febrero de 2010 (AC 2010/525), señala que para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el carácter perjudicial del mismo.

¹⁶⁷ Vid. las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 25 de febrero de 2005 (AC 2005/535); del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, número 1, de 29 de diciembre de

real a favor de una obligación preexistente no se establece una distinción en cuanto al tiempo en que se constituyó la obligación que se garantiza, que tanto puede ser anterior a los dos años a la fecha de declaración de concurso como posterior. Si en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso se celebra un contrato que determina una obligación a cargo del concursado y, a la vez, para garantizar la obligación se constituye una garantía real sobre los bienes de aquél, esta garantía no queda afectada por presunción de carácter perjudicial; pero si primero se crea la obligación del concursado y la constitución de la garantía tiene lugar en un momento posterior, la garantía real queda afectada a la presunción de perjuicio patrimonial, siendo rescindible¹⁶⁸.

Ahora bien, no siempre la constitución de garantías reales no contextuales, que no forman parte del negocio por el que se concede el crédito garantizado, bien porque el crédito garantizado ya existía con independencia de que estuviera o no vencido, bien porque la obligación garantizada sustituye a otra anterior que carecía de esta garantía real, puede ser calificada de perjudicial, pues, atendiendo a las circunstancias que rodean al negocio, su concesión puede tener justificación¹⁶⁹. En todo caso, con esta presunción *iuris tantum* de perjuicio se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de los otros, mediante la constitución de una garantía real. Al tratarse de una presunción *iuris tantum*, la carga de la prueba de que el negocio no es perjudicial le corresponde a la parte demandada, esto es, a quien ha sido parte del mismo, en concreto, al acreedor hipotecario y al deudor concursado. Éstos deberán probar no sólo que la garantía no contextual no es gratuita y que responde a otra causa, sino que no ocasiona perjuicio para la masa del concurso. En la práctica, es posible que para renovar una póliza de crédito ya vencida, o para la concesión de un nuevo plazo en caso de vencimiento del crédito, o en fin, para ampliar un crédito ya existente, el banco exija una garantía real.

En este contexto, la constitución de una garantía real como la hipoteca en garantía de una obligación futura o sometida a condición suspensiva legalmente

2005 (AC 2005/2287); y del mismo Juzgado y número, de 3 de octubre de 2007 (AC 2008/61).

¹⁶⁸ RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 381.

¹⁶⁹ CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 413 en el artículo 71.3.2 de la LC «se comprenden tres situaciones distintas, todas ellas penalizadas por la presunción del perjuicio. Primera, la más simple, por la que un crédito inicialmente no garantizado pasa a ser garantizado mediante la prestación de una garantía real posterior. Segundo, el caso de superposición de garantías, mediante el cual una garantía nueva viene a reforzar un crédito ya anteriormente garantizado; situación muy común si el crédito anterior está sujeto a una cláusula de vencimiento anticipado por pérdida de valor de la garantía (cláusula loan to value), y ha tenido lugar esta pérdida de valor. Tercero, el supuesto propio de una refinanciación, en la que se constituyen garantías reales a favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes, en virtud de las cuales el financiador otorga un nuevo crédito o provee alguna otra forma de valor (por ejemplo, plazo nuevo) con el que se paga el anterior o para pagar el anterior a cambio de una garantía real».

prevista (arts. 1861 del CC y 105 y 142 LH), que se incluye en la categoría de las hipotecas de seguridad, y que viene a garantizar obligaciones eventuales o de cuantía determinable, dentro de ciertos límites, y en las que resulta necesario la identificación del negocio del que resulta atendiendo al carácter accesorio propio de la hipoteca, y cuya eficacia queda suspendida en tanto en cuanto no se haga realidad la obligación futura asegurada o sujeta a condición suspensiva, no parece que pueda incluirse en la presunción del artículo 71.3.3.º de la Ley Concursal. Y es que no se instituye como derecho real hasta el momento en que nazca o se purifique la obligación, aunque la inscripción tabular de las mismas sí tenga eficacia hipotecaria¹⁷⁰, de forma que son los efectos de la garantía y no su constitución los que se supeditan a la obligación futura, o a un hecho futuro o incierto.

En cuanto a la hipoteca en garantía de cuenta corriente e hipotecas flotantes, como hipotecas de máximo —incorporada a la Ley Hipotecaria por la reforma operada en virtud de la Ley 41/2007, en el artículo 153 bis, como un hito en la flexibilización de la concesión del crédito con garantía hipotecaria—¹⁷¹, coincide la doctrina en afirmar que encaja en el presupuesto de la presunción relativa del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal¹⁷². Sin embargo, para Moralejo Menéndez, la Ley Concursal «*no contempla —ni podía probablemente contemplar— una hipoteca flotante, al igual que no ofrece una regla de presunción del perjuicio adecuada a las particularidades del supuesto. De ahí que la hipoteca flotante sea un caso ajeno al art. 71.3.2.º: Primero. Por su posible carácter perjudicial para la masa, que no se puede enjuiciar en todo caso, de acuerdo con las presunciones que establece la Ley Concursal, sino que ha de sujetarse al criterio general. Segundo, y desde el punto de vista de política legislativa, habría que sugerir otro tipo de presunciones*»¹⁷³. Al igual que advierte este autor, en relación con la hipoteca flotante, tampoco con la hipoteca recargable se está en condiciones de prever las modificaciones que en materia de novación de préstamos hipotecarios —y más concretamente cuando éstos tienen lugar sin ampliación de responsabilidad

¹⁷⁰ MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *op. cit.*, p. 117.

¹⁷¹ GÓMEZ GALLIGO, J.: «Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, número 15, 2008, pp. 330-334.

¹⁷² CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: “caveat creditor”», *La Ley*, número 6988, de 14 de julio de 2008, p. 8. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 18 de julio de 2014 (AC 2014/1588); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2014 (JUR 2015/62434), relativa a la rescisión de la constitución de hipoteca de máximo a la amortización anticipada de un préstamo no vencido en el momento de declaración del concurso.

¹⁷³ MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *op. cit.*, pp. 123-124; del mismo autor: «Las presunciones relativas al perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2014, p. 165.

hipotecaria— se han introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley 41/2007. Y añade que *«nos parece que el posible carácter perjudicial para la masa activa de las recargas que tengan lugar durante el periodo sospechoso, no puede enjuiciarse de acuerdo con las presunciones que establece la Ley Concursal, sino que han de sujetarse al criterio general. En un plano de política legislativa, nos parece conveniente la introducción de previsiones en el sentido de referir la presunción de perjuicio patrimonial a las recargas que, a tenor de las notas marginales a la hipoteca, hayan tenido lugar durante el periodo sospechoso anterior a la declaración del concurso del deudor hipotecario»*¹⁷⁴.

Por otra parte, en cuanto a la constitución de garantías reales en aseguramiento de las nuevas obligaciones contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes, el último inciso del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal presume el perjuicio patrimonial. Ha de atenderse entonces, como es el criterio acogido mayoritariamente por la doctrina, a la proporcionalidad de la nueva garantía que se presta, puesta en relación con la calidad de la deuda refinanciada: cuantía, plazos, onerosidad en las condiciones de ejecución, concurrencia de garantías en aseguramiento de su cumplimiento, etc.¹⁷⁵. En un plano económico, los órganos jurisdiccionales vienen extendiendo el alcance de la presunción a las operaciones de refinanciación de deudor del concursado, que impliquen la concesión de nuevos préstamos o la apertura de nuevas líneas de crédito durante el periodo de sospecha¹⁷⁶.

De todas formas, recientemente el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio 2016¹⁷⁷, ha manifestado que *«en la valoración del perjuicio que irroga la constitución de la nueva garantía como fundamento último de la aplicación del art. 71 de la LC, debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, si dicha garantía se ha constituido en un contexto determinado por una aportación significativa del crédito y por una prórroga de la póliza de crédito, pues, de ser así, no concurriría perjuicio para la masa»*.

Finalmente, la amplitud de redacción del artículo 71 de la Ley Concursal permite aplicar la presunción a todo tipo de derecho real de garantía real (anticre-

¹⁷⁴ MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *op. cit.*, p. 128; del mismo autor: «Las presunciones relativas al perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», *op. cit.*, pp. 169-170. *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 14 de noviembre de 2014 (JUR 2015/41991).

¹⁷⁵ *Vid.*, por todos, MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», *op. cit.*, p. 130; del mismo autor, «Las presunciones relativas al perjuicio (II): la impugnación de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas», *op. cit.*, pp. 170-171.

¹⁷⁶ *Vid.* la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 1, de 21 de mayo de 2007 (AC 2008/1603).

¹⁷⁷ La Ley 61596/2016.

sis, prenda e hipoteca)¹⁷⁸ y a la constitución de garantías personales; en fin, a todo negocio como consecuencia del cual se confiera sobre un bien o derecho del deudor una facultad de ejecución separada y preferente frente a todo tipo de acreedores quirografarios y frente a acreedores titulares de garantía real posterior¹⁷⁹; o a cualquier operación con una finalidad de garantía real como, por ejemplo, los negocios fiduciarios¹⁸⁰.

iii. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso

Este supuesto ha pasado de ser una presunción *iure et de iure* a una presunción *iuris tantum* de perjuicio y, por tanto, admite prueba en contrario. En este caso, la alteración de la *par conditio creditorum* es menor, pues el acreedor, al tener una garantía real, tiene ya de por sí un derecho de cobro preferente sobre el bien, que podrá hacer valer de forma separada o en el propio concurso¹⁸¹.

2.3. Actos o negocios jurídicos rescindibles

Fuera de los supuestos donde operan las presunciones de perjuicio —*iure et iure* o *iuris tantum*— establecidas en líneas precedentes, no significa que el acto o negocio dispositivo no pueda ser objeto de rescisión. Si bien, en estos casos, corresponde a la administración concursal acreditar —probar— el perjuicio que

¹⁷⁸ Vid. las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Bizkaia, Bilbao, número 1, de 29 de diciembre de 2005 (AC 2005/2287), sobre una póliza de crédito en cuenta corriente suscrita por la concursada en la que se constituye como anexo a la misma, a favor de la entidad bancaria crediticia, una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre cabezas de ganado; del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 1, de 21 de mayo de 2007 (AC 2008/1603), sobre concesión de un préstamo con garantía prendaria e hipotecaria, y del Juzgado de lo Mercantil de Santander, número 1, de 29 de abril de 2010 (JUR 2010/261822), relativa a la pignoración de títulos-valores en garantía de un préstamo anterior.

¹⁷⁹ VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, op. cit., p. 60.

¹⁸⁰ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», op. cit., p. 1313. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 9, de 25 de julio de 2005 (AC 2005/1551), señala en su Fundamento de Derecho Quinto que «existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia al considerar que los negocios fiduciarios que cumplen esta finalidad (los llamados «cum creditore») son equiparables a aquellos negocios que tienen la misma virtualidad que la constitución de una garantía real, dado que su eficacia práctica es la misma: asegurar el pago de un crédito con un bien inmueble. Y siendo así, la operación sometida a revisión por la acción de reintegración no sólo sería rescindible por la vía ya tratada del art. 71.3.1.º, sino también por la del art. 71.3.2.º, en el entendimiento que el concepto de garantía real a que se refiere el precepto no se corresponde con un elenco tasado, ni es equivalente a los supuestos en los que se reconoce la condición de crédito privilegiado (art. 90), sino que incluye no sólo los derechos reales de garantía, sino también cualesquiera operaciones con una finalidad de garantía real, entre las que se encuentran los negocios fiduciarios».

¹⁸¹ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», op. cit., p. 1167.

conlleva el acto o negocio de disposición impugnado (artículo 71.4 de la LC)¹⁸².

¹⁸² Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2016 (RJ 2016/1240), que señala que *«la apreciación de la existencia del perjuicio, en aquellos casos en que la ley no establece una presunción, debe realizarse valorando las características del negocio o acto impugnado, su significación en el contexto en que se encuentra incursa la deudora y sus consecuencias, para decidir si constituye un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso y, además, carecer de justificación»*, por lo que *«en el presente caso, las circunstancias concurrentes (insuficiencia del préstamo para atender las necesidades de financiación de la deudora, fijación de un plazo de devolución inusualmente corto, que habida cuenta de la situación económica de la sociedad y de su matriz, hacía imposible su devolución, constitución de una hipoteca sobre la totalidad de los inmuebles e instalaciones de la deudora que no sólo suponía una sobregarantía, sino que además imposibilitaba la obtención de financiación bancaria a más largo plazo, imposibilidad de devolución que determinó la ejecución de la totalidad del activo inmobiliario, suspendida como consecuencia del proceso concursal, etc.) dibujan un panorama en el cual la operación carece de justificación razonable y supone un serio sacrificio patrimonial por cuanto que la imposibilidad práctica de devolver el préstamo en el breve plazo concertado suponía casi inexorablemente la ejecución forzosa de la totalidad del patrimonio inmobiliario y de las instalaciones de la deudora»*. Se trataba de la obtención por la concursada dos años antes de la declaración de concurso de un préstamo insuficiente para atender a sus necesidades de financiación, constituyendo como garantía una hipoteca sobre todos sus bienes inmuebles e instalaciones industriales por un valor desproporcionado respecto del importe del préstamo y en unas condiciones que hacían imposible su devolución y que impedía la obtención de financiación a largo plazo por gravar todo el patrimonio inmobiliario. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 26 de octubre de 2016 (JUR 2016/234074) dispone que: *«Son distintos los casos en que un negocio jurídico puede resultar rescindible, a partir de la cláusula general del artículo 71.1 LC y las presunciones establecidas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto. Cuando no operan tales presunciones, como es el caso, para que el negocio se estime como un acto perjudicial para la masa activa, ha de probarse el perjuicio (art. 71.4 LC). Existirá perjuicio cuando, de forma injustificada, haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal. En el caso de la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, se instituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 CC) y, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia»*. Por lo que respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de deudas futuras no supuso perjuicio para la masa, pues, *«si aplicamos los criterios expuestos a la constitución de la hipoteca litigiosa, no podemos considerar que perjudicara a la masa, porque no supuso perjuicio patrimonial injustificado. Al contrario, al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que hacía era contribuir a la subsistencia de la empresa y a que siguiera funcionando, lo que supondría la generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de sus acreedores. Es decir, el sacrificio patrimonial que podría suponer la constitución del gravamen tenía como contrapartida el aseguramiento del suministro durante un largo periodo de tiempo -siete años- y, desde ese punto de vista, estaba justificado. La sentencia recurrida no toma en consideración dicha consecuencia económica, sino que desde un planteamiento formal llega a una conclusión que, llevada a sus últimas consecuencias, supondría que cualquier constitución de un gravamen debería ser considerado perjudicial para la masa. Es cierto que, en términos generales,*

Así, la renuncia de un derecho, en la medida que conlleva la pérdida del derecho en que el actor funda su pretensión y la finalización del proceso, puede conllevar un perjuicio para la masa activa¹⁸³. Efecto de la declaración de ineficacia de esa renuncia es la recuperación del derecho por el deudor, con el objeto de que la masa lo ejerce de nuevo, si es posible, en el procedimiento judicial que corresponda.

Concretamente, en cuanto a la transacción que el artículo 1809 del CC define como «*contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*», lo cierto es que su posible homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción. Señala SANCHO GARGALLO al respecto que «*hoy en día la ejecución judicial no sólo se puede lograr mediante la aprobación judicial de la transacción, sino también mediante su formalización en un documento que lleva aparejada fuerza ejecutiva, como es la escritura pública*

la hipoteca desvaloriza el activo de la deudora, puesto que dificulta la enajenación del bien afectado o incluso su ofrecimiento en garantía si hiciese falta la obtención de crédito; pero ello es consustancial a cualquier gravamen de semejante naturaleza y no por ello es necesariamente perjudicial para la masa, sino que habrá que comprobar si ese sacrificio (la desvalorización) es justificado o no. Del mismo modo, es también correcta la afirmación de que cualquier constitución de hipoteca, tras la declaración de concurso del deudor hipotecado, sujeta directamente el bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 LC) y privilegia al acreedor mediante un derecho de ejecución separada (arts. 55 y 56 LC). Pero son consecuencias comunes a cualquier gravamen hipotecario y no implican, per se, que sea perjudicial para la masa, en los términos que ya hemos expuesto». Por ello, «se opone a la jurisprudencia de esta Sala la conclusión de la sentencia recurrida de que la constitución de la hipoteca fue perjudicial para la masa activa del concurso, porque la minoración de la masa en el valor de la carga hipotecaria tuvo como contrapartida razonable el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que no puede considerarse un sacrificio patrimonial injustificado». Razones por las que este primer submotivo de casación debe ser estimado. Respecto a la cesión de créditos y el perjuicio para la masa «es cierto que su mera realización en los dos años anteriores no conlleva *per se* que sea rescindible. Pero aparte de que el elemento temporal en este caso sí es muy significativo, puesto que la operación se realizó tres días antes de la solicitud de concurso, no es la razón decisiva por la que la Audiencia confirmó su rescisión, sino que lo determinante es que la deudora se desprendió de unos activos (los créditos) sin contrapartida suficiente, lo que redundaba en el sacrificio patrimonial injustificado que constituye el perjuicio. Conforme a lo expuesto anteriormente, fuera de las presunciones legales (art. 71.4 LC), habrá perjuicio para la masa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto impugnado, la composición de la masa activa tendría un mayor valor». Por lo que según estos parámetros, en este caso la cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas resulta perjudicial para la masa, porque el deudor cumplió una obligación vencida y exigible por un medio de pago que no fue el inicialmente pactado e inusual en su tráfico ordinario, lo que supuso a un tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. Además, cuando se realizó la operación la deudora ya estaba en situación de insolvencia y la cesión puso de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros. En consecuencia, este segundo submotivo de casación debe ser desestimado.

¹⁸³ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 15 de octubre de 2012 (JUR 2013/84075).

(art. 517.1.4 de la LEC)»¹⁸⁴. En este contexto, frente a quienes consideran que no es posible la rescisión por el efecto de la cosa juzgada, la mayoría de la doctrina señala que la transacción judicial que ponga fin al proceso puede ser objeto de rescisión concursal cuando causa perjuicio¹⁸⁵.

En cuanto a la provisión de fondos o el pago de honorarios a favor del letrado de la concursada para determinar el carácter perjudicial de tal provisión o pagos para la masa activa, resulta necesario tener en cuenta la cuantía de los mismos, su relación con los servicios que se presta y, asimismo, la complejidad del asunto que se remunera. Ciertamente, la provisión de fondos en sí no es perjudicial, lo es si la misma o el pago de honorarios resultan excesivos en relación con los servicios que se prestan¹⁸⁶.

Por su parte, el acuerdo de Junta por el que se acuerda el reparto de dividendos implica un acto de disposición que puede ser perjudicial para la masa activa, en cuanto reconoce un derecho a favor de determinados socios que supone un sacrificio patrimonial para la sociedad¹⁸⁷. Tal acuerdo, además, le viene a conceder un derecho a los socios frente a la sociedad.

En relación con las garantías, como analizamos, habrá que determinar si se han prestado para garantizar un negocio jurídico propio del deudor o para garantizar una deuda ajena y, si se trata de un acto de constitución de una garantía, de la sustitución de otra, o de la superposición de garantías o sobregarantías¹⁸⁸.

¹⁸⁴ SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1171.

¹⁸⁵ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 226. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 15 de junio de 2015 (JUR 2015/175723), relativa a la rescisión del acuerdo transaccional suscrito por la concursada con una tercera empresa.

¹⁸⁶ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6802). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, de 9 de marzo de 2011 (JUR 2011/242580), sobre honorarios de abogados para la preparación del concurso abonados quince días antes de la declaración de concurso; cobro anticipado y extracontractual perjudicial para la masa activa; y de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 18 de enero de 2012 (JUR 2012/78047), relativa a la entrega de una cantidad a abogado en concepto de provisión de fondos por los honorarios y gastos que se deriven del procedimiento concursal, que defendió la existencia de perjuicio para la masa activa; y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil A Coruña, número 1, de 2 de octubre de 2013 (JUR 2014/9267), sobre rescisión del pago de facturas por servicios de asesoría y abogacía.

¹⁸⁷ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2014 (RJ 2014/4590); de 1 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6154); y de 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015/1201); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 6 de marzo de 2013 (JUR 2013/171450).

¹⁸⁸ CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *op. cit.*, pp. 395-396, señala que «(...) las sobregarantías no causan, pues, un perjuicio directo a la masa del concurso, pues, en un mundo sin costes de realización de los derechos, al resto de los acreedores les hubiera dado efectivamente igual que el bien afecto a la garantía fuera de un valor u otro en proporción al crédito. Más en una consideración realista, en la que no pueden dejarse fuera de consi-

De todas formas, la rescisión de un negocio determina la extinción de la garantía, aun cuando no haya sido impugnada, dado el carácter accesorio de la misma. Pero puede que se rescinda la garantía, lo que no comporta la del negocio jurídico principal garantizado, salvo que también se solicite expresamente su rescisión; todo ello, sin perjuicio de la propia naturaleza de las garantías contextuales.

Finalmente, la no interposición de un recurso contra una resolución desfavorable para los intereses del deudor, posibilitando que aquélla sea firme, puede, igualmente, suponer un perjuicio para la masa¹⁸⁹.

IV. ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS EXCLUIDOS DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

El régimen legal de la acción rescisoria resulta de aplicación a todos los actos de disposición del concursado realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuando causen un perjuicio a la masa activa, el cual, en algunos supuestos, se presume. Si bien, este régimen general está sujeto a excepciones legales, que, o bien suponen la exclusión total de determinados actos o negocios de disposición de la rescisión concursal, o bien suponen la exigencia de requisitos adicionales para el ejercicio de la acciones rescisoria concursal.

Por tanto, los actos de disposición inmunes a la rescisión concursal son, por un lado, los contenidos en los tres apartados del artículo 71.5 de la LC, esto es, en primer lugar, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; y en segundo lugar, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, a los que hace referencia la Disposición Adicional 2.^a1 de la Ley Concursal¹⁹⁰; y, en tercer lugar, las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor de

deración los costes efectivos de la realización de la garantía, la sobregarantía comporta un claro perjuicio para los acreedores. Pues inevitablemente el bien va a ser realizado o adjudicado por un valor sensiblemente menor a su precio real, y la circunstancia de que un bien haya quedado gravado en garantía de un crédito notablemente menor que su valor habrá supuesto que se habrá perdido una cantidad de valor, que no podrá ser recuperado por el concurso. Mas esto es, como se aprecia, una cuestión de hecho». Y añade «si la sobregarantía ha sido realizada antes del concurso, la rescisión procederá en función de los resultados de la enajenación forzosa. Si no se ha completado la ejecución, o no se ha iniciado, la administración del concurso acabará conduciendo o participando en el proceso de ejecución (art. 57 LC). Esta participación, empero, no es decisiva para excluir que la sobregarantía haya supuesto de hecho un perjuicio para la masa».

¹⁸⁹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013/367).

¹⁹⁰ De la legislación especial hemos de destacar los artículos 11, 13, 14, y 15 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre Sistemas de Pagos y de Liquidación de Valores.

FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación¹⁹¹; y, por otro lado, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el artículo 71 bis de la LC.

Fuera del ámbito de la Ley Concursal, algunas leyes especiales regulan determinados actos de disposición que, aunque no están excluidos de la rescisión concursal, se condiciona el ejercicio de esta acción en el supuesto de que el disponente sea declarado en concurso a la concurrencia de algún requisito adicional, como el fraude, tal como ocurre en los acuerdos de compensación y las garantías financieras (arts. 15.5 y 16.3 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo; y las hipotecas y participaciones hipotecarias (arts. 10 y 15 de la Ley del Mercado Hipotecario)¹⁹².

Asimismo, precisa ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español, op. cit.*, p. 350, que «desde el punto de vista de las acciones de reintegración, lo decisivo es que se trate de operaciones relativas a los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores, la naturaleza del sujeto que participa en la operación como comprador, vendedor, etc.; que se trate o no de una empresa de servicios de inversión, o de una entidad adherida al sistema, es irrelevante».

¹⁹¹ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, número 1, de 30 de julio de 2010 (JUR 2010/347233).

¹⁹² Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2012 (RJ 2012/6858); de 26 de junio de 2012 (RJ 2012/9319; y de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/3812); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 5 de abril de 2013 (JUR 2013/178266).

El artículo 15 de la LMH permite a las entidades de crédito a las que se refiere el artículo 2 de la LMH la emisión de participaciones hipotecarias, y puede ser objeto de rescisión concursal tal emisión cuando la administración concursal prueba la existencia de fraude en la emisión. Al respecto, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/3812). Por su parte, en relación con la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2016 (JUR 2016/261861) señala que: «(...) el artículo 47 LME regula el régimen de impugnaciones de la fusión, y por extensión de todas las modificaciones estructurales traslativas, también de la escisión parcial. No hay duda de que el precepto pretende restringir al máximo la posibilidad de que, una vez inscrita la fusión, o en este caso la escisión, pueda instarse su ineficacia. De este modo, si integramos los dos primeros apartados del art. 47 LME, es posible concluir que el efecto sanatorio de la inscripción registral de la fusión (y por extensión de cualquier modificación estructural traslativa) no es total, ya que no alcanza a la infracción del procedimiento previsto en la propia LME para su validez. La nulidad sólo podrá fundarse en la infracción de las normas legales para la realización de cada concreta modificación estructural, y además debe ejercitarse en un breve lapso de tiempo, pues está sujeta a un plazo de caducidad de tres meses, contados desde que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad, que cuando menos coincidirá con la publicidad registral derivada de la inscripción. Evidentes razones de seguridad jurídica son las que justifican este restrictivo régimen legal de impugnaciones, que deja a salvo el derecho de los socios y de los terceros al resarcimiento de daños y perjuicios. Se trata de garantizar que tras los tres meses de su inscripción, no pueda instarse la ineficacia de una modificación estructural traslativa. Esta previsión afecta a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural, no sólo la nulidad, sino también la rescisión concursal, que, como hemos expuesto, legalmente conlleva la nulidad del acto objeto de rescisión (art. 73.1 LC). De hecho, el art. 47.1 LME emplea el término «impugnación», que es más amplio que el de nulidad, para abarcar cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural una vez inscrita en el Registro Mercantil». Lo cierto es que «en la propia

Y a ellos hemos de añadir los supuestos de irreinvidicabilidad de que gocen determinados bienes (vía art. 34 de la Ley Hipotecaria), atendiendo a la buena fe del tercero subadquirente (cuando así se declare) o la protección derivada de la publicidad registral (art. 72.2 de la LC), tal y como señala la jurisprudencia en numerosas sentencias al decir que *«la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el concursado, sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, al que se le aplica el principio de fe pública registral»*¹⁹³.

1. Actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales

Según dispone el artículo 71.5.1 de la LC, no pueden ser objeto de impugnación los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, entendiendo por acto ordinario *«aquel que se encuentra comprendido en la propia actividad profesional o empresarial, y que no puede consistir en un acto de gestión extraordinaria de tal actividad (por*

Ley Concursal conocemos casos que, por distintas razones, se excluyen de la rescisión concursal. Por ejemplo los previstos en el apartado 5 del art. 71, así como los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis, siempre que reúnan los requisitos previstos en este precepto (art. 72.2 LC), y los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente de la Disposición Adicional 4ª LC. Es cierto que en estos casos hay una expresa mención a la rescisión concursal, pero ello tiene sentido que sea así, pues en todos esos supuestos se excluye sólo la acción rescisoria concursal, y no el resto de acciones de impugnación, como la nulidad. La justificación de que baste la mención contenida en el art. 47.1 LME a la inimpugnabilidad de la fusión inscrita en el Registro Mercantil, y por ende de cualquier modificación estructural, radica en que en este caso la exclusión legal afecta a «todas» las acciones de impugnación que conlleven la ineficacia de la operación, salvo la nulidad basada en el incumplimiento de los requisitos legales, que además deberá ejercitarse en un breve plazo de tiempo, tres meses. Por esta razón, el art. 47.1 LME no menciona expresamente la rescisión concursal, como tampoco otras acciones de ineficacia, que deben entenderse igualmente excluidas. En este sentido, la Ley de Modificaciones Estructurales es una norma especial, respecto de la normativa general o sectorial que regula la ineficacia de los negocios jurídicos, tanto fuera como dentro del concurso de acreedores. En consecuencia, debemos concluir que no yerra el tribunal de instancia al afirmar que la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal». No obstante, «el propio art. 47.1 LM, después de declarar la inimpugnabilidad de la fusión o de cualquier otra modificación estructural traslativa, una vez inscrita en el registro mercantil, deja a salvo «los derechos de los socios y de los terceros, al resarcimiento de los daños y perjuicios causados»». Por lo que no procede la acción rescisoria concursal que, pretende la reintegración de inmuebles transmitidos de la rama de la actividad objeto de escisión parcial a favor de la sociedad beneficiaria. Además, no cabría ejercitar, en un caso como el presente, una acción rescisoria concursal que afectara sólo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión. La transmisión de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, de la que no puede disociarse para su impugnación., pues, precisamente lo que impide ejercitar la rescisión concursal únicamente respecto de la aportación de los inmuebles es que este traslado de activos no es un acto distinto de la propia escisión.

¹⁹³ En este sentido, las sentencias de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993/1793), de 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6647); de 28 de octubre de 1996 y de 14 de junio de 2000 (RJ 2000/5286).

ejemplo, la transmisión de un establecimiento); o en un acto extraño a la misma como actos ordinarios propios de la economía personal y familiar del deudor común»; o, como señala CRESPO ALLUÉ, «los actos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional, es decir, todos aquellos de carácter impositivo, laboral, suministros y, en general, los de mantenimiento ordinario, sin cuya realización se paralizaría en un corto período de tiempo la actividad productiva de la empresa»¹⁹⁴; y por condiciones normales, las que se corresponden con la manera habitual de llevar a cabo este tipo de actos ordinarios¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al art. 70 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1397. Para LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Las acciones de reintegración en la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 187, «el legislador está pensando en aquellas operaciones propias del tráfico del concursado que sean corrientes u ordinarias, y que, por tanto, resulten ineludibles para el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (vgr., pago de sueldos y salarios, pagos de suministros de luz, agua, gas, teléfono, compras efectuadas a los proveedores, cobros realizados...)».

¹⁹⁵ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario al art. 71 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 1313-1314; para GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4130, «es obvia la imprecisión sobre cuándo un acto reúne estas cualidades, aunque es razonable creer que la excepción no debe ir más allá de los actos usuales del ejercicio de la profesión o empresa en condiciones en que normalmente se ejercita. En suma, es razonable inclinarse por una interpretación sumamente restrictiva de la norma si se quiere que el sistema legal de rescisión de actos perjudiciales a la masa tenga alguna eficacia». Por su parte, para QUINTANA CARLO, I.: «Las exclusiones legales de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2009, p. 157, «la normalidad debe apreciarse desde un punto de vista económico; más concretamente habrá que enjuiciar si el acto de que se trata se corresponde con la manera de llevar a cabo este tipo de actos (en función de sus características especiales: objeto, volumen, coste, condiciones etc.), y comparándolo con otros similares llevados a cabo por el propio deudor y con los usos del sector del tráfico en el que el deudor se desenvuelve. Y todo ello con independencia de quien haya sido la contraparte». Por último, señala que «la normalidad de las condiciones debe referirse, como es lógico, al momento de efectuar la operación».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 7 de mayo de 2009 (AC 2009/1161), en su Fundamento de Derecho 2.º, señala que «por «actos ordinarios» podemos entender los propios de giro o tráfico del deudor concursado, así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2009. En este sentido, podemos admitir que el pago a un proveedor de un crédito vencido y exigible puede considerarse un acto ordinario. Cuestión diversa es que ese pago se haya hecho en «condiciones normales». Por otra parte, el concepto de «normalidad» no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión. Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocios». Vid., asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander, número 10, de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007/368545); y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 10 de diciembre de 2007 (AC 2008/464), por actos ordinarios ha de entenderse «aquel

La Ley Concursal exige una doble condición para que opere la exclusión: 1. Que el acto sea ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor; y 2. Que, además, se haya realizado en condiciones normales. Como señala SANCHE GARGALLO, «*se pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habría realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que, por tanto, no podría evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor*». Y, asimismo, «*se trata de garantizar sobre todo frente a terceros que la actividad ordinaria del deudor nunca será objeto de rescisión, pues, de otro modo, la previsión o simple sospecha de insolvencia o la dificultad económica de una empresa o profesional daría lugar a que nadie demandara de él los servicios o productos que constituyen el objeto de su actividad empresarial o profesional*»¹⁹⁶.

Lo cierto es que son actos ordinarios que garantizan la continuidad de la empresa o la actividad profesional del deudor, que sería difícil que fueran perjudiciales y que se pudiera, por ende, probar el perjuicio por parte de la administración concursal; de ahí lo razonable de su exclusión. Ahora bien, se trata de actos ordinarios vinculados a la actividad empresarial o profesional del deudor concursado; por tanto, otros actos como el pago de suministros de la vivienda familiar, colegio de los hijos, cuotas de la comunidad o la renta del contrato de arrendamiento de vivienda no quedan amparados por esta exclusión. Por ello, hay voces que demandan una necesaria reforma de la Ley que extienda la aplicación a estos supuestos que no dejan de ser pagos debidos exigibles y ordinarios¹⁹⁷. Ahora bien,

conjunto de actividades cuya constante repetición viene a conformar el objeto social de una sociedad».

¹⁹⁶ SANCHE GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, pp. 1188-1189.

¹⁹⁷ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, pp. 280-281, que demanda la aplicación de esta exclusión a los actos de concursados personas físicas, sin perjuicio de considerar posible, mientras tanto, una interpretación extensiva que incluya también los actos de personas físicas; SANCHE GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1189; CUENCA CASAS, M.: «Rescisión y derecho de familia», *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19-21 de abril de 2012*, BELTRÁN, Emilio y Enrique SANJUÁN, Enrique (directores), Civitas Thomson Reuters, Navarra 2012, p. 290, que defiende también una interpretación extensiva a tales supuestos precisando al respecto que: «*De nuevo olvida el legislador que la LC es también aplicable al concurso del consumidor persona física que puede no realizar una actividad profesional o empresarial y, por tanto, no le sería de aplicación literalmente interpretado el art. 71.5.1 de la LC, que exceptiona la rescindibilidad de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales*». Se pregunta: «¿Qué sucede con el pago de deudas derivadas de la potestad doméstica que cubren las necesidades ordinarias de la familia? El pago de la deuda del supermercado, el colegio de los niños, la empleada del hogar..., ¿serían rescindibles con base en esta doctrina del concepto amplio de perjuicio que considera que el pago de una deuda vencida e incluso exigible realizada en los dos años anteriores a la declaración del concurso vulnera la distribución igualitaria?». A lo que responde: «*De nuevo se evidencian las disfunciones de aplicación de la LC a todo tipo de insolvencias cuando sólo está pensando en una: la societaria*». Por lo que entiende que «*es preciso hacer una interpretación extensiva de esta norma, no siendo rescindibles los actos realizada por el deudor persona física concursado que tengan*

aunque la Ley se refiere a actos, en dicha expresión se comprenden todos los pagos y negocios jurídicos que realice el deudor concursado¹⁹⁸.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2012¹⁹⁹, que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el artículo 878.II del CCom, que, a partir de un determinado momento, excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituirían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían *«los negocios que por sus características económicas san de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de las empresas»* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 28 de octubre de 1996). Por lo que, como añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 10 de julio de 2013²⁰⁰, *«para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que,*

carácter ordinario, para cubrir sus necesidades ordinarias domésticas siempre que se haya llevado a cabo en condiciones normales».

¹⁹⁸ SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1190, quien precisa, además, que, en caso de sociedades, *«la actividad empresarial no sólo vendrá determinada por lo descrito en sus estatutos al establecer el objeto social, sino que habrá de completarlo con la actividad que realmente realice la empresa. Y en caso de actividad profesional, sobre todo, cuando se trate de personas naturales, habrá que atender a la titulación profesional, pero también al ejercicio efectivo de esa profesión»*.

¹⁹⁹ RJ 2013/373.

²⁰⁰ RJ 2013/4998. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015/2678), que dispone al respecto que *«el art. 71.5 de la LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concursos que no forman parte de su giro y tráfico ordinario, se había realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no y que, por tanto, no podía evitarse, a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor»*; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2016 (RJ 2016/3199); y la sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 13 de diciembre de 2013 (AC 2013/2370), que señala que no es impugnabile aquel acto del deudor que, aunque cause un perjuicio a la masa activa, cumpla estas dos condiciones: ser un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor y haber sido realizado en condiciones de mercado; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 18 de mayo de 2016 (JUR 2016/118309), que precisa al respecto que *«entre ellos se comprende en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado, así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria»*. Asimismo añade que *«si bien esta norma parece operar como límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, en principio, tales actos normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, ha posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos»*.

en consideración de conjunto, tengan unas características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues responden a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere». Ahora bien, «la determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial». Es preciso «además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales». En fin, «la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales de mercado, pues no presentan ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse».

2. Actos realizados bajo sistemas de pago y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados

El artículo 71.5.2 de la LC excluye expresamente de la rescisión concursal *«los actos comprendidos en el ámbito de leyes reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados»*. Se trata de actos de disposición realizados por el deudor participante en uno de estos sistemas. Son tanto transferencias de fondos y valores como las compensaciones y las garantías constituidas por el participante que es posteriormente declarado en concurso²⁰¹. Ahora bien, como precisa SANCHO GARGALLO, las transferencias de fondos y valores y compensaciones no sólo no pueden ser objeto de rescisión

²⁰¹ El artículo 9 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación, entiende por compensación *«la sustitución, de conformidad con las normas de funcionamiento de un sistema, de los derechos y obligaciones derivados de las órdenes de transferencia aceptadas por el mismo, por un único crédito o por una única obligación, de modo que sólo sea exigible dicho crédito u obligación netos»*. Y el artículo 10 de la citada Ley considera transferencia de fondos y valores: *«a) poner una cantidad de dinero a disposición de un destinatario final, o asumir o cancelar una obligación de pago, tal y como se defina en las normas de un sistema, siempre que las instrucciones se cursen para su ejecución mediante un asiento en las cuentas de un participante, en un Banco Central o en una entidad de crédito; y, b) transmitir la propiedad o cualquier otro derecho sobre uno o varios valores o productos financieros derivados, mediante la anotación en un registro o de otro modo que acredite la transmisión»*.

conforme al artículo 71 de la LC, sino que tampoco puedan ser impugnados o anulados por otro motivo *«como pudieran ser la nulidad por ilicitud de causa o la acción paulina. Por lo que el acto deviene inimpugnable, tanto en el ámbito concursal como en el extraconcursal»*²⁰².

3. Garantía a favor de los créditos de derecho público y a favor de FOGASA

El legislador, con relación a los créditos públicos, ha concretado la tendencia favorable al reforzamiento de los privilegios ya existentes para ciertos créditos. Hay que entender incluidas en esta excepción tanto la constitución de garantías reales como personales por parte del concursado a favor de un crédito público.

No obstante, con relación a estas excepciones al sistema de reintegración que establece la legislación concursal, se plantea SÁNCHEZ-CALERO *«si su fundamento radica en la asunción de que afectan a actos en los que el legislador descarte un perjuicio para el patrimonio del deudor (la masa activa del ulterior concurso) o si, más allá de cuál fuera su incidencia sobre aquel patrimonio, su realización se corresponde con intereses vinculados con la actividad del deudor merecedores de especial consideración»*, concluyendo el autor —con el que coincidimos— que este último criterio es el que parece inspirar la modificación relativa a las garantías de créditos públicos o los del Fondo de Garantía Salarial²⁰³.

4. Acuerdos de refinanciación

En cuanto a los acuerdos de refinanciación —denominados por PULGAR EZQUERRA «escudos protectores», sobre la base del modelo italiano de los *Accordi di Risanamento* (art. 67.3 *Legge Fallimentare* italiana)—²⁰⁴, el art. 71 bis de la

²⁰² SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1193.

²⁰³ SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Refinanciación y reintegración concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, número 20, mayo 2010 (2), p. 21. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 24 de febrero de 2014 (AC 2014/919).

²⁰⁴ PULGAR EZQUERRA, J.: «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreesimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RD-L 3/2009», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 11, 2009, p. 47.

Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Refinanciación y reintegración concursal», *op. cit.*, p. 22, señala que *«tales acuerdos son los que se hubieren alcanzado para proceder bien a la ampliación significativa del crédito disponible, o bien a la modificación de las obligaciones a cargo del deudor»*. En el caso de una persona física o de una pequeña empresa, añade el autor que *«la ampliación significativa del crédito se dará sólo cuando la refinanciación implique un sensible aumento de los fondos disponibles, de manera que el nominal del pasivo refinanciado se incremente en, cuando menos, el 30% con respecto al precedente. Por el contrario, si se piensa en la financiación de una gran empresa o de la sociedad dominante de un gran conglomerado, su pasivo implicará cantidades*

LC excluye de la rescisión prevista en el artículo 71.1 a los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor que cumplan determinados requisitos, así como los negocios, actos y pagos cualquiera que sea su naturaleza y la forma en que se hubieran realizado y las garantías constituidas en ejecución de los mismos. Se considera acuerdos de refinanciación *«los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas»* (artículo 71 bis 1 a)²⁰⁵.

Tales acuerdos, tal como dispone, asimismo, la norma habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo, y cuya elaboración corresponderá al deudor, si bien requerirá la expresa aprobación de los acreedores, como una forma de garantizar que los beneficios concursales que se puedan derivar de este tipo de acuerdos sean asumidos y aceptados por ambas partes, sin perjuicio de que el deudor pueda terminar en una situación concursal²⁰⁶. A esto debe añadirse que la Ley requiere que el acuerdo cumpla con los tres requisitos que enuncia el apartado primero, letra b), del citado artículo 71 bis: i) El acuerdo debe suscribirse por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por 100 del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. En el caso de acuerdo de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con

muy considerables y que, además, obligarán a una negociación compleja con una pluralidad de acreedores bancarios. En estos casos, condicionar la existencia de una refinanciación no rescindible a un aumento del crédito disponible pasa por reducir el porcentaje antes señalado».

²⁰⁵ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2014 (RJ 2014/3618); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de diciembre de 2011 (JUR 2012/29319); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 20 de septiembre de 2013 (JUR 2013/384122). Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 16 de octubre de 2015 (JUR 2015/257214), tiene por objeto la rescisión de las 27 hipotecas sobre fincas registrales propiedad de Proles bajo el prisma del artículo 71.3.2 de la LC, como un acto dispositivo a título gratuito.

²⁰⁶ SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Refinanciación y reintegración concursal», *op. cit.*, p. 26, señala que *«el plan de viabilidad es otro concepto empresarial —que aparece en otros preceptos de la LC cuando se trata de la actividad futura del deudor (por ejemplo, en el artículo 100.1 de la LC al tratar de la propuesta anticipada de convenio)— del que depende el nuevo régimen de la refinanciación. Se trata de un concepto que apunta a una proyección hacia el futuro, que deberá concretarse en un documento y sobre cuya significación jurídica no conviene generar expectativas injustificadas».*

los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo; ii) Es necesario que se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante; y, iii) El acuerdo ha de formalizarse en instrumento público al que se habrán de unirse todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores²⁰⁷.

Ahora bien, tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías, conforme a condiciones normales de mercado en el momento de firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. En todo caso, el nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función y dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidades establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas (artículo 71 bis.4 LC).

Por otra parte, tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no cumplan con los requisitos exigidos en el apartado 1 del artículo 71 bis, pero cumplan todas las condiciones, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se haya realizado en ejecución del mismo acuerdo, reseñadas en el apartado 2 del artículo 71 bis, en el momento de suscripción del instrumento público en el que se contengan tales acuerdos de

²⁰⁷ Supone la posibilidad de pólizas notariales que evitan la exigencia más complicada de la unidad de acto. En ese sentido simplificador, manifiesta PIÑEL LÓPEZ, E.: «Los requisitos de la refinanciación para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11/2009, p. 42, que «hay que entender que la exigencia de que se instrumente públicamente debe referirse a los términos generales de la refinanciación, sin perjuicio de que puedan formalizarse separadamente aquellos negocios jurídicos pactados que exijan una determinada instrumentación, la constitución de una hipoteca, la adjudicación o transmisión de un inmueble, todo ello para evitar que el acuerdo de refinanciación se convierta en un documento interminable». Esta separación, añade, «parece contemplada en el antes aludido apartado 1 de la disposición adicional cuarta cuando se refiere a los negocios, actos y pagos realizados en ejecución de tales acuerdos».

refinanciación²⁰⁸.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el apartado trece de la Disposición Adicional cuarta de la LC, tampoco serán objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente²⁰⁹.

Respecto a la legitimación para rescindir tales acuerdos, se establece expresamente que sólo está legitimada para impugnar los acuerdos de refinanciación que no cumplan con los requisitos establecidos normativamente la administración concursal, lo que significa que el legislador ha prescindido de la legitimación subsidiaria de los acreedores que, de manera general, establece el artículo 72.1 para la rescisoria concursal. Está legitimada también la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que pueden plantearse contra los acuerdos de refinanciación (artículo 72.2 de la Ley Concursal)²¹⁰.

Ahora bien, considerando muy positiva la regulación de los acuerdos de refinanciación preconcursal, señala PULGAR EZQUERRA que, en la valoración del perjuicio en el momento en que se toma la decisión de refinanciar, incidirá de manera relevante el tipo de crisis económica subyacente a la refinanciación. De forma que, *«si la crisis era estructural en el momento que se opta por la refinanciación, ésta perjudicó claramente a la masa activa, pues no constituyó más que*

²⁰⁸ Han de ser actos que: a) Incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa; b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente; c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviese con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición Adicional cuarta; d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

²⁰⁹ Vid. las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de León, número 1, de 21 de marzo de 2012 (AC 2012/903), relativo a la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, existiendo acuerdo informado favorablemente por experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor; y del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, número 2, de 6 de abril de 2016 (JUR 2016/75878), sobre un acuerdo de refinanciación homologado. Se enmarca en un plan de viabilidad que prevé la continuidad de la actividad empresarial de los deudores durante cinco años. Suscripción del acuerdo por un número suficiente de acreedores.

²¹⁰ Cree, sin embargo, MARTÍN REYES, M.^a Á.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Ponso, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 189-190, entiende que *«la limitación establecida no es excluyente de la posibilidad de ejercicio de acciones en defensa de sus propios derechos por la minoría de acreedores o por aquel concreto acreedor que considere que se han vulnerado sus intereses»*.

una «huida hacia delante» en la que la entidad financiera que refinancia se garantizó mediante constitución de hipoteca una situación de privilegio frente a otros acreedores». Sin embargo, si en el momento en que se opta por refinanciar la crisis es meramente operativa, manifiesta al respecto que «difícilmente se podrá probar que la refinanciación, aunque proporciona al financiador posición privilegiada frente a otros acreedores, fue perjudicial para la masa activa». Por tanto, concluye que «será necesario analizar caso por caso, en relación al deudor; el rango de la garantía y los bienes sobre los que recae y, en relación al acreedor; la calidad de la deuda que se refinancia y las posibilidades de cobro, de lo que se puede derivar que, en ocasiones, una refinanciación, lejos de perjudicar a la masa, la beneficia (por ejemplo, si la entidad financiera acreedora tenía título ejecutivo y en virtud de la refinanciación renuncia a una rápida ejecución sobre bienes libres del deudor y opta por un aplazamiento, aunque se acompañe de constitución de nuevas garantías o si se refinancia en condiciones más ventajosas respecto al tipo de interés)»²¹¹.

En todo caso, junto a estas refinanciaciones preconcursales extrajudiciales, están las refinanciaciones concursales sustanciadas y alcanzadas dentro del concurso ya declarado como contenido de un convenio propuesto anticipadamente (arts. 104-110 de la Ley Concursal), o de manera ordinaria (arts. 111 y siguientes de la ley Concursal), y no sometidas a la rescisión concursal por haber sido formalizadas en el seno de un concurso de acreedores.

Por otra parte, hay que señalar que los acuerdos extrajudiciales de pago no serán rescindibles si cumplen los requisitos contenidos en el Título X de la Ley Concursal.

Finalmente conviene señalar, por una parte, que como consecuencia del convenio cesan todos los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos, en su caso, por los que se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (artículo 133.2 de la LC); y respecto de las acciones rescisorias instadas antes de la aprobación del convenio, precisa el citado artículo 133, en su apartado 3, que *«no obstante su cese (concurso), los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme»*; y, por otro, que no procede la acción rescisoria frente a los actos realizados por el deudor en fase de convenio, cuando una vez incumplido éste se abre la fase de liquidación. Lo cierto es que la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no es jurídica o técnicamente una «nueva declaración de concurso», sino un supuesto de apertura de la liquidación

²¹¹ PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *op. cit.*, p. 4.

de un concurso que ya fue declarado y que no concluyó con la aprobación del convenio, por más que desde ese momento cesen —temporalmente— los efectos del concurso y el deudor pueda desenvolverse sin limitaciones, a salvo las que le imponga el convenio. Ahora bien, en cuanto a los actos realizados por el deudor entre el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, no hay propiamente laguna legal que deba ser integrada mediante la aplicación analógica (artículo 4.1 del CC) del artículo 71.1 de la LC, pues tales actos podrán ser objeto de las acciones de impugnación previstas en el régimen general o común, a las que expresamente alude el apartado 6 del artículo 71, o en su caso, del tratamiento y efectos que resulten procedente en la sección de calificación²¹².

V. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN CONCURSAL

En caso de que la sentencia sea estimatoria, se declara ineficaz el acto impugnado y se condena a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (artículo 73.1), pues mediante el ejercicio de esta acción se pretende reintegrar la situación patrimonial del deudor al momento inmediatamente anterior a la realización del acto, resultando inmunes los acreedores concursales respecto de las consecuencias dañosas que para sus intereses se hayan podido derivar de los actos que se rescinden²¹³. Se trata de una ineficacia *ex nunc* que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos²¹⁴. Por tanto, la declaración de ineficacia del acto tiene como consecuencia fundamental la obligación de las partes de la restitución de las respectivas prestaciones²¹⁵.

El tercero (adquirente o parte que contrató con el deudor concursado) queda obligado a reintegrar a la masa aquello que hubiera recibido del deudor y, asimis-

²¹² Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 2 de julio de 2014 (AC 2014/1469); y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona (Navarra), número 3, de 17 de noviembre de 2014 (JUR 2015/77690).

²¹³ LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1330.

Vid., asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 26 de septiembre de 2007 (AC 2008/372).

²¹⁴ SANCHO GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1211; CURIEL LORENTE, F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014, p. 216. Sin embargo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 8, de 8 de febrero de 2012 (JUR 2012/390405), señala que la ineficacia del acto atacado por la reintegración tiene eficacia *ex tunc*. Se retrotraen las consecuencias al momento de perfección del acto o contrato.

²¹⁵ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 10 de enero de 2008 (JUR 2008/139194); y de la misma Audiencia y sección, de 15 de enero de 2008 (JUR 2008/139085); y de 17 de enero de 2008 (JUR 2008/138996).

mo, tiene derecho a exigir de éste la entrega de todo aquello que hubiera recibido, siempre que estemos ante un acto a título oneroso (contratos sinalagmáticos en que la restitución opera en los términos establecidos en los arts. 1303, 1304 y 1308 del CC), que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes objeto del acto rescindido²¹⁶. Deberán restituirse los bienes o derechos que le hubiera dado el deudor, en las mismas condiciones en que fueron recibidos; y, en consecuencia, a reintegrar el elemento patrimonial con todos sus accesorios. Habrán de entregarse también los frutos que en su caso se hubiesen producido o los intereses generados (solución que coincide con la prevista con carácter general en el artículo 1295.1 inciso primero del CC). Y, respecto de las mejoras y los incrementos de valor que se hayan producido por la naturaleza o por el tiempo, son para la masa (artículo 456 del CC).

Ahora bien, esta ineficacia del acto o negocio objeto de rescisión opera en un doble ámbito: por un lado, frente a quien fue parte del negocio con el deudor concursado o adjudicatario de los bienes o derechos enajenados dentro del período sospechoso —adquirente del concursado—; y, por otro lado, el subadquirente o sucesivos subadquirentes (quienes contrataron con el adquirente del concursado); si bien, en este caso se requiere la ausencia de buena fe por parte de éstos.

Por otra parte, el derecho a la prestación que resulte a favor del tercero-demandado como consecuencia de la rescisión, en los términos apuntados, tendrá la consideración de crédito contra la masa (artículo 84.2.8 LC), que habrá de satisfacerse por la administración simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido²¹⁷, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considera crédito concursal subordinado (artículos 73.2 y 3 de la LC y 92.6 del mismo texto legal)²¹⁸. Esta referencia a la consi-

²¹⁶ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 9, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2008/350833) sobre el derecho de restitución del precio abonado como crédito contra la masa, sin que puedan incluirse los gastos derivados de la compraventa (notariales, registrales e impuestos), reservándose las acciones procedentes para que pudiera, en su caso, reclamarlo ante la persona y organismo que los cobró; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5565).

²¹⁷ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4.ª, de 25 de febrero de 2009 (JUR 2009/322912), calificación del crédito como ordinario, frente al que no procede reducción por compensación.

²¹⁸ Para GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 4133, estamos ante una excepción del régimen de simultaneidad en las contraprestaciones. Asimismo, precisa que de todo el conjunto de normas que la Ley Concursal dedica a la acción rescisoria concursal, la mala fe es actuar dolosamente o con culpa grave en el acto rescindido, conociendo, por tanto, o debiendo conocer sin pesquisas anormales la situación de insolvencia —o su agravamiento— en que se coloca la otra parte.

Crítica con la modalización de los efectos de la acción, en lo que se refiere al crédito de quien contrató con el concursado en atención a la mala o buena fe de éste, se expresa VARGAS BENJUMEA, I.: *La acción de reintegración concursal*, *op. cit.*, p. 84, quien considera que «se debería haber dado un paso más en lo que a la objetivación de la acción se refiere y haber hablado del conocimiento o

deración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea. Por ello, mientras no se satisfaga esta contraprestación por parte de la Administración concursal, la contraparte no estará obligada a entregar la suya, y viceversa; y asimismo, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permitirá reclamar su satisfacción inmediatamente y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los artículos 48.3 y 154 de la LC, todo ello derivado, como hemos señalado, de la exigencia de satisfacción simultánea prevista en el artículo 73.3 de la LC. En todo caso, como precisa acertadamente SANCHEZ GARGALLO, esta naturaleza de crédito contra la masa y el derecho a recibir de la contraria simultáneamente su contraprestación a la restitución, opera también cuando se trata de un negocio a título oneroso con persona especialmente relacionada con el deudor concursado *«aunque los créditos que ostenten estas personas sólo si fueran concursales serían créditos subordinados, según lo dispuesto en el artículo 92.5 de la LC»*²¹⁹.

Como hemos indicado, para el caso que la contraparte —el adquirente— del deudor concursado hubiera actuado de mala fe, excepcionalmente el artículo 73.3 de la LC lo transforma en concursal, y dentro de éste, en la categoría de subordinado (artículo 92.6 de la LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio²²⁰.

no del perjuicio, que el acto causa para la masa activa, de tal modo que si este adquirente, que contrató con el concursado, no conocía el perjuicio que causaba se admitiera la reciprocidad de las contraprestaciones y si conocía o pudo conocer el perjuicio que causaba, en los mismos términos exigidos para la prosperidad de la acción revocatoria o pauliana, su crédito se convirtiera en subordinado».

Por su parte, como apunta RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 393, la calificación como crédito concursal subordinado *«comporta importantes consecuencias derivadas de la propia calificación, como carecer de voto en la Junta de Acreedores convocada para la aprobación del convenio (artículo 122), quedar afectado por las quitas y esperas establecidas en el convenio para los acreedores ordinarios, con la particularidad de que los plazos de espera se computan a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto a los acreedores ordinarios (artículo 134), y que en la fase de liquidación sus créditos no se pagan hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios (artículo 158), y, además por el orden establecido en el artículo 92, respecto al cual ocupan el último lugar».*

²¹⁹ SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1218.

²²⁰ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2010 (RJ 2010/5597), y de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010/7608); las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 3, de 20 de junio de 2005 (JUR 2006/299861); del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 9, de 25 de julio de 2005 (AC 2005/1551); del Juzgado de lo Mercantil de Santander, número 10, de 18 de octubre de 2006 (AC 2007/1905); del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, número 1, de 26 de febrero de 2007 (AC 2008/391); del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 1, de 21 de mayo de 2007 (AC 2008/1603); y del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, número 1, de 18 de octubre de 2007 (JUR 2008/357104); la sentencia de la Audiencia

Ahora bien, la mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación. Lo cierto es que el citado artículo 73.3 de la LC, cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de la proximidad a la insolvencia del deudor, así como los efectos perjudiciales que la eventual transmisión puede causar a los acreedores. Así ha entendido la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo «*no requiere la intención de dañar*», sino «*la conciencia de que se afectará negativamente —perjuicio— a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos*», y «*se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta de acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico*»²²¹. En principio, una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación del crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito. La discrecionalidad judicial alcanza a la apreciación de la mala fe en la conducta de quien contrató con la concursada, pero no permite mitigar el rigor de la sanción de subordinación, pues la dicción del artículo 73.3 de la LC no lo admite, ya que se refiere a la totalidad del crédito afectado por derecho a la restitución, sin que pueda valorarse otra circunstancia o criterio que no sea la mala fe. Aunque la acreditación de ésta será muy difícil, se puede presumir y concluir, en todo caso, a través de una prueba indiciaria.

Al adquirente de buena fe que, como hemos expuesto, tiene derecho a que le devuelva aquello que hubiera entregado al deudor en cumplimiento de su obligación, se le deberá de compensar, asimismo, de los gastos necesarios que haya tenido que soportar, salvo los que sean de mero lujo, que podrá retener, siempre que se puedan separar sin daño para la cosa (artículo 454 del CC); respecto de los gastos útiles que se hayan efectuado, tienen derecho a que se los satisfaga o se le entreguen la suma correspondiente al aumento de valor que haya tenido el bien (artículo 453 del CC). En los supuestos de pérdida o deterioro de la cosa, sólo responderá en los casos en que se justifique que ha procedido con dolo (arts. 457 y 1298 del CC).

Como apunta acertadamente RIPOLL OLAZÁBAL²²², la fase de calificación del concurso tiene también alguna incidencia en esta materia. El concurso de acree-

Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 10 de enero de 2008 (JUR 2008/139194); y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, número 4, de 28 de mayo de 2010 (AC 2010/1054) lo consideran como crédito concursal subordinado.

²²¹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 2012 (RJ 2013/913); y de 5 de abril de 2016 (RJ 2016/1240).

²²² RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 394.

dores puede calificarse como fortuito o culpable, y precisamente una de las causas por las que puede declararlo culpable es cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso hubieran salido bienes o derechos fraudulentamente del patrimonio del deudor (artículo 164 de la LC). Asimismo, se consideran cómplices a las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales, y, en el caso de persona jurídica, con sus administradores y liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que determine la calificación del concurso como culpable (artículo 166 de la LC). Sobre tales bases, calificado un concurso como culpable, si al adquirente se le considera cómplice, en la sentencia del concurso, además de declararle como tal, se le sancionará con la pérdida de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o de la masa.

Por otra parte, en el caso de que los bienes y derechos salidos del patrimonio no pudiesen reintegrarse (restitución *in natura*), porque se han consumido o extinguido o por estar en poder de un tercero no demandado, o si conforme la sentencia hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará al deudor a entregar el valor del bien, cuando salió del patrimonio del concursado más el interés legal (y no al que tenía al tiempo de la rescisión)²²³. Para ello habrá que atender al valor del mercado al tiempo de realizarse el acto de disposición, contando con sus cargas y la situación en que se encontraba entonces el bien o derecho²²⁴. Sobre este valor económico se calcula el interés legal devengado desde que se realizó el acto de disposición hasta que se haga efectivo el pago. En el caso que se aprecie mala fe en quien contrató con el concursado²²⁵, el tratamiento normativo de los efectos de estas acciones rescisorias se endurece, pues además de la restitución de la cosa (o, si no es posible de

²²³ A estos supuestos, señala MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa...», *op. cit.*, p. 4235, que «cabe sumar tanto los supuestos en los que el bien o derecho se hubiere consumido, perdido o extinguido, como los casos en los que quien no estuviere en condiciones de efectuar la restitución, aun debiendo hacerlo, no sea la contraparte del concursado, sino su subadquirente». Si bien, a continuación matiza que «a su modo de ver, la regla del artículo 73.2 de la Ley Concursal se basa, como se ha apuntado, en la ulterior transmisión de bienes o derechos, por lo que no debe ser trasladada a los casos en los que la imposibilidad de restitución se deba al consumo, pérdida o extinción del bien o derecho, en los que debe aplicarse el régimen del Derecho común de los artículos 457 y 1295.III del CC».

²²⁴ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 2014 (RJ 2014/2309); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 18 de mayo de 2016 (JUR 2016/118309).

²²⁵ Señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, número 9, de 25 de julio de 2005 (AC 2005/1551), que «ha de considerarse que existe mala fe, si se prueba que quien contrató con el concursado sabía o debía saber (dicho negativamente, no se puede ignorar) cuando realizó tal contratación que el negocio era perjudicial y que se realizó cuando el deudor estaba en situación económica comprometida, por lo que estaba haciendo la contraparte era avenirse a realizar un acto perjudicial para los acreedores».

su valor y el interés legal)²²⁶, se le condena a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa²²⁷. De todas formas, el deber de restitución cuando el condenado no es de buena fe, alcanza no sólo a los intereses y los frutos percibidos, sino también a los que hubiera podido obtener (artículo 455 del CC)²²⁸, además de soportar los riesgos de la pérdida o deterioro de la cosa —aun de los ocasionados por fuerza mayor, cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa—, considerándole como un poseedor de mala fe (artículo 457 del CC)²²⁹. No obstante, tendrá derecho al reintegro de los gastos hechos para la conservación de la cosa (artículo 453 del CC). De todas formas, esta condena sustitutoria se impone de forma automática al constatarse la imposibilidad de cumplimiento *in natura* y no representa una opción que pueda hacer valer la contraparte. En el caso de constitución de una garantía real y de cesión del crédito garantizado a un tercero de buena fe, al no ser posible la extinción de la garantía y su cancelación registral, se ha de optar por el cumplimiento por equivalente y abonar el valor de la garantía al tiempo de constituirse.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar el perjuicio que supone para la contraparte del concursado que el bien o derecho a reintegrar haya incrementado su valor respecto al asignado en el momento de realizar la convención rescindida, pues este aumento de valor no tiene la consideración de fruto, conforme lo dispuesto en el artículo 355 del CC y, además, provoca, en el momento de proceder al reintegro, una disminución del patrimonio de la contraparte, equivalente al aumento de valor producido en el bien respecto del que tenía asignado en el momento en que tuvo lugar la negociación ahora rescindida y, ello, a cambio del precio abonado, más sus intereses legales. En este caso, como cree acertadamente MARTÍN REYES, *«debería contemplarse, en la devolución del precio más su interés, la diferencia entre el valor real, al momento de la realización del contrato rescindido, y el que resulte en el momento del reintegro, a fin de no producir el enriquecimiento injusto, aunque justificado legalmente, de la masa*

²²⁶ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, número 1, de 26 de septiembre de 2007 (AC 2008/372); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2009 (JUR 2009/187097), en la que se determina como efecto de la rescisión ante la actuación de mala fe de la entidad deudora compradora el reintegro del bien a la masa del concurso, o subsidiariamente, el valor de su tasación.

²²⁷ SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1223, precisa que el artículo 73.2 de la LC se refiere a la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa, de forma paralela al artículo 1107.II del CC en caso de incumplimiento doloso de una obligación. Y añade que, ordinariamente, estos daños y perjuicios ocasionados serán económicos y podrán cuantificarse en la diferencia de valor entre lo recibido mediante el pago por equivalente y el valor del bien en la actualidad. Por su parte, CURIEL LORENTE, F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», *op. cit.*, p. 229, señala que comprende el lucro cesante derivado de la imposibilidad de reintegración y que debe estar referido al interés contractual negativo y alcanzar también al mayor valor que hubiera alcanzado el bien al tiempo de ejecutarse la sentencia de rescisión.

²²⁸ Vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/130993).

²²⁹ CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 1424.

patrimonial a costa del que contrató con el concursado de buena fe», si bien, añade que «otra solución, no contemplada, podría haber sido brindar la posibilidad, al que contrató de buena fe con el concursado, de conmutar la devolución del bien o derecho, por su rescate, mediante el abono a la masa del valor real en el momento de la reintegración, a compensar con el precio más sus intereses», pues similar planteamiento, concluye, «se recoge en el artículo 78 de la Ley Concursal, respecto de los bienes reintegrables a la masa por el cónyuge del concursado»²³⁰.

Ahora bien, cuando el objeto de la prestación entregada por el deudor a la contraparte del acto se hubiera transmitido a su vez, la acción rescisoria se puede dirigir al sucesor jurídico (subadquirente), siempre que éste no fuera de buena fe. Éste no es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión concursal, sino la persona que recibe el bien o el derecho de quien había sido contraparte en el acto perjudicial del deudor concursado que es objeto de impugnación.

La declaración de ineficacia de la primera transmisión supone la ineficacia de la segunda y sucesivas transmisiones y determina para el sucesor jurídico —subadquirente—, que ha sido demandado y hubiera operado de mala fe, o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o protección registral, la obligación de entregar al concurso aquello que hubiese salido del patrimonio del deudor, al quedar sin efecto el negocio jurídico de adquisición y sin que tenga ningún derecho frente a la masa del concurso. En todo caso, podrá exigir al primer adquirente que le restituya el precio o la cantidad abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses y frutos percibidos desde entonces. Si, en cambio, ha actuado de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad o protección registral, no tiene obligación de devolver los bienes o de abonar su valor equivalente. De forma que el subadquirente a título oneroso de buena fe (no cómplice en el fraude) goza de la protección registral y será inmune a los efectos de la rescisión del acto adquisitivo realizado por su transmitente, aun siendo declarado perjudicial para la masa (arts. 34 y 37.4 de la Ley Hipotecaria)²³¹. No obstante, conviene precisar que para exigir responsabilidad al subad-

²³⁰ MARTÍN REYES, M.^a Á.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 193.

²³¹ Para un estudio más amplio de los efectos, *vid.* GARCÍA CRUCES, J. A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 366 a 375; PINTO RUIZ, J. J.: «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *op. cit.*, pp. 4314 a 4329; LEÓN SANZ, Fco.: «Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 1330 a 1335; RIPOLL OLAZÁBAL, G.: «Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 391 a 397; GIL RODRÍGUEZ, J.: «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario al artículo 73 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pp. 887 a 900; CURIÉL LORENTE, F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (director), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra 2009, pp. 195 a 222; del mismo autor, «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», 2.^a ed., *op. cit.*, p. 227, donde señala que «siendo la causa de la extinción del derecho del transmitente la sentencia de rescisión, dado su carácter constitutivo,

quirente es necesario demandarlo, pues de lo contrario no podría ser condenado sin incurrir en incongruencia la sentencia, con el consiguiente vicio de nulidad (artículo 218 de la LEC).

Por tanto, la finalidad perseguida por el artículo 73.2 de la Ley Concursal se centra en la protección del subadquirente que no ha sido demandado, o que ha procedido de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, quien no deberá devolver a la masa el bien o derecho adquirido.

Por el contrario, la rescisión del negocio o acto alcanza también a la segunda transmisión cuando: 1. El subadquirente haya sido demandado para restituir el bien o derecho subadquirido; y 2. El subadquirente no hubiera actuado de buena fe, o se viera favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral.

En definitiva, si no se demanda al tercero, o si, pese a tal demanda, actúa de buena fe o goza de irreivindicabilidad o protección registral, no tendrá obligación de devolver los bienes o de abonar su valor equivalente a la masa. Las consecuencias de la rescisión sólo alcanzan a la parte contratante o adquirente, a la que se aplicará lo dispuesto en el artículo 73.2 de la Ley Concursal²³².

No se dice nada en la Ley Concursal sobre los efectos de la acción rescisoria respecto de los sucesivos subadquirentes, si bien existe un cierto consenso en la doctrina en considerar que la acción rescisoria concursal alcanza sólo al adquirente directo del concursado, aunque lo sea a título oneroso y de buena fe y, en consecuencia, no opera frente al primero o sucesivos subadquirentes a título oneroso

la forma específica de constancia registral de la causa de la ineficacia a que hacen referencia los artículos 34 y 37 de la LH es la anotación preventiva de la demanda de rescisión ex artículo 42.1 de la LH, pero, aun sin anotación de demanda, también queda constancia del origen de la acción mediante la anotación de la propia declaración del concurso».

²³² Señala MARTÍN REYES, M.^a Á.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *op. cit.*, p. 195, que, ateniéndonos a la existencia de buena fe, se postula por el legislador un trato indudablemente protector de aquel que no intervino en el acto rescindible, a la vez, que se observa un trato favorable para el que contrató con el deudor insolvente. Y dice esto porque «a cambio del precio más intereses, a devolver como crédito contra la masa, a ésta se le reintegra el valor que tuviera el bien en el momento de la realización del acto objeto de rescisión; de lo que resulta que, si la contraparte, al transmitirlo al subadquirente, lo hizo a precio superior, como es lo probable, no sólo salva su pérdida patrimonial, quedando reintegrado, sino en posición favorecida respecto de aquel otro que conservó en su poder el bien o derecho, incrementado en su valor, y que ha de devolverlo, con disminución efectiva de su patrimonio». En definitiva, concluye la autora, «siempre que llegue a conocerse por la contraparte la situación de desequilibrio financiero del concursado, para salvar su patrimonio, procederá a la transmisión a un tercero quedando respaldada esa posible pérdida patrimonial que le amenaza, sin que ello afecte a la buena fe de su anterior transacción con el concursado, que es la que contempla la norma».

y de buena fe²³³.

Ahora bien, aunque la regulación de la Ley Concursal en materia de rescisión esté pensada para contratos sinalagmáticos o bilaterales con prestaciones recíprocas susceptibles de restitución y como punto de partida tiene la nulidad de la totalidad del acto o negocio objeto de rescisión, lo cierto es que resulta posible la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago que, en este caso, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecta sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente²³⁴. Igualmente ocurre con el acto dispositivo unilateral gratuito —donación—, pues la sentencia que acuerda la rescisión del pago no provoca efectos restitutorios recíprocos, sino tan sólo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que sale del patrimonio del deudor en virtud de tal acto gratuito rescindido.

En cuanto a la dación en pago, la misma supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente en recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra) con el efecto de extinguir la obligación originaria. Se trata de un negocio complejo que participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación. Por ello, la rescisión de la dación en pago hace ineficaz los efectos solutorios del pago de una obligación preexistente, se impone la restitución del bien a la masa y el acreedor vuelve a ser titular de un crédito por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago como crédito concursal²³⁵.

Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía. No puede considerarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado sean inescindibles. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero

²³³ Vid. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, op. cit., p. 375; HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 514.

²³⁴ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de abril de 2012 (RJ 2012/5900); y de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/10415).

²³⁵ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de abril de 2014 (RJ 2014/2597); y de 16 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6821). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 15 de junio de 2011 (JUR 2011/321043).

ajeno a la concursada queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía²³⁶. Ahora bien, atendiendo al carácter accesorio de la garantía, si el objeto de

²³⁶ *Vid.* en esta línea, PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *op. cit.*, p. 5, señala en relación con los acuerdos de refinanciación que, si se considerase objeto de rescisión en este caso el negocio entero, ello, lejos de beneficiar a la masa la perjudicaría, pues en principio conllevaría la conversión del crédito del que es titular la entidad en crédito para la masa; las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2014 (RJ 2014/2907); y de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/3812). Asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, número 1, de 7 de junio de 2013 (AC 2013/1494); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 23 de enero de 2014 (AC 2014/87), en cuanto a los efectos de la rescisión en relación con la subrogación del préstamo hipotecario, subsiste en idénticas condiciones a las del préstamo hipotecario concedido en su día y en el estado en que se encontraba en el momento en que se realizó la subrogación. Las cuotas abonadas por la subrogación hipotecaria tendrá la consideración de deudas contra la masa y deberán ser satisfechas por la administración concursal. La rescisión de la subrogación hipotecaria es una consecuencia de la rescisión de la compraventa y cesión de créditos que constituye su antecedente y base. Resulta improcedente la subsistencia de una subrogación hipotecaria cuando se ha declarado la rescisión de la compraventa y cesión de créditos que sirve de base.

En contra, CURIEL LORENTE, F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», *op. cit.*, p. 234. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5103) después de señalar que, si el acto objeto de impugnación es la constitución de una o varias garantías reales, y la impugnación no afecta al nacimiento de la obligación garantizada, la rescisión provoca la ineficacia de la garantía, siempre que con ello se resarza el perjuicio ocasionado a la masa, dispone que, por otra parte, «en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera *ex tunc*. No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado (...), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada» (STS 143/2015, de 26 de marzo (RJ 2015, 3812))».

Aplicado al caso concreto y respecto de los actos de disposición sobre los que se pidió la rescisión concursal como son los relativos a la constitución de las hipotecas que garantizaban las obligaciones refinanciadas y que sustituían a las originarias garantías, las reservas de dominio sobre los vehículos cuya adquisición se financiaba por Fce Bank, dispone que «el propio tribunal de instancia, al razonar la existencia del perjuicio, admite que existió una novación de los originarios contratos de financiación y que por ello se convino también la sustitución de las originarias garantías, las reservas de dominio, por otras garantías más consistentes, en concreto, las hipotecas inmobiliarias cuya rescisión se pide. De tal forma que resulta lógico que si el acto de disposición objeto de rescisión consiste en la sustitución de una originaria garantía, que se califica de más débil, por otra, que se considera más consistente, el efecto de la rescisión previsto en el art. 73 LC no sea la

la rescisión no es la garantía, sino la deuda misma, la extinción del crédito conlleva la de la garantía.

Esta solución, como hemos visto, no es excepcional en el régimen de la reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. En todo caso, la regla puede aplicarse, con las necesarias adaptaciones, a otros contratos, como los unilaterales, gratuitos o no, otorgados por el deudor²³⁷.

Por otra parte, en el supuesto de pago de dividendos, la rescisión del mismo conlleva la devolución de lo cobrado. Ni en este caso, ni cuando se rescinde el acuerdo por el que nace el derecho de crédito al dividendo, el efecto de la rescisión conlleva la devolución de las aportaciones de los socios, pues no guardan entre sí la relación de reciprocidad que justificaría, a la luz del artículo 73.1 de la LC, el efecto recíproco de las prestaciones. El derecho al cobro del dividendo, si bien se apoya en la condición de socio y guarda relación con el grado de participación en el capital social, depende para su nacimiento de que se hayan dado los presupuestos legales entre los que se encuentra la obtención de beneficios por parte de la sociedad; de tal forma que el derecho al dividendo no nace sino con el acuerdo de reparto de dividendos. El accionista tiene un derecho abstracto a participar en los beneficios que deviene un derecho concreto al dividendo cuando éste se determina en el acuerdo de la Junta general. En el momento en que se rescinde dicho acuerdo queda sin efecto el derecho a cobro de tales dividendos y

mera cancelación de las hipotecas, sino que también alcance a la rehabilitación de la reserva de dominio. Sin perjuicio de que la imposibilidad de restituir estas reservas de dominio sobre los vehículos pueda transformarse en una restitución por equivalencia, mediante el pago del importe de aquellas garantías (las reservas de dominio) al tiempo en que se dejaron sin efecto como consecuencia de la constitución de las hipotecas, el 29 de diciembre de 2003. Es cierto que, en otras ocasiones, hemos declarado que el efecto consiguiente a la rescisión de una hipoteca es, ordinariamente, su cancelación (STS 100/2014, de 30 de abril), en la medida en que se trata de un acto unilateral. Pero este no es el caso, ya que en el presente la constitución de las hipotecas por el posteriormente declarado en concurso estaba ligada a que la financiadora levantara las garantías de las reservas de dominio. No estamos ante un acto estrictamente unilateral, por lo que la rescisión alcanza del mismo modo a la constitución de las hipotecas que a la reposición de las reservas de dominio. Como ya hemos razonado en el apartado anterior, se trata de un efecto legal consiguiente a la petición de rescisión del acto objeto de impugnación, razón por la cual debería haberse acordado en la sentencia de primera instancia al estimarse la acción rescisoria. Por ello, la demandada estaba legitimada para recurrir la sentencia de primera instancia por una aplicación indebida de los efectos de la rescisión y el tribunal de apelación debió haber admitido este extremo de la apelación».

En consecuencia, se estima el recurso de casación y se modifica la sentencia de apelación, en el sentido de estimar en parte el recurso de apelación y acordamos como efecto consiguiente a la rescisión de las escrituras de constitución de las hipotecas inmobiliarias, la restitución de las garantías originarias, las reservas de dominio sobre los vehículos.

²³⁷ CURIEL LORENTE, F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», 2.ª ed., *op. cit.*, p. 217, añade los contratos con prestaciones de naturaleza irrestituíbles (por ej., servicios), en que será de aplicación la prestación pecuniaria sustitutiva.

la devolución de lo ya cobrado no está condicionada a la restitución de las iniciales aportaciones, porque, como hemos apuntado, no guardan entre sí relación de reciprocidad²³⁸.

Ahora bien, la extinción y cancelación de la garantía legal determina que ha de reintegrarse por la contraparte a la masa activa los gastos de desembolsados por la sociedad demandada como consecuencia de la formalización de la hipoteca²³⁹. Ciertamente, la restitución recíproca y simultánea de las prestaciones conlleva que se ha de restituir a la masa los gastos de formalización de las operaciones o negocios objeto de rescisión. Para el adquirente surge la obligación de compensar a la masa los gastos que el concursado tuvo que satisfacer para la formalización del negocio rescindido²⁴⁰.

Asimismo, conviene señalar que, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2010, no es contraria a la regla de la indivisibilidad de la hipoteca la reducción parcial de una hipoteca en caso de hipoteca conjunta con pacto de indivisibilidad (artículo 217 del RH), cuando tan sólo se rescinde el acto de disposición del nudo propietario (la hipoteca de la nuda propiedad), en la medida en que se garantiza una deuda ajena (del usufructuario)²⁴¹; y aunque la regla general sea que la rescisión afecta a la totalidad del

²³⁸ Vid. la sentencia de del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2014 (RJ 2014/4590).

²³⁹ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 3 de julio de 2015 (JUR 2015/192251). En esta línea, CURIEL LORENTE, F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», 2.ª ed., *op. cit.*, p. 232.

²⁴⁰ SANCHEZ GARGALLO, I.: «Las acciones de reintegración», *op. cit.*, p. 1214.

²⁴¹ RJ 2011/140. Dispone al respecto en su Fundamento de Derecho Quinto que «(...) con carácter previo procede señalar que la regla de la indivisibilidad de la hipoteca, cuya configuración se efectúa correctamente en la sentencia recurrida y resulta ocioso reproducir, supone que la misma «persiste entera e idéntica aunque el crédito o la finca se dividan» —est tota in toto et tota in qualibet parte—. No se trata de un principio estructural o institucional, pues tiene como paliativo la distribución que, en ocasiones, se establece y en otras se permite por la normativa legal a fin de equilibrar o coordinar los intereses contrapuestos, dado que en tanto la indivisibilidad beneficia al acreedor, la determinación beneficia al deudor (hipotecante). La indivisibilidad crea, en su caso, una especie de solidaridad, mientras que la distribución se corresponde con la especialidad». Añade que «la hipoteca de autos corresponde al supuesto del artículo 217. Los derechos hipotecados fueron la nuda propiedad y el usufructo, el primero de los cuales puede hipotecarse de conformidad con el número segundo del artículo 107 de la LH, bien con la eventualidad expansiva derivada del principio de elasticidad —fuerza centrípeta del dominio—, o sin ella, en tanto el derecho de usufructo es hipotecante conforme al número primero del artículo 107 de la LH, ya se entienda hipotecado, según distintas posiciones doctrinales, el derecho a percibir los frutos, o ya el usufructo mismo. Por consiguiente, cuando se hipotecan varios derechos integrantes del dominio, se habla en la doctrina de hipoteca conjunta, rige el principio de distribución —determinación—, pero puede pactarse la indivisibilidad. De ahí que, en la perspectiva, no cabe entender afectado por la sentencia recurrida el principio de indivisibilidad, como tampoco hay cuestión por el hecho de que no resulte garantizado por uno de los derechos la totalidad de la obligación, pues cabe la garantía de una parte de la obligación, sin que obste a la unidad de ésta (RDGRN de 2 y 3 de enero de 1996)». Y, concluye: «Ciertamente en el caso no hay convenio entre las partes, pero ello no impide

complejo negocial. La sentencia de este mismo Alto Tribunal de 12 de abril de 2012²⁴² añade que no existe norma que prohíba expresamente la rescisión parcial (con referencia a la rescisión por fraude) cuando resulte materialmente posible. Y lo será en aquellos supuestos en los que, existiendo perjuicio para la masa, no resulte posible la restitución de prestaciones para el concursado —por ejemplo, arrendamiento con renta perjudicial, retribución desorbitada de servicios prestados por terceros, etc.—, en cuyo caso la indemnización procedente como prestación por equivalencia a la restitución, en modo alguno puede suponer, burlando la finalidad de la norma, el mantenimiento del perjuicio para la masa.

Por último, en cuanto a la relación de los artículos 34 y 37 de la LH y la anotación de la declaración del concurso y de la demanda de rescisión ante la inscripción de la adquisición realizada por un tercero, indica al respecto CURIEL LORENTE, de forma acertada, que si la inscripción de tal adquisición tiene lugar después de la declaración del concurso opera el artículo 37 de la LH, por lo que su posición no será inatacable; pero sí lo será si ha tenido lugar antes, por la aplicación del artículo 34 LH. Por su parte, si tiene lugar la inscripción de la adquisición después de la anotación de la demanda de rescisión, quedará afectada la misma por la sentencia de rescisión, atendiendo a lo dispuesto en el citado artículo 37 de la LH²⁴³.

(Trabajo recibido el 4/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)

que puedan acordarse la modificación por mandato judicial, lo que puede obedecer a la ineludible protección de terceros o la limitación de los propios derechos de los hipotecantes, ya que si bien la hipoteca recae sobre la cosa, no puede exceder de la extensión que en ella corresponde al hipotecante, pues nadie puede hipotecar más de lo que tiene —nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet—. Por otra parte, la modificación por reducción parcial no afecta a la regulación legal y entra dentro de las posibilidades del principio de determinación y, además, está justificada en el caso en la perspectiva de aplicación del efecto más débil que favorece la conservación del negocio, y responde, desde luego mejor que la nulidad, a la protección de todos los intereses económicos en juego, lo que no sucedería con cualquier otra solución a adoptar, que desequilibraría la situación a favor de uno u otro de los intereses».

²⁴² RJ 2012/5900.

²⁴³ CURIEL LORENTE F.: «Los efectos de la acción de reintegración en el concurso», *op. cit.*, p. 227.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

JESÚS LLEONART CASTRO
Notario de Cervera de Pisuerga

RESUMEN

Un breve estudio sobre los criterios legislativos para clasificar los créditos en el concurso de acreedores, con especial consideración a casos polémicos y a los problemas suscitados por la aplicación de los privilegios. Se analizan los efectos de los acuerdos de refinanciación en la calificación de los créditos, los motivos que llevan al legislador a confiar en determinados acreedores o a postergar sus créditos a las últimas posiciones. Un repaso sobre las excepciones a la regla general de la igualdad de cobro de los acreedores en el concurso de acreedores.

Palabras clave: concurso de acreedores, privilegios, acreedores privilegiados, créditos contra la masa, créditos subordinados, fresh-money.

CLASIFICATION OF CREDITS IN THE ARRANGEMENT WITH CREDITORS

JESÚS LLEONART CASTRO
Notary Public in Cervera de Pisuerga

ABSTRACT

A brief study about the legislative criteria to classify the credits in bankruptcy, with special consideration to controversial cases and the issues raised by the use of those privileges. We analyze the effects of the refinancing agreements in the classification of credits, the reasons that lead to the legislator to rely on certain creditors or to defer their loans to the latest positions. A review on the exceptions to the basic principle of the creditor equality in bankruptcy.

Keywords: arrangement with creditors, preferential right to payment, preferential creditors, credits against bankruptcy assets, subordinated credits, fresh-money.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. II.—LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA: IDEA GENERAL. III.—LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DEL ARTÍCULO 84.2 LC. 1.—Los créditos por salarios (art. 84.2.1.º LC). 2.—Los créditos de costas y gastos judiciales (art. 84.2.2.º y 3.º LC). 3.—Créditos por alimentos (artículo 84.2.4.º LC). 4.—Créditos derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 84.2.5.º LC). 5.—Créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas (art. 84.2.6.º LC). 6.—Créditos por cantidades debidas a acreedores con privilegio especial, sin realización de los bienes, en rehabilitación de contratos o enervación de desahucio (art. 84.2.7.º LC). 7.—Los créditos contra la masa del art. 84.2.8.º a 10.º, y 12.º LC. 8.—El caso del fresh-money (art. 84.2.11.º). 9.—La retribución del administrador concursal. IV.—CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL. 1.—Los créditos hipotecarios y pignoraticios (art. 90.1.1.º LC). 2.—Los créditos garantizados con anticresis (art. 90.1.2.º LC). 3.—Los créditos refaccionarios (art. 90.1.3.º LC). 4.—Los créditos derivados de contratos de compraventa a plazos con reserva de dominio y arrendamientos financieros (art. 90.1.4.º LC). 5.—Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta (artículo 90.1.5.º LC). 6.—Los créditos pignoraticios (art. 90.1.6.º LC). V.—CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL. 1.—Los créditos laborales del artículo 91.1.º LC. 2.—Las retenciones tributarias y de la Seguridad Social (artículo 91.2.º LC). 3.—Los créditos por trabajo no dependiente y los de propiedad intelectual (artículo 91.3.º LC). 4.—Los créditos de Derecho Público (art. 91.4.º LC). 5.—Los últimos privilegios (artículo 91.5.º a 7.º LC). VI.—LOS CRÉDITOS ORDINARIOS. VII. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS. 1.—Los créditos comunicados tardíamente (art. 92.1.º LC). 2.—Los créditos subordinados convencionalmente (art. 92.2.º LC). 3.—Los créditos por recargos e intereses (art. 92.3.º LC). 4.—Las multas y sanciones pecuniarias (artículo 92.4.º LC). 5.—Las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 92.5.º LC). 5.1.—Personas especialmente relacionadas con el concursado persona física. 5.2.—Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. 5.3.—Cesionarios y adjudicatarios. 6.—La subordinación como consecuencia de la revocación y las obligaciones recíprocas (art. 92.6.º y 7.º LC). VIII.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las clasificaciones elaboradas por la doctrina obedecen en la mayoría de los casos a fines didácticos: el autor busca facilitar la aprehensión de determinados conceptos. Responden a la necesidad de encontrar una pauta o criterio común que aglutine varios casos aparentemente diferenciados, unas veces; o al ánimo de apuntar las diferencias que afectan a cada supuesto y que justifican un tratamiento específico, otras. Por la subjetividad de estos y otros motivos, clasificaciones podemos encontrar tantas como autores, ya que entre las aspiraciones inherentes de la doctrina se encuentra la de descifrar el *anima legis* latente tras el *corpus*, cuya manifestación en éste, a veces tan evidente, se encuentra normalmente cuidadosamente escondida.

Sin embargo, cuando se trata de clasificaciones legales, el fin perseguido no es el de clarificar una materia que pudiera resultar compleja, sino el de señalar, bajo la aureola de la clase, las especialidades que van a servir de base para el tratamiento desigual de uno y otro supuesto. Por esta razón podemos decir que el legislador usa las clasificaciones como un instrumento de igualdad. Entendida ésta no como uniformidad, sino como el tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, el *suum cuique tribuere* al que se refiriera ULPIANO hace ya casi veinte siglos. A través de la organización de los supuestos, el legislador nos ofrece anticipadamente las razones, las excusas, que justifican la diferente atención que ha merecido cada uno. Las Exposiciones de Motivos a veces profundizan en esta materia ampliando sustancialmente la visión. En la Exposición de Motivos (V) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) se considera «*que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*». La LC ofrece excepciones positivas y negativas a este principio, como veremos más adelante.

Esta pretendida igualdad tiene su reflejo en el longevo principio de la *par conditio creditorum*, un criterio rector tanto en un escenario concursal como extraconcursal, sometido a excepciones de manera casi sistemática hasta el punto de haberse difuminado, o emborronado, su idea originaria. Ya el Código Civil se dedica en los artículos 1922 y siguientes a recoger (y clasificar) una serie de privilegios que modulan la regla general de la *par conditio*. Los privilegios, cuya naturaleza había sido tan discutida, se conciben hoy casi unánimemente como cualidades inherentes al crédito, una naturaleza que permite atisbar desde su formulación una idea clave en esta materia: los créditos tienen cualidades, es decir, los créditos son diferentes y, necesariamente, dotados en mayor o menor medida de utilidad. No todos los créditos nacen iguales ni a lo largo de su vida se comportan de la misma manera. Las coyunturas de unos y otros son diferentes y también lo son, por tanto, su tratamiento. La apreciación y la consiguiente jerarquización de las cualidades de los créditos corresponde en exclusiva al legislador, porque los privilegios son típicos, emanando directamente de la ley. La tipicidad legal de los privilegios se configura como el último bastión de la resistencia de la *par conditio creditorum*, como una garantía de seguridad jurídica y justicia material. Como señala VEIGA¹, «*el privilegio por sí no aniquila el principio de la paridad ni tampoco conduce al ostracismo del crédito ordinario, su utilización desmesurada y egoísta sí, pues en cierto modo se traiciona a sí mismo*».

Desde el año 2003, el legislador ha apoyado firmemente la regla de la distribución proporcional en materia concursal sobre la base de los diferentes privilegios reconocidos a los acreedores, a través de la clasificación de los créditos. La concreta ubicación de uno u otro crédito en cada grupo responde a la existencia de un criterio jurídico (y, lamentablemente, político) determinado. Criterio que es especialmente susceptible de alteración. Así, a lo largo de la corta vida de la LC hemos podido observar cómo estos criterios evolucionaban, cambiaban o simplemente se atemperaban hacia uno u otro sentido provocando el consiguiente reflejo legislativo. Pero tales criterios utilizan como herramienta tutelar la preferencia, el privilegio, la clasificación concursal.

El legislador opta por graduar los créditos según los citados criterios, dotando de mayor protección a situaciones especiales, como ocurre con las garantías reales. Los costes de estos créditos, el frágil equilibrio entre el riesgo para el acreedor y la utilidad individual y general de los mismos o la valía que han demostrado como artífices fácticos de los principios constitucionales (piénsese en el acceso a la propiedad privada de las últimas décadas a través de los préstamos hipotecarios, pese a su discutida opinión pública actual) les han granjeado una posición privilegiada en la clasificación crediticia. Tales herramientas legales adolecen, sin embargo, de una tremenda rigidez que deja poco espacio al juego de la voluntad.

¹ VEIGA, Abel B.: «*Par condicio*: privilegio, proporcionalidad e igualdad», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1643 a 1695.

Sin embargo, el legislador, en una clara evolución de pensamiento como las que mencionábamos *supra*, ha decidido premiar a determinados acreedores que asumen un riesgo mayor, pero que reflejan en su voluntad negocial una preocupación por la mejoría patrimonial del deudor e, indirectamente, la viabilidad del proceso concursal. Es el caso, por ejemplo, de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería, que son calificados como créditos contra la masa, en los términos que veremos más adelante.

La existencia de los privilegios, de las preferencias, no debe considerarse como un atentado contra la concepción igualitaria de los acreedores en el proceso concursal, sino más bien como la consecuencia directa y necesaria de aquélla. La *par conditio creditorum* pretende en su formulación más básica equiparar la situación de todos los acreedores, conduciendo a resultados uniformes y, por tanto, injustos, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Es por eso que la LC utiliza la clasificación de los créditos como la herramienta que hábil y eficazmente desbloquea, con criterio y justicia, la situación que la propia *par conditio* había anquilosado. De esta manera, las clases de créditos operan no como una excepción a la regla de la igualdad, sino como el complemento necesario para hacer efectiva dicha regla general.

II. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA: IDEA GENERAL

La primera aproximación que se realiza en la LC a la clasificación de los créditos tiene lugar en el artículo 84.1: «*constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa*», seguida de la enumeración de créditos contra la masa del artículo 84.2. No obstante, esta clase de créditos se halla rodeada de cierta polémica debido a la desnaturalización que ha sufrido la categoría por la inclusión de algunos créditos en ella que no obedecen a la finalidad de la misma, sino a las presiones de ciertos organismos, o incluso auténticos *lobbies*, que han provocado una verdadera disfunción en esta categoría.

Los créditos contra la masa se caracterizan por la prededucción. Ello encuentra su razón de ser en la propia naturaleza de los mismos que, según GARRIGUES², es la de deudas de la masa, que se subdivide a su vez en gastos y obligaciones de la masa. Son gastos de la masa «los gastos de justicia y administración hechos en interés común de los acreedores y con la debida autorización o aprobación. Se trata de créditos que no es preciso reconocer y clasificar como los demás, sino que se van abonando dentro del mismo procedimiento con cargo al fondo de la masa». Las obligaciones de la masa, por el contrario, son, dice GARRIGUES, las nacidas de negocios jurídicos realizados durante el concurso por el administrador,

² GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Temis, S. A. Bogotá, 1987.

que en su gestión realiza contratos que engendran obligaciones a cargo de la masa. BELTRÁN³ siguiendo a GARRIGUES, define los gastos de la masa como «*aquellos gastos del juicio de quiebra indispensables para el desarrollo del procedimiento*» y las obligaciones como las que se producen por la actividad contractual de los órganos de administración del concurso.

Los créditos contra la masa y su funcionamiento obedecen a la idea de «prededucción de los gastos», que cuenta con una profunda raigambre en nuestro Derecho patrimonial. La propia Exposición de Motivos de la LC hace referencia a este carácter de prededucibles en el sentido de que «*antes de proceder al pago de los concursales han de deducirse de la masa activa los bienes y derechos no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para satisfacer aquéllos a sus respectivos vencimientos*». El artículo 154 LC hace hincapié en la misma idea, salvando de nuevo a los créditos con privilegio especial. Se trata de una disminución previa del patrimonio destinado al reparto entre los acreedores concursales, por eso estos créditos no conforman la masa pasiva y por eso se consideran extramuros al concurso.

Otra característica de los créditos contra la masa es su pago al vencimiento respectivo, sin verse afectados por el concurso. Son satisfechos en la fase común del concurso. Ello plantea el interrogante de ¿qué ocurre con aquellos créditos que, conceptualmente, son susceptibles de ser considerados créditos contra la masa, pero que, temporalmente, nacen con posterioridad a la aprobación del convenio? El artículo 84.2.2.º de la LC señala el límite temporal de «*la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso*» para el pago de los mismos, en el caso de las costas judiciales. Pero tratándose de gastos derivados de la actividad profesional del deudor, el artículo 84.2.5.º hacía referencia en su redacción originaria, como límite temporal a la aprobación del convenio. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo de 2008, sostuvo, en contra de la opinión imperante en la doctrina, que «*una mirada más atenta de la Ley Concursal permite comprobar que la condición de estos créditos no ha de ser la de créditos contra la masa*», que la condición de éstos no se extiende más allá de la eficacia del convenio, que se produce con su aprobación (art. 133.1 LC). Los créditos generados durante la vigencia del convenio no debían, según la Audiencia, ser considerados créditos contra la masa. No obstante, esta línea jurisprudencial fue desautorizada por la reforma operada en la Ley 38/2011, que modificó el artículo 84 para recoger que «*los créditos contra el concursado nacidos durante la ejecución del convenio deberán ser satisfechos por el concursado del mismo modo que antes de la aprobación judicial del convenio*». Es decir, de una manera ordinaria, siguiendo también el criterio del vencimiento.

³ BELTRÁN, Emilio: *Las deudas de la masa*, Publicaciones del Real Colegio de España. Boloña, 1986.

La doctrina aduce que no sólo las pretensiones políticas o institucionales, sino también la ruptura que la jurisprudencia hizo en sus interpretaciones, contribuyeron a la desnaturalización de estos créditos.

Los créditos contra la masa están sometidos, al operar al margen de los créditos concursales, a un régimen distinto al ordinario. La comunicación de estos créditos se produce de manera dinámica a la administración concursal conforme se produce su nacimiento, y el administrador deberá detallarlos y cuantificarlos en relación separada. No se les aplican las normas de calificación jurídica, ni están sujetos al régimen de impugnación de los créditos concursales (ex art. 96 LC). Los acreedores de estos créditos tampoco pasan a integrar la lista de acreedores que se acompaña al informe del administrador y tampoco van a ver sus créditos sometidos a los efectos generales que la declaración de concurso produce sobre los créditos que constituyen la masa pasiva.

III. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DEL ARTÍCULO 84.2 LC

1. Los créditos por salarios (art. 84.2.1.º LC)

Los créditos por salarios son el paradigma de los créditos contra la masa, responden a las ideas mencionadas *supra*, de «gastos de la masa». Estipendios que es necesario realizar para mantener la productividad del deudor y, por tanto, que contribuyen de manera directa al buen fin del concurso. Son los créditos por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

La palabra «efectivo», cuya aparición en el texto legal se produjo en 2011, tiene por objeto evitar argucias interpretativas que, contra el espíritu de la norma, condujeran a resultados injustos. De manera que son créditos contra la masa los devengados por los salarios de los treinta últimos días de trabajo realizados, de manera efectiva, aunque éstos no se hayan realizado (o no coincidan estrictamente) en el período de treinta días anteriores a la declaración del concurso.

Estos créditos, además, conforme al artículo 84.3, y a diferencia de los demás créditos contra la masa, se satisfacen de manera inmediata, que ni siquiera se verían afectados por una posible postergación por necesidades del concurso, recurso que la administración concursal sí puede utilizar para los demás.

2. Los créditos de costas y gastos judiciales (art. 84.2.2.º y 3.º LC)

Los dos siguientes apartados se centran en otros créditos cuya naturaleza concuerda de manera indubitada con la concepción de «gastos de la masa». En el

caso de las costas y gastos judiciales del apartado segundo vemos cómo el carácter de término inicial de que goza la declaración de concurso queda absolutamente difuminado. La naturaleza de estos gastos exige necesariamente que su devengo se produzca con anterioridad a la declaración, pues son *conditio sine qua non* para que aquella llegue a producirse. Son gastos necesarios para el impulso del procedimiento concursal: los necesarios para la declaración, los derivados de la adopción de medidas cautelares o publicación de resoluciones judiciales previstas en la ley, asistencia y representación del concursado y la administración. Aunque aquí sí que opera, y se mantiene, como término final la aprobación del convenio (su eficacia) o la conclusión del concurso, en su defecto, para no perpetuar *sine die* el nacimiento de esta clase de créditos.

El apartado tercero recoge una serie de créditos por gastos judiciales devengados en procedimientos que requieran representación del deudor o de la administración concursal. Son aquellos procedimientos que se dirigen a ejercitar acciones de carácter patrimonial en nombre del deudor, o bien acciones de reintegración; en definitiva, acciones dirigidas a nutrir la masa activa del deudor de manera suficiente para la viabilidad del concurso, acciones especialmente necesarias cuya inmediata consecuencia es que los gastos derivados de tales procesos deben ser satisfechos previamente.

Ahora bien, tal y como apunta GUERREA CHALÉ⁴, la aplicación de la regla del vencimiento a estos créditos no puede producirse de manera discriminada, aunque sea la regla general. Pero la propia naturaleza de los gastos hace a veces necesario atender a sus especialidades. Por ejemplo, si se tratara de un gasto de publicación de la declaración de concurso en un medio de comunicación complementario (ex art. 23.2 LC), por ejemplo, un periódico extranjero, difícilmente se conseguirá la publicación sin el pago inmediato del servicio. O tratándose del ejercicio de una acción patrimonial de titularidad del deudor, la tramitación de la demanda requiere el abono de las correspondientes tasas judiciales cuyo pago no se puede dilatar. Lo mismo ocurre a la hora de practicar anotaciones en los Registros públicos, o con los honorarios de los profesionales (abogados, procuradores, peritos...) que se puedan negar a prestar sus servicios en condiciones de «incertidumbre financiera».

Dentro de estos gastos judiciales debemos incluir, por último, la contraprestación resultante del ejercicio de las acciones de rescisión (art. 73 LC). Declarada la ineficacia del acto impugnado se debe producir la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, pero el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados tendrá la consideración de crédito contra la

⁴ GUERREA CHALÉ, Aurelio: «La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el Derecho español», *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1875 a 1912.

masa, salvo que en la sentencia se aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.

3. Créditos por alimentos (artículo 84.2.4.º LC)

Los alimentos pueden ser debidos por el deudor o a él mismo. El propio artículo 47 LC ya contempla el derecho del deudor a percibir alimentos durante la tramitación del concurso con cargo a la masa activa (siempre que en ella existan bienes bastantes para atender a sus necesidades, y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad). Derecho que desaparece por la apertura de la fase de liquidación, salvo que sea indispensable para mantener las citadas necesidades. La manutención del deudor es, evidentemente, requisito indispensable para la viabilidad del concurso en todas sus consecuencias.

Tratándose de alimentos debidos por el deudor a tercero, el artículo 84.2.4.º se remite en cuanto a su extensión y cuantía a lo dispuesto en la misma LC. En este sentido, el artículo 47.2, con la excepción de los deudores mencionados anteriormente, obliga a obviar al concursado en la prelación y que sean prestados por otros obligados legalmente, salvo, claro está, que el concursado sea el único restante y que se ejercitara la acción con la diligencia debida (en el plazo de un año). Y se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso, pero en lo demás tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Como vemos, esta es otra excepción al límite temporal, como *dies a quo*, que supone la declaración de concurso, ya que dicha resolución judicial puede, y suele, ser anterior.

4. Créditos derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 84.2.5.º LC)

El procedimiento concursal está dirigido a lograr la satisfacción ordenada de los acreedores y tiene como presupuesto objetivo la insolvencia, es decir, la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. De esta manera, desde que se produce la declaración de concurso hasta que éste se da por finalizado es necesario que la situación del deudor mejore, con el objeto de revertir la insolvencia inicial. Para ello es necesario que el deudor cuente con la confianza de los terceros, ya sean acreedores, proveedores, clientes, etc. La LC premia esta confianza incluyendo tales créditos entre los créditos contra la masa, ahora en su concepción de «obligaciones de la masa», habiendo suprimido además la limitación temporal de la aprobación del convenio citada *supra*. No obstante, la desaparición de este límite puede producir resultados injustos: no puede obviarse el hecho de que el aumento progresivo de los créditos contra la masa y el carácter limitado del patrimonio del concursado reducen paulatina, pero firmemente, las posibilidades de

satisfacción del resto de acreedores concursales. Ahora bien, como señala ALONSO LEDESMA⁵, se trata en este caso de créditos que, una vez firmado el convenio, no necesariamente deben suponer un gran quebranto (proveedores, suministros, nuevas líneas de crédito, etc.) y que, en cualquier caso, resultan indispensables para la continuidad de la actividad.

El artículo 84.2.5.º incluye en esta categoría los créditos laborales, comprendiendo también las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo o los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

5. Créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas (art. 84.2.6.º LC)

La declaración de concurso, dice el artículo 61 LC, no afecta por sí sola a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a cargo del concursado se realizarán con cargo a la masa. Si, a instancias de la administración, el juez acordara la resolución del contrato, el juez decidirá acerca de ésta acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. De la misma manera, aunque exista causa de resolución, el juez en interés del concurso puede acordar el cumplimiento del contrato, continúa diciendo el artículo 61 LC, siendo «a cargo de la masa» las prestaciones debidas por aquél.

El sinalagma existente en las obligaciones recíprocas, representante del equilibrio de las prestaciones de las partes, aconseja el estudio separado de tales créditos y una especial cautela, con la consiguiente libertad de acción, para el juez del concurso a la hora de pronunciarse sobre su destino.

En este punto debe tenerse en cuenta la importancia que cobra la naturaleza de determinados contratos. Por ejemplo, en el caso del préstamo, que tradicionalmente se ha incardinado en la categoría de los contratos reales que se perfeccionan por la entrega, hemos visto cómo la moderna doctrina ha sometido esta teoría a revisión, permitiendo su configuración como un contrato consensual. Sin embargo, ello no puede llevar a catalogar este contrato como un contrato bilateral con obligaciones recíprocas, debido a que la entrega del capital por el prestamista, ya perfeccione el contrato, ya lo deje simplemente pendiente de cumplimiento, no tiene la fuerza para operar como contrapeso a la obligación del deudor para dar lugar a la existencia de un sinalagma, ni genético ni funcional. La sentencia de la

⁵ ALONSO LEDESMA, Carmen: «Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* número 14, 2011, pp. 41 a 56.

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.^a, de 1 de junio de 2006, se pronuncia en este sentido, considerando de aplicación el apartado primero del artículo 61, de manera que el crédito integrará la masa pasiva del concurso y no será considerado crédito contra la masa.

Más complicada es la cuestión en torno a los contratos de tracto sucesivo, siguiendo el tenor literal del artículo 61.2 LC, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, pero la doctrina jurisprudencial imperante ha interpretado este precepto en el sentido de que sólo las prestaciones devengadas después de la declaración del concurso tendrán esta consideración (SSAP Barcelona, sección 15.^a, de 19 de junio de 2009 y de 15 de mayo de 2009).

6. Créditos por cantidades debidas a acreedores con privilegio especial, sin realización de los bienes, en rehabilitación de contratos o enervación de desahucio (art. 84.2.7.º LC)

Tanto la facultad de rescate del artículo 155.2, como la posible rehabilitación de préstamos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido por impago (ex artículo 68), siempre que se hagan en interés del concurso, cuentan con el carácter de crédito contra la masa para afrontar los sucesivos vencimientos de los préstamos con privilegio especial y los pagos futuros de los préstamos rehabilitados. De ambos preceptos se deduce la inmediatez de su pago y, por tanto, añaden otra excepción a la regla de que su pago se realiza al vencimiento, salvo, claro está, para los vencimientos futuros. Tratándose de la enervación de un desahucio, el artículo 70 LC también dicta que se paguen «*con cargo a la masa*» todas las rentas y conceptos pendientes y las posibles costas procesales causadas hasta el momento en que se enerva. De nuevo, con GUERREA CHALÉ⁶, resulta difícil creer que, pese al silencio legal, pueda acudir al Juzgado a enervar el procedimiento de desahucio y aducir la regla del pago al vencimiento. La especial naturaleza de estos créditos impone su pago inmediato, como si de los créditos salariales se tratase.

7. Los créditos contra la masa del art. 84.2.8.º a 10.º, y 12.º LC

Se trata de créditos derivados de rescisión de actos realizados por el deudor que conlleven la restitución de contraprestaciones recibidas por él (salvo mala fe del titular del crédito) o resultantes de obligaciones válidamente contraídas por la administración concursal o por el deudor con su autorización, en caso de intervención o, por último, los derivados de obligaciones legales o nacidos de responsabilidad extracontractual del concursado después de la declaración de concurso y

⁶ GUERREA CHALÉ, A.: *opus cit. supra*.

antes de su conclusión. Por último, el apartado 12.º incluye cualesquiera otros créditos a que la LC atribuya expresamente tal consideración.

8. El caso del *fresh-money* (art. 84.2.11.º)

Para el deudor, la posibilidad de acceder a un acuerdo de refinanciación supone la confirmación de la confianza depositada por el acreedor en su especial situación. Los acuerdos manifiestan un compromiso del acreedor por minimizar las dificultades del deudor, teniendo por finalidad, con carácter general, reducir o incluso eliminar la situación de insolvencia o si no, al menos, asegurar una mayor viabilidad a la organización económica del deudor. Es muy habitual que estos acuerdos respondan a una organización variada, siendo en la mayoría de los casos varios actos y negocios jurídicos, lo que nos llevaría a considerarlos como subsu- mibles en el concepto de «negocios complejos». Para que tengan relevancia concursal deben ser realizados por deudores que deseen eludir su insolvencia, ya actual, ya inminente, evitando la apertura del procedimiento concursal mediante la continuación de su actividad, fin que la refinanciación busca asegurar. Pretenden conseguir una reordenación del pasivo y el consiguiente aumento de la eficacia de la gestión patrimonial.

Como contrapeso necesario a la confianza depositada por los acreedores, y su consecuente sacrificio, la LC recoge en su artículo 84.2.11.º, como crédito contra la masa: *«el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta»*. Con la única excepción de que no se aplicará a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

No obstante, no son todos los créditos derivados de acuerdos de refinanciación susceptibles de ser clasificados como créditos contra la masa, así como tampoco lo son en toda su cuantía, sino sólo en el cincuenta por ciento. Es necesario cumplir los requisitos del artículo 71 bis o de la Disposición adicional cuarta. El artículo 71 bis, ubicado en sede de acción rescisoria, recoge una serie de acuerdos de refinanciación que nunca podrán verse afectados por el ejercicio de estas acciones cuando cumplan las siguientes condiciones.

En primer lugar, conforme al apartado primero, el acuerdo debe o ampliar significativamente el crédito disponible del deudor o modificar o extinguir sus obligaciones, bien mediante prórroga o bien mediante otras medidas y, además, responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de su actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo. Como vemos, este primer requi-

sito ya plantea dudas interpretativas. Un aumento *significativo* no será cuestión fácil de dilucidar pese a su trascendencia y no va a admitir más regla general que la de relegarlo a la justicia del caso concreto, según las circunstancias de cada uno en particular. Quizá, por ello, el legislador, sabedor de dicha dificultad, conecta este requisito con la finalidad básica del acuerdo: un aumento del activo que contribuya a la disminución del pasivo. Las menciones del *corto y medio plazo* son igualmente controvertidas no sólo por su ambigüedad, sino también por su variación conceptual, según el ámbito concreto de utilización, ya que el medio plazo no tiene la misma duración en el ámbito bancario que en el de la planificación económica, por ejemplo. En segundo lugar, el acuerdo requiere el compromiso de una amplia mayoría de acreedores, ya que los créditos de éstos deben representar al menos tres quintos (un sesenta por ciento) del pasivo deudor en el momento de adopción del acuerdo. Y, en tercer lugar, la ley exige que el auditor de cuentas del deudor (o el designado en su defecto por el registrador mercantil) debe acreditar la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. Como requisito adicional, se requiere su formalización en instrumento público al que han de unirse todos los documentos que justifiquen el contenido del acuerdo y el cumplimiento de los requisitos.

Si los acuerdos de refinanciación no cumplieran estas condiciones, pero algunos de los actos concretos que lo forman observaran las condiciones del artículo 71 bis.2 LC (incrementar la proporción de activo sobre pasivo, generar un activo corriente igual al pasivo corriente, que el valor de las garantías resultantes a favor de acreedores no exceda de nueve décimos el valor de la deuda pendiente, que el tipo de interés aplicable no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa, y que se formalice en instrumento público), dicho acto en concreto también gozaría del blindaje del artículo 71 bis y, por tanto, de la calificación de crédito contra la masa.

Cumplan o no los requisitos del artículo 71 bis, los acuerdos pueden ser calificados como créditos contra la masa si son homologados judicialmente en los términos de la Disposición Adicional Cuarta. Para ello, es necesario que cumplan los requisitos especificados del artículo 71 bis.1, salvo el de ser suscrito por el sesenta por ciento de los acreedores, ya que bastaría que fuera suscrito por el cincuenta y uno por ciento del pasivo total del deudor, sin contar en tales porcentajes los créditos de los acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor, aunque sí se benefician de la homologación.

Sólo se reconoce el carácter de crédito contra la masa al cincuenta por ciento de esta financiación preconcursal, del *fresh money* obtenido, teniendo el otro cincuenta por ciento la consideración de privilegio general. Esto contrasta con el reconocimiento de prededucibilidad del ciento por ciento de los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5 LC.

9. La retribución del administrador concursal

No puede dudarse de la necesidad de otorgar una especial protección a la retribución del administrador concursal, no sólo para la viabilidad del concurso en particular, sino para la viabilidad del sistema concursal español en general. Sin embargo, su inclusión de forma expresa entre los créditos contra la masa no se realizó en 2003 con la aprobación del texto legal, ni tampoco se ha aprovechado ninguna de las reformas posteriores para cumplir este cometido. Por el contrario, nos encontramos con el apartado duodécimo del art. 84.2 para dar cobijo a una serie de supuestos de calificación de crédito contra la masa en el que, mediante la conexión con el artículo 34, se incardina la retribución del administrador. El citado precepto señala que «los administradores tendrán derecho a retribución con cargo a la masa».

Los problemas, y la enorme discusión, en torno a dicho crédito no se centran, por tanto, en su calificación como crédito contra la masa, sino en si es posible considerarlo como un crédito excepcionado a la regla de pago al vencimiento. Es decir, si nos encontramos, como en los supuestos mencionados *supra*, ante un crédito contra la masa cuya especial naturaleza le permita un pago preferente al resto. Una especial naturaleza que para muchos constituye una auténtica dependencia, ya que la administración concursal es un órgano imprescindible para la existencia, funcionamiento, impulso y buen fin del concurso.

Reconociendo el justo valor de la administración y el carácter especial de su retribución, varias resoluciones judiciales han acudido al ardid de considerar que el devengo de la retribución se produce con la aceptación del cargo por el administrador y que el vencimiento se produce en la misma fecha (Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Palma de Mallorca, sentencia de 14 de diciembre de 2009).

Quizá sería más acertado, evitando el circunloquio del devengo, atender a la naturaleza de la retribución del administrador. Coincidimos con GUERREA CHALÉ⁷ al considerar que la especial naturaleza del cargo de administrador hunde sus raíces en el Derecho Romano, y en la figura del *curator bonorum*. Como ya dejara entrever ULPIANO⁸, el estipendio del *curator* corría por cuenta de los acreedores, así como los alimentos y cuidados del deudor y su familia y el mantenimiento y reparación de los bienes. Y de esta manera no puede entenderse que la omisión de la retribución en el artículo 84 LC sea aleatoria, sino todo lo contrario: el legislador no ha considerado el pago de la retribución como un crédito contra la masa, sino como un gasto de pago inmediato necesario para el impulso y buen fin del procedimiento. Gasto que es un derecho del administrador a recibirlo a cargo de la masa y no contra ella y, por tanto, de satisfacción inmediata y no sometido a la regla del vencimiento.

⁷ GUERREA CHALÉ, A.: *opus cit.*

⁸ ULPIANO: Digesto 42.5.9.3.

IV. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

En su artículo 89, la LC clasifica los créditos incluidos en la lista de acreedores en privilegiados, ordinarios y subordinados, estando los privilegiados a su vez diferenciados entre aquellos que gozan de un privilegio especial, por afectar a determinados bienes individualizadamente, y los que tienen un privilegio general, por afectar a todo el patrimonio del deudor.

El artículo 90 LC aglutina, en una lista *numerus clausus*, dada la estricta tipicidad legal de los privilegios, los créditos con privilegio especial.

1. Los créditos hipotecarios y pignoraticios (art. 90.1.1.º LC)

«Son créditos con privilegio especial: los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.» Pese a que una primera lectura del artículo 86.2 LC y de su tenor cuando dice que «los [créditos] asegurados con garantía real inscrita en registro público» no tienen que ser comunicados, debemos advertir que la especial protección de los créditos hipotecarios no llega a tanto. Sí que es cierto que los créditos asegurados con garantía real inscrita no van a ser examinados por la administración concursal como en el resto de los créditos, véase, por ejemplo, la existencia y validez del mismo, ya que éstas dimanarían del mecanismo de seguridad jurídica en que se sustentan, garantizado por los documentos e instrumentos públicos en que se autorizan e inscriben, respectivamente. De la misma manera, para averiguar la parte de la deuda pendiente de cumplimiento habrá que comunicar el crédito, ya que el Registro de la Propiedad, por ejemplo, en el caso de la hipoteca, ofrece una imagen estática de la obligación, en el momento de su nacimiento. Y lo mismo podemos decir respecto de su reconocimiento por el administrador concursal, el carácter necesario de su reconocimiento se refiere exclusivamente a su existencia y validez, no a la cuantía. El administrador no debe tomar por cierta la cantidad comunicada por el acreedor, ya que la legitimación derivada de la inscripción en el Registro no alcanza a ésta, y podrá revisar y, dado el caso, corregir el importe comunicado.

Lo más habitual es que nos encontremos ante un préstamo que albergue cláusulas de vencimiento anticipado para el caso de incumplimiento del deudor. Sin embargo, el ejercicio de estas cláusulas quedaría vetado una vez declarado el concurso, ya que, como mencionábamos *supra*, el préstamo se incardinaría en el apartado primero, y no el segundo, del artículo 61 LC y la posibilidad de resolver quedaría en principio reservada a los casos del apartado segundo. En estos términos se pronuncia el auto del juez de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de 1 de septiembre de 2005.

Estas cláusulas también afectarían a una de las principales características de los créditos privilegiados, como es la prevista por el artículo 155.3 LC. Éste recoge la posibilidad de que en el seno del concurso se enajenen los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, y el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. La facultad de vencimiento anticipado podría ejercitarse por el acreedor con anterioridad a la declaración de concurso y ello daría lugar a que no pudieran enajenarse los bienes conforme al artículo 155.3 LC, ya que, como señala el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.^a, de 18 de mayo de 2009, *«debemos presuponer que, en el caso del préstamo hipotecario, las cuotas no están vencidas y el adquirente se subroga en la posición del concursado, como prestatario, gozando de los mismos aplazamientos de pago»*. Sin embargo, si no se ejercitara esta facultad o no se hubiera pactado al constituirse la hipoteca, nos encontraríamos ante un crédito vigente cuyo vencimiento no se produciría hasta, en su caso, la apertura de la fase de liquidación, ex art. 146 LC. Lo mismo se produciría si no se hubiera incumplido ningún plazo antes de la declaración de concurso, y la vía del artículo 155.3 LC seguiría, en estos casos, abierta; el mismo auto citado se pronuncia en este sentido.

El privilegio, como hemos visto, se extiende tanto a las hipotecas voluntarias como a las legales, sean éstas tácitas o expresas. Precisamente por esto se ha discutido sobre la consideración de hipoteca legal que pueden tener determinadas situaciones jurídicas. En algunos casos, la doctrina es unánime al incluirlas, como en el supuesto del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, sobre los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes. Otros casos no son tan claros, como ocurre con el artículo 79 de la Ley General Tributaria, que recoge la afección de los bienes al pago de la deuda tributaria de que responderán subsidiariamente los adquirentes de los mismos. Es una afección con origen en la ley, que no necesita de un acto formal de constitución ni de publicidad adicional. Ello ha llevado a considerarlo por algunos autores como una hipoteca legal tácita. Aunque un amplio sector doctrinal sostiene que es simplemente una garantía de carácter real que atribuye el *ius distrahendi* propio de los derechos reales, pero que no constituye una verdadera hipoteca. Y ello llevaría a reconocerle el derecho de ejecución separada del artículo 56 LC, pero no el privilegio del artículo 91 LC.

La existencia de los privilegios se reconoce como necesaria por la LC, pero también como una situación «gravosa». El artículo 87.6 LC, cuando se refiere a los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero, regula que, en caso de subrogación por pago, en la calificación de los créditos se optará por la menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o fiador. Es decir, un carácter restrictivo que debe predicarse de los privilegios y que se ha planteado la doctrina sí podría afectar al hipotecante no deudor en el caso del crédito hipote-

cario. Muchos autores defienden la existencia de una identidad de razón entre ambas situaciones, ya que consideran que el presupuesto que justifica la opción prevista en el artículo 87.6 LC es la existencia de la subrogación, que cuando paga el hipotecante no deudor se da también, ex art. 1210 CC, por ser persona interesada en el pago. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, y pese al carácter restrictivo mencionado, esta aplicación analógica ofrece dudas. Desde un punto de vista literal, porque el legislador ha querido diferenciar a lo largo del articulado las situaciones de fianza y las de garantía real, y la equiparación de ambas figuras debe realizarse con suma cautela. Desde un punto de vista lógico, la responsabilidad real derivada de la hipoteca no puede funcionar de la misma manera, ni ser equiparada a la responsabilidad personal que nace de la fianza. De hecho, el propio artículo 87.6 LC se cimentaría, en el caso del fiador, en que éste debe, igual que el deudor y que está obligado al pago. Sin embargo, como sabemos, el hipotecante no deudor no debe, sino que sólo responde de la deuda del deudor. Eximirle del privilegio como reacción a un comportamiento (el pago de la deuda) que para él no es obligatorio resulta, en nuestra opinión, desmedido. El verdadero problema, sin embargo, y por el que parece más lógico excluir el carácter de privilegiado, se deriva del propio funcionamiento del privilegio. Cuando existe un hipotecante no deudor, dado que el bien hipotecado pertenece a un tercero, no se integra en la masa pasiva y por tanto no es susceptible de ser objeto de privilegio, ya que, en puridad, no hay concurrencia de acreedores sobre el mismo bien. Pero el derecho de reembolso que se deriva de la subrogación sí que se dirige contra el concursado y sí que se hace efectivo sobre su patrimonio, donde concurre con el resto de los acreedores, pero sin garantía real de ningún tipo, ya que ésta se extingue por confusión. Por tanto, al no estar el derecho de reembolso, el crédito, garantizado con hipoteca, no hay privilegio alguno, ya que la base del privilegio, la razón que lo justifica, es la existencia de garantía real. Esta interpretación teleológica nos parece más coherente que una mera aplicación analógica del artículo 87.6 LC.

2. Los créditos garantizados con anticresis (art. 90.1.2.º LC)

Pese a que la anticresis es el gran olvidado entre los derechos reales de garantía, el artículo 90.1.2.º de la LC nos plantea una disyuntiva interesante. Como señala PRADES CUTILLAS⁹, se abren dos vías interpretativas de este precepto. La primera, de carácter restrictivo, apuntaría a una limitación conceptual del acreedor anticrético, que tendría únicamente privilegio sobre los frutos del bien gravado. Una segunda interpretación, más amplia, considera que todas las referencias realizadas al acreedor hipotecario en la LC deben entenderse extendidas al acreedor anticrético y que, por tanto, el número segundo del artículo 90.1 LC sólo busca

⁹ PRADES CUTILLAS, Daniel: «La anticresis y el concurso de acreedores», en *Créditos, garantías y concurso: estudios jurídicos en homenaje al profesor Ruiz de Velasco*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2010.

otorgar, además, el mismo privilegio sobre los frutos del inmueble. Baste dejar apuntada la posibilidad, ya que su examen pormenorizado excede de los propósitos de esta sede.

3. Los créditos refaccionarios (art. 90.1.3.º LC)

El crédito refaccionario ha sido también conceptuado como privilegiado, pero de una manera escueta que, posiblemente, genere más problemas de los que pretenda evitar. Dado que el artículo 90.2 LC sólo salva al refaccionario de los trabajadores de cumplir los requisitos y formalidades para su oponibilidad a terceros para ser calificado como privilegiado, engloba al resto de refaccionarios sin distinción entre los relativos a muebles o inmuebles en la misma categoría. El acreedor refaccionario común, como dice ASENJO RODRÍGUEZ¹⁰, desconoce la exigencia que para los inmuebles supondría cumplir tales prescripciones: el trámite de convertir la anotación preventiva en inscripción de hipoteca a petición del acreedor si al expirar el plazo de sesenta días no estuviera aún pagado por completo su crédito por no haber vencido el plazo establecido en el contrato (artículo 91.1 LH). Una cuestionada remisión a la normativa registral que hace depender un privilegio concursal de un arduo y poco conocido procedimiento hipotecario. En el caso de los muebles haría necesaria la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de determinados bienes que, en circunstancias normales sin atisbo de insolvencia o procedimiento concursal, no accederían al Registro. Como vemos, el artículo 90.2 LC puede llegar a convertirse en una losa registral injustificada que puede llegar a ahogar hasta la muerte al privilegio sobre los créditos refaccionarios.

4. Los créditos derivados de contratos de compraventa a plazos con reserva de dominio y arrendamientos financieros (art. 90.1.4.º LC)

La LC reconoce el carácter de privilegiados a los créditos por cuotas de arrendamientos financieros, o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados, con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago. No obstante, el artículo 90.2 mencionado *supra*, para que todos los créditos privilegiados puedan ser calificados como tales es necesario que la garantía esté «*constituida con los requisitos y formalidades previstas en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores*». En este supuesto nos lleva tener en cuen-

¹⁰ ASENJO RODRÍGUEZ, Elena: «El privilegio refaccionario en el concurso: un estudio de Derecho comparado», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1725 a 1752.

ta la debida inscripción en el Registro de Bienes Muebles que es necesaria para la oponibilidad de estas garantías cuando se refieren a bienes determinados. Más discutible sería si la reserva de dominio debe constar inscrita en el Registro de la Propiedad en caso de que se refiera a un inmueble. ¿Sería oponible a terceros y, por tanto, sería calificable como privilegio especial sin esta inscripción? El acceso del pacto por el que se da a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa resulta indubitado conforme al artículo 11 RH; sin embargo, no ocurre lo mismo con la prohibición de disponer y la reserva de dominio.

Es más, el artículo 27 de la Ley Hipotecaria veta el acceso a estas prohibiciones de disponer, de manera que su eficacia frente a terceros y, por tanto, su calificación como privilegio especial no puede quedar supeditada al acceso al Registro. En el caso de la reserva de dominio, el silencio del legislador complica más las cosas. Hay autores que consideran que los artículos 9 y 23 LH dan cobijo legal al acceso de la titularidad interina que realmente exista sobre la finca, amparándose en que al registro pueden acceder la condición suspensiva o resolutoria a la que se someta el derecho. Otro sector doctrinal, sin embargo, con base en los artículos 11 y 55 LH, niega el acceso al Registro de cualesquiera otras garantías del aplazamiento de pago que no sean la condición resolutoria expresa o la propia hipoteca. Desde nuestro punto de vista, la reserva de dominio supone una excepción voluntariamente creada por las partes a la regla general de nuestro ordenamiento de que cuando existe título y modo se produce la modificación jurídico-real. De manera que, teniendo su origen en la voluntad de las partes, produce sus efectos desde la perfección del contrato en que se pacta. Como bien ha reconocido el Tribunal Supremo en varias ocasiones, en caso de embargo, el derecho que se adquiere se reconduciría al que efectivamente tuviera cada uno. De manera que, en caso del vendedor, no sería más que el derecho a mantener la propiedad mientras no se termine el pago, y en el del comprador, el derecho a adquirir irrevocablemente el dominio mediante el abono de todos los plazos.

El artículo 90.2 LC hace referencia a los requisitos y formalidades para su oponibilidad a terceros. Es decir, no se centra en la validez del pacto, tanto de la prohibición de disponer como de la reserva de dominio, validez que deriva inmediata y directamente del consentimiento contractual. La oponibilidad a terceros se logra, desde nuestro punto de vista, en el momento en que el contrato hace prueba contra terceros del hecho que motiva su otorgamiento, es decir, desde el momento en que al tercero se le puede oponer el contenido del contrato. Y en este sentido, el artículo 1218 del Código Civil resulta claro al decir que los «*documentos públicos hacen prueba aún contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste*». Por tanto, la autorización de los citados pactos en escritura pública debe ser suficiente para estimar cumplido este requisito y dotar de la correspondiente calificación de privilegiado al crédito.

La inclusión en esta lista del arrendamiento financiero manifiesta una aparente voluntad del legislador por considerar el *leasing* como un derecho real de garan-

tía o, más concretamente, por mostrarse partidario de las tesis sobre su naturaleza que explican el mantenimiento de la propiedad en el arrendador como una garantía sobre el contrato que se equipararía a una venta a plazos. No obstante, no puede olvidarse que cuando el *leasing* es de amortización total, es decir, cuando el precio total se haya dividido en cuotas iguales y la última (la que se conceptúa como la opción de compra) no es diferente a las anteriores, el comprador (el concursado) ha adquirido materialmente la propiedad, aunque no formalmente, y su derecho en caso de embargo debe reconducirse al que tiene de manera efectiva. Como ocurría con la reserva de dominio, sería el derecho a que se reconozca su propiedad pagando todas las cuotas. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1998. Esta concepción del arrendamiento financiero debería ser suficiente para negar al arrendador (y al vendedor en la venta a plazos garantizada con pacto de reserva de dominio) la posibilidad de reivindicar su propiedad y reintegrar el bien en su patrimonio previa devolución de las cantidades recibidas, y reduciría su derecho, en nuestra opinión, a la reclamación de las cantidades pendientes de pago, para las cuales tendría un privilegio especial como hemos visto; creemos que esta interpretación es mucho más acorde a la naturaleza de los derechos y la previsión legal sobre su carácter privilegiado.

5. Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta (artículo 90.1.5.º LC)

Estos créditos extienden su privilegio a los valores pignorados. Dicha pignoración, conforme al artículo 12 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, requiere la inscripción en la cuenta correspondiente, siendo la inscripción de la prenda la operación equivalente al desplazamiento posesorio natural de la prenda. La oponibilidad a terceros, dice el artículo 12.2, se produce desde la inscripción, por lo que resulta imprescindible, ex art. 90.2 LC, para el reconocimiento del privilegio.

6. Los créditos pignoratícios (art. 90.1.6.º LC)

Dice el artículo 90.1.6.º LC que gozarán de privilegio especial los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La redacción originaria de dicho precepto había suscitado una amplia discusión doctrinal en torno a dos cuestiones principalmente. La primera, si la prenda de créditos futuros tenía que estar inscrita en el Registro de Bienes Muebles para que el privilegio sobre el crédito fuera reconocido en el concurso; y la segunda, si una vez producida la declaración de concurso todos los créditos futuros. La reforma operada por

la Ley 40/2015 en el artículo 90.1.6.º LC ha venido a esclarecer la cuestión señalando los requisitos necesarios para que los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros gocen de privilegio especial, ya que necesitarán cumplir, antes de la declaración de concurso, los siguientes requisitos: en primer lugar, que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración; en segundo lugar, que la prenda esté constituida en documento público o, en caso de prenda sin desplazamiento, esté inscrita en el registro público competente; y, por último, que si se trata de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

V. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

El artículo 91 LC contempla los casos en que determinados créditos habrán de satisfacerse con preferencia sobre el patrimonio restante del concursado, una vez afectados los bienes especialmente relacionados con los créditos que gozaban de privilegio especial, como acabamos de ver.

1. Los créditos laborales del artículo 91.1.º LC

Al primero que hace referencia es al crédito por salarios que no tenga reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. Como vemos, los términos de la redacción son muy similares a los previstos en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. La LC establece, igual que la norma laboral, una protección de tres grados para los salarios pendientes de pago. Si el equivalente al superprivilegio salarial del artículo 32.1 lo constituye su reconocimiento como crédito contra la masa, y el equivalente al refaccionario lo encontramos en el artículo 90.1.3.º LC, en este párrafo nos encontramos con el reconocimiento de privilegio general de estos créditos, igual que el artículo 32 ET. Como vemos, se mantienen las cuantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores para que la situación del concurso no afecte a los mismos, manteniendo el máximo nivel de protección dispensado para los trabajadores y sus salarios.

En segundo lugar se reconoce como privilegiado al crédito derivado de las indemnizaciones procedentes de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional. Debemos recordar que el artículo 84.2.5.º LC otorga la consideración de créditos contra la masa a los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del con-

curso, incluyéndose los créditos laborales y, por tanto, las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de contratos de trabajo. Se plantearía el problema, por ejemplo, cuando se despide a los trabajadores antes de la declaración de concurso, pero se reconoce por sentencia judicial el carácter de improcedente de dicho despido y se devenga la correspondiente indemnización con posterioridad a aquella declaración. El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de julio de 2014, considera que lo relevante para atribuir una u otra calificación a estos créditos, cuando se trata de despido improcedente y el empleador está declarado en concurso, es el hecho que motiva la extinción del contrato de trabajo. De esta manera, el crédito de la indemnización por despido se devenga por la decisión del empleador de no readmitir al trabajador despedido una vez declarado improcedente el despido. Y ello determina que sea un crédito contra la masa tanto si el despido tiene lugar tras la declaración de concurso como si el concursado o la administración concursal optan por la no readmisión estando ya declarado el concurso, aunque el despido fuera anterior a ella. Es cierto que el no readmitir al trabajador puede ser una decisión inspirada en el buen fin del concurso, pero por eso mismo la indemnización debe tener la especial protección que se dispensa del artículo 84 LC y no sólo la derivada del artículo 91. El mismo razonamiento se aplicaría al caso de que la readmisión fuera imposible porque haya cesado la actividad de la empresa del concursado, en cuyo caso es la sentencia la que declara improcedente el despido, extinguido el contrato y fija la indemnización. No obstante, el Tribunal Supremo considera que no ocurre lo mismo con los salarios de tramitación correspondientes al período anterior a la declaración del concurso. Éstos se devengan por el despido acordado por el empresario y no se produce un devengo posterior a la declaración de concurso. Además, como ha declarado el Tribunal Supremo en varias ocasiones (sentencias de 19 de mayo de 1994, 14 de julio de 1998, 17 de mayo de 2000 y 21 de octubre de 2004, entre otras), estos salarios de tramitación no tienen naturaleza salarial, por lo que no les resultaría de aplicación el artículo 84 LC, sino que tienen naturaleza indemnizatoria y por ello sí que gozarán del privilegio general dispensado por el artículo 91.1 LC.

Por último, el artículo 91 LC reconoce el privilegio general también a las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, y a los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, también con la condición de haberse devengado antes de la declaración de concurso.

2. Las retenciones tributarias y de la Seguridad Social (artículo 91.2.º LC)

Se trata de cantidades correspondientes a las mencionadas retenciones que son debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. Cuando

se trata de créditos tributarios procedentes de la obligación del deudor de ingresar las retenciones realizadas en un trimestre en concepto de IRPF, si este trimestre finaliza tras dictarse el auto de declaración de concurso, el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial de que son créditos concursales si se abonan antes de la declaración de concurso, independientemente de cuando concluya el plazo. Así, en sentencia de 31 de enero de 2011, el Tribunal Supremo estima que sólo las retenciones por IRPF practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa, porque entonces traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado tras la declaración y encuentran acomodo en el artículo 84.2.5.º LC.

El fundamento de este privilegio no se encuentra tanto en su naturaleza jurídico-tributaria, sino en el daño para la recaudación que se produce cuando el retenedor entra en concurso. En la mayoría de los casos, el retenedor habrá practicado efectivamente la retención, pero sin haberla ingresado y, sin embargo, sí que habrá deducido ese importe al presentar su respectiva autoliquidación. Y este dúo de circunstancias produce un efecto negativo doble en las arcas públicas.

3. Los créditos por trabajo no dependiente y los de propiedad intelectual (artículo 91.3.º LC)

Los créditos por trabajo personal no dependiente deben ser a favor de personas naturales y constituyen una novedad de la LC, que, salvo ciertos precedentes del Código de Comercio, responden a la necesidad de diversificar la perspectiva sobre la forma de obtener el sustento vital de las personas. Así, son tradicional e indubitadamente incluidos en esta clasificación los autónomos, aunque otras categorías son más difíciles de deslindar, tal es el caso de la figura de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, cada vez más habituales, y a quienes la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, les reconoce en su artículo 10.3 *in fine*, entre sus garantías económicas, el privilegio del artículo 91.3.º LC.

Son también créditos privilegiados los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso, dice el artículo 91.3.º LC. Protege la LC al autor en su posible condición de acreedor con este privilegio. En cierto sentido este privilegio responde a la equiparación de tales derechos económicos con los salarios y es que, ciertamente, su cesión se hace para la satisfacción de las necesidades vitales del mismo y, por consiguiente, responden a la misma naturaleza de los salarios. Y esta misma equiparación era la que hacía el artículo 54 de la Ley de Propiedad Intelectual hasta su derogación por la Ley Concursal, con objeto de ser incluido en dicho artículo.

4. Los créditos de Derecho Público (art. 91.4.º LC)

El ordinal cuarto del artículo 91 LC califica como créditos privilegiados los tributarios y demás de Derecho Público, así como los créditos de la Seguridad Social que no estén incluidos en el privilegio especial del artículo 90.1, ni en el general del 91.2.º LC. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Los privilegios a favor de la Hacienda Pública hunden sus raíces en los comienzos de nuestro Derecho moderno durante el siglo XIX y se han mantenido prácticamente inalterados durante todos estos años hasta alojarse en la LC. Ciertamente, la LC, como fundamentara en su Exposición de Motivos, se caracteriza por un significativo recorte de los privilegios y ello ha afectado de manera novedosa a los créditos públicos, ya que reduce a la mitad el importe de que goza el privilegio general. Así, la Exposición de Motivos aduce a que uno de sus objetivos es «*reducir drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso*». La finalidad del legislador es evitar que se agote el concurso con la satisfacción de determinados créditos y motivar el acceso a soluciones de viabilidad también por parte de acreedores potentes como el Estado.

No obstante esta reducción, el legislador ha mostrado también generosidad al incluir entre los créditos privilegiados los «*demás de Derecho Público*», para dar cobijo no sólo a créditos tributarios o de la Seguridad Social, sino también a otros entre los que se incluyen prestaciones con distintos perfiles jurídicos, como los precios públicos.

El principal problema suscitado por el artículo 91.4.º es cómo ha de calcularse la base para aplicar el citado porcentaje del 50%. Cómo sabemos, el propio artículo 91.4.º LC excluye de los créditos con privilegio general a los del artículo 90.1.º LC, pensando en los créditos tributarios garantizados con privilegio especial por gozar de una garantía real como la hipoteca legal tácita, y a los del artículo 91.2.º LC, pensando en los créditos por retenciones. La tesis que mayoritariamente han seguido los Juzgados de lo Mercantil parte de, teniendo en consideración el importe de todos los créditos tributarios que conforman la masa pasiva, deducir, como primera operación, los citados créditos con garantía real y los de las retenciones. Sobre la cantidad restante, calcular el 50% para hallar la cantidad afecta al privilegio general, siendo la restante un crédito ordinario. Sin embargo, la Administración Tributaria realiza el cálculo del 50% sobre el importe total de los créditos de la Hacienda Pública, sin deducción alguna. Y sólo después se deducen los créditos afectos a otros privilegios, conduciendo a un resultado drásticamente diferente. Si, por ejemplo, el total de los créditos tributarios ascendiera a 500.000 euros, de los cuales 100.000 lo fueran por retenciones y 100.000 fueran intereses, para la Administración Tributaria, el privilegio general

sería por un crédito de 250.000. Pero luego deduciría los 100.000 € de las retenciones y los 100.000 de los intereses (crédito subordinado) a los 250.000 que constituyen un crédito ordinario, de manera que el crédito ordinario se reduciría a 50.000 €, mientras que se mantendría el privilegiado en 250.000 €. Aplicando la tesis defendida por los Juzgados de lo Mercantil, el crédito privilegiado y el crédito ordinario serían ambos, en este caso, de 150.000 €.

Para la Administración Tributaria se haya de su lado, en primer lugar, el tenor literal del propio artículo que refiere el porcentaje al *«conjunto de los créditos de la Hacienda Pública»*, además de argumentos teleológicos de fijar un límite máximo o incluso argumentos históricos, teniendo en consideración la tramitación parlamentaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de enero de 2009, desestima esta interpretación. La finalidad del precepto controvertido, dice la sentencia, es la de determinar el ámbito del privilegio y concretar su restricción mediante el uso de un porcentaje. Para determinar la base a que debe aplicarse el porcentaje del cincuenta por ciento, no se puede tomar en cuenta los créditos ya contemplados en los artículos 90, 91 o 92 LC porque *«ya se encuentran clasificados con una u otra condición y, por consiguiente, quedan fuera de la categoría genérica de los no clasificados»*. Esta interpretación responde a la lógica formal del propio sistema y evita el sin sentido de una doble calificación de los créditos ya clasificados. Por ejemplo, en el caso de los subordinados, dice el Tribunal que *«no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones subjetivas u objetivas se deban tomar en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de acreedores ordinarios»*. El argumento más sólido es, desde luego, que defender la configuración pretendida por la Administración Tributaria configuraría a este privilegio como uno realmente extendido que podría llegar a anular los créditos ordinarios, de forma que el alcance de este privilegio vendría en la práctica determinado por la cuantía de otros privilegiados o, lo que es más grave, subordinados.

5. Los últimos privilegios (artículo 91.5.º a 7.º LC)

Por último, la LC incluye entre los créditos con privilegio general a los nacidos de responsabilidad civil extracontractual, aunque en este caso los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el artículo 91.4.º LC. También están catalogados como privilegiados los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. El privilegio de los créditos extracontractuales no supone un régimen unitario para todos ellos, sino que diferencia según la naturaleza del daño y la situación asegurativa. De manera que si se trata de daños personales no cubiertos por la correspondiente póliza de seguro, el privilegio otorgado no es de quinto grado, sino del mismo rango que los créditos públicos, es decir, de cuarto grado. Si se tratare de créditos extracontractuales originados con poste-

rioridad a la declaración de concurso serían créditos contra la masa cuando surjan de la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 84.2.5.º LC) o deriven de su responsabilidad extracontractual personal (art. 84.2.10 LC). Si bien la LC ha supuesto un notable avance en la protección de los acreedores involuntarios, como señala SÁNCHEZ GRAELLS¹¹, las disposiciones legales, especialmente el artículo 91.5.º, no están exentas de dificultades interpretativas y generan una situación en la que la tutela efectiva de los acreedores involuntarios puede resultar insuficiente, como, por ejemplo, en casos de generación de daños masivos o catastróficos.

El número 6.º recoge como créditos privilegiados los que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa. Es decir, el otro 50% del *fresh-money*, que mencionábamos *supra* y que no fue calificado como crédito contra la masa, tiene reconocido un privilegio general.

El último crédito a que se reconoce un privilegio general es al de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuviere el carácter de subordinado, hasta el cincuenta por ciento de su importe. El legislador quiere premiar la conducta diligente del acreedor que busca la satisfacción coordinada y general de los créditos de su deudor por encima del beneficio propio de la ejecución individual.

VI. LOS CRÉDITOS ORDINARIOS

La categoría de los créditos ordinarios, si bien es la más amplia y la más importante, ya que constituye el grueso de los acreedores comunes, está, igual que ya ocurriera en el Código Civil, en su artículo 1.925, definida por exclusión. Dice el artículo 90.3 LC que se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados.

VII. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

En su apartado V, la Exposición de Motivos de la LC hace referencia a los créditos subordinados como auténticas excepciones negativas al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores. Esta nueva categoría, introducida por el legislador, posterga aquellos créditos que por diferentes razones deben ser

¹¹ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Los acreedores involuntarios», *Estudios de Derecho Concur- sal*, Cizur Menor, 2008.

pagados después de los ordinarios. Bien por la falta de diligencia del acreedor, bien por la naturaleza del crédito, bien por condiciones especiales que afectan al titular del crédito, bien por convenio entre las partes... estos créditos deben ser satisfechos en último lugar, reduciendo así sustancialmente sus posibilidades de cobro. Son, efectivamente, factores de muy diversa entidad, lo que oscurece un tanto la comprensión de la figura.

La subordinación es una técnica legislativa que responde a la finalidad de proteger a los acreedores ordinarios y que busca actuar en interés de la masa que forman para la mejor satisfacción de sus legítimas expectativas de cobro. ALONSO LEDESMA¹² considera que en los créditos subordinados «*se traslucen matices sancionadores de la mala fe o de la negligencia*», y muchos autores han considerado que sobre tales créditos late la idea de sanción. Una idea que, sin embargo, podría explicar algunos casos de subordinación, pero, en otros, no resultaría aplicable bajo ninguna circunstancia. La gran heterogeneidad de supuestos, la ausencia de un juicio de reproche, así como la falta de penalidad, deben utilizarse como faros para iluminar la naturaleza de tales créditos. Por tanto, no responde a una penalización de los titulares contenidos en el artículo 92 LC, sino más bien, por diferentes consideraciones (dada la enorme diferencia entre los supuestos), a la protección de los acreedores ordinarios y al intento de velar por el interés del concurso. Son créditos que se postergan porque, debido a su origen, calidad o ejercicio, no puede concurrir con el resto de acreedores, no debe sentirse.

1. Los créditos comunicados tardíamente (art. 92.1.º LC)

El legislador diferencia dos tipos de créditos tardíamente comunicados; serán créditos subordinados tanto los tardíamente comunicados que la administración concursal incluya en la lista de acreedores, como los que no habiendo sido comunicados o habiéndolo sido tardíamente, sean incluidos en la lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de la lista. Aquí la doctrina vuelve a esbozar la idea de sanción al acreedor por su falta de diligencia y la norma tendría el objetivo de estimular el comportamiento adecuado del acreedor. Otros autores, en la línea apuntada, consideran que, en un análisis más detenido, debe concluirse que ni el artículo 85 impone un deber ni el artículo 92.1.º recoge una sanción; sino que el artículo 85 lo que establece es una carga, de naturaleza semejante a la carga de la prueba, una conducta que es inexigible o incoercible, pero de la que depende para el afectado la conservación de una posición o la obtención de una ventaja, que se pierde, naturalmente, cuando la con-

¹² ALONSO LEDESMA, Carmen: «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la LO 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.

ducta en que consiste la carga no se ejecuta. Pero la omisión de esta conducta no es objeto de reproche ni puede ser coercitivamente exigida, sino que genera la disminución de la protección del crédito. No hay sanción en sentido técnico y ello lo demuestra además el tenor del artículo 92.1.º al excepcionar de la subordinación una serie de casos en los que el sentido de la carga ya está colmado; a saber, los créditos del artículo 86.3, aquellos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento público con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en el procedimiento judicial y aquellos para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones Públicas.

2. Los créditos subordinados convencionalmente (art. 92.2.º LC)

Son aquellos que *«por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor»*. Muy habitual en figuras como los créditos participativos o en casos de financiación estructurada. Son de equiparables a una renuncia o negociación de rango, lo cual es bastante discutible. Y ello porque cabría preguntarse dónde está el límite a la autonomía de la voluntad en este caso; si, por ejemplo, podría postergarse el crédito más allá del segundo puesto de los subordinados o si la norma es de naturaleza imperativa. Y ello debe observarse siempre desde la óptica de que en materia crediticia rige la *par conditio creditorum*, la regla de la igualdad, entre cuyos aspectos más básicos (aún intacto) destaca la tipicidad legal. La autonomía de la voluntad no puede crear privilegios, de la misma forma que no podría postergar créditos y ello porque postergar un crédito más allá de donde la ley permite su subordinación es privilegiar, por acuerdo de las partes, otros créditos que el legislador ha querido subordinar más allá.

3. Los créditos por recargos e intereses (art. 92.3.º LC)

Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, son subordinados. Sólo se exceptúan los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía, lo cual es perfectamente consecuente con que, ex art. 59.1 LC, constante el concurso, no se suspende el devengo de estos créditos, también con el mismo límite.

¿Qué ocurre con los créditos por intereses pendientes devengados antes de la declaración de concurso? La subordinación de la deuda de intereses es aceptada de manera prácticamente unánime por su razonabilidad, pero la doctrina se encuentra dividida en torno a los intereses devengados antes de la declaración de concurso. La cuestión debería observarse no desde la polaridad de las posiciones,

sino desde el funcionamiento de la norma. La tradición española venía reconociendo la suspensión del devengo de intereses (artículos 884 del Código de Comercio o 1916 del Código Civil) y también que «*si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarán los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuere menor*» (segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil), en términos muy similares al actual artículo 59.2 LC. Por ello, la pregunta que hay que realizar es si utilizando la tradicional suspensión de devengo de interés durante el concurso, ¿hacia falta subordinar los créditos? Declarado el concurso deja de devengarse interés, salvo los relativos a los créditos con garantía real y los salariales reconocidos por el interés legal. Por ende, hemos de pensar que la regla de pago del artículo 59.2 se aplica a los intereses cuyo devengo está suspendido. Y será entonces cuando llegado el momento de pago de intereses (en el puesto tercero de los subordinados) nos preguntemos: ¿qué intereses hay que pagar? No los que tienen suspendido el devengo, pues este crédito no se ha generado. Por tanto, con MONTÉS PENADES¹³, este crédito no es actual, sino potencial, sólo devendrá *in actu* cuando se den las dos posibilidades del artículo 59.2: un convenio sin quita que los haga operativos o el pago de todos los créditos concursales, incluidos los subordinados. Y así los intereses no devengados no son aún crédito concursal y no se han de computar ni pagar en casos como un convenio con quita, un convenio que no los contemple o una liquidación sin remanente. Y es que la subordinación tiene claramente una finalidad complementaria aquí: que el acreedor en este caso no tiene voto por razón de este crédito, que no ha de computar, conforme al artículo 122, pero que quedará afectado por el convenio (artículo 134) y sufrirá los efectos de la novación (artículo 136). Para MONTÉS PENADES¹⁴ cabe concluir que todos los créditos por intereses quedan subordinados, incluidos los créditos por intereses devengados antes de la declaración de concurso.

4. Las multas y sanciones pecuniarias (artículo 92.4.º LC)

La Exposición de Motivos dice al respecto que «*las sanciones impuestas con ocasión de la exacción de créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social*», son créditos subordinados. Sin embargo, y pese a los intentos habidos en la tramitación parlamentaria, no se incluyen las multas judiciales. El precepto recoge una larga tradición histórica y es coherente con la progresiva pérdida de privilegios de los créditos públicos. No obstante, el limitado tenor del artículo, el carácter restrictivo de estos créditos no permite utilizar la interpretación extensiva y debemos negar la posición defendida por algunos autores que pretenden incluir en su tenor las cláusulas penales o las indemnizaciones por daños.

¹³ MONTÉS PENADES, Vicente Luis: «El régimen de los créditos subordinados en la ley concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, número 1, 2004.

¹⁴ MONTÉS PENADES, Vicente Luis: *op. cit. supra*.

5. Las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 92.5.º LC)

Cuando el titular del crédito es alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a que se refiere el artículo 93, el crédito se considera subordinado. Únicamente se excepcionan aquellos créditos comprendidos en el artículo 91.1.º (créditos laborales) cuando el concursado sea persona natural y los créditos diferentes a préstamos u operaciones equivalentes de los que sean titulares los socios a que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º, cumpliendo los requisitos de participación en el capital expresados en estos preceptos.

El artículo 93 ha suscitado una de las más importantes polémicas doctrinales del Derecho concursal sobre la existencia, fundamento y alcance de la norma. Ya en la tramitación parlamentaria no fueron pocos los que abogaron por la supresión de esta norma. Se acabó imponiendo, obviamente, la tesis partidaria de su mantenimiento, asentada principalmente en la abundante práctica fraudulenta, nociva o de mala fe que en determinados casos de insolvencia era orquestada por personas o entidades próximas al concursado. Una situación fáctica real que no puede, sin embargo, empañar la crítica que este artículo merece. Cuando la insolvencia es inminente, o incluso cuando ya es una realidad, opera como una riada, cubre más allá de la cintura y limita nuestros movimientos y quizá también nuestro entendimiento. Ante tal situación, el insolvente no piensa en grandes gestas para solventar el escollo, sino en, desde lo limitado de su posición, cómo salvar la situación con lo que se tiene más al alcance de la mano. Por eso mismo la doctrina denomina «créditos de salvamento» a los que, sobre todo en el caso de las pequeñas y medianas empresas, se buscan entre parientes, amigos y bienhechores. BLASCO GASCÓ¹⁵ entiende que *«la norma cierra una de las fuentes de financiación y de solvencia del pequeño empresario que recurre al ahorro familiar; el legislador perturba gravemente la realidad industrial y empresarial de nuestro país, basada en la pequeña y mediana empresa de clara y fuerte raíz familiar»*.

Para muchos autores, la norma responde a la necesidad de reprimir el fraude que cada uno de los supuestos deja entrever. Sin embargo, la presunción de fraude no podría ser *iuris et de iure*, sino únicamente *iuris tantum*, de manera que permitiera a los acreedores demostrar la existencia y legitimidad del crédito para así evitar la subordinación. Pero como el legislador no ha utilizado el mecanismo de la presunción, sino que, simplemente, cataloga estos créditos como subordinados, el fundamento no puede hallarse en el fraude. Por ello, la doctrina no encuentra otra explicación que una suerte de estado general de sospecha derivada de una experiencia no general, pero sí hasta cierto punto generalizada.

¹⁵ BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Aranzadi, Madrid, 2004.

El artículo 93 plantea, además, problemas de interpretación. Muchos de sus supuestos se basan en la existencia de una especial relación durante un determinado período de tiempo. Estas relaciones especiales no siempre son de constitución inmediata, piénsese, por ejemplo, en el noviazgo que precede al matrimonio o la relación previa a la convivencia *more uxorio*, ¿qué ocurre con aquellos créditos que nacen cuando tales relaciones se hayan en génesis, pero que se acaban consumando antes de la declaración de concurso? ¿Qué ocurre con los acreedores que no son persona especialmente relacionada con el concursado cuando conceden el crédito y sí lo son más adelante?

La ley, como veremos a continuación, no aclara si la relación especial debe existir al nacer el crédito. La lógica y el funcionamiento del sistema implican una respuesta afirmativa tanto para implicar como para excluir, de manera que haber reunido la condición de especial relación y haberla perdido con posterioridad debe ser suficiente para que el crédito nazca libre de subordinación (fuera de los plazos de sospecha que veremos). En el caso de los socios no hay período de sospecha establecido en la ley y, si bien resulta claro que deben ostentar la condición de socios cuando nace el crédito, nada se especifica respecto de si deben mantener tal condición, o los porcentajes especiales que se requieren, cuando se declara el concurso. La doctrina se encuentra dividida al respecto, pero quizá la ausencia del período de sospecha ofrezca la clave al respecto, ya que, si la condición de socio se ha perdido, al no haber límite temporal, la pertenencia, en muchos casos fugaz, a una sociedad puede haber marcado *sine die* el crédito con la subordinación, un trato realmente más severo al dispensado para otros supuestos de especial relación. Por ello, si al declararse el concurso no se mantuviera la condición de socio, aunque si se hubiera tenido al nacer el crédito, habría que defender que éste no debería ser subordinado. La norma es limitativa de derechos individuales y donde el tenor literal no distinga, debemos acogernos a una interpretación restrictiva.

5.1. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona física

El artículo 93.1 hace referencia en primer lugar al cónyuge del concursado, o a quien lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso (con la posible acumulación de cónyuges, ya que la existencia de cónyuge actual no exime al anterior que se halle dentro de plazo). Y, en segundo lugar, a las personas que convivan con el concursado con análoga relación de afectividad o que lo hubieran hecho habitualmente en los dos años anteriores a la declaración. Aunque se diferencie entre convivencia afectiva, refiriéndose al momento presente, y convivencia habitual, refiriéndose al tiempo pasado, entendemos que el legislador no quiere diferenciar dos casos diferentes, sino que usa, con desacierto, expresiones semejantes para referirse a la convivencia afectiva *more uxorio*.

También son personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural sus parientes por consanguinidad o afinidad comprendidos en la expresión del artículo 93.1.2.º, «*los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior*». La redacción del precepto resulta claramente amplia, ya que no existe ningún tipo de limitación de grado ni distinción de vínculo entre los hermanos. Tampoco se tienen en consideración las posibles vicisitudes que pudieren haber atravesado las relaciones, tales como la declaración de la filiación por sentencia firme, limitaciones o privaciones en la patria potestad, etc. De la misma manera, los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado reciben la misma consideración, ex art. 93.1.3.º LC. Aquí el legislador estrecha el cerco sobre el concursado únicamente (y no el resto de personas mencionadas en los números anteriores) y sobre relaciones matrimoniales, únicamente. Además, no se reitera el límite temporal de los dos años y, al ser una norma restrictiva, no podemos interpretarla ampliamente. Por consiguiente, sería necesario reunir el requisito de cónyuge en el momento de la declaración de concurso. Otros autores consideran, empero, que dado que genera una asimetría habría que aplicar el mismo límite temporal para no incurrir en la arbitrariedad de que dos personas con el mismo parentesco estarían vinculadas sólo según cuál de ellas fuera declarada en concurso.

Con todos estos grupos se abarca cualquier tipo de empresa familiar, es más, quizá se excede en sus objetivos al incluir dentro del yugo de la subordinación a más parientes de lo que habitualmente se encuentra en la práctica y que puede generar esa sospecha que fundamenta la norma.

Cuando el concursado o cualquiera de las personas previstas en los apartados citados controlen una persona jurídica, control entendido en los términos del artículo 42.1 del Código de Comercio, estas personas jurídicas también serán personas especialmente relacionadas con el concursado, así como sus administradores de hecho o de derecho, y también las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que aquéllas y aquellas personas jurídicas de las que las personas especialmente relacionadas en los números 1.º a 5.º sean administradores de hecho o de derecho. Como vemos, una norma omnicompreensiva de cualquier participación activa del concursado, con visos de control y dirección, en un entramado societario. Un exceso de celo en la eterna búsqueda de la sospecha, que se define como algo que realmente no hay que buscar, sino que salta a la vista, que puede llevar en muchas ocasiones a extender de manera irrevocable el velo de la sospecha y la mancha de la subordinación sobre situaciones perfectamente libres de ella.

5.2. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica

Los socios que, conforme a la ley, sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y los socios que, cuando nace el derecho de crédito,

sean titulares directa o indirectamente de al menos un 5 por 100 del capital social (si tuviera la sociedad concursada valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial) o un 10 por 100 (en caso contrario), son personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. Pero, además, si los socios fueran personas naturales también lo serán todas aquellas personas que, conforme al artículo 93.1, lo fueren respecto a los socios.

Sorprende que se hable de socios cuando no sólo las sociedades pueden entrar en concurso; debe considerarse incluido cualquier tipo de miembro o integrante de una persona jurídica de base asociativa. La responsabilidad de las deudas sociales debe ser conforme a la ley, esto es, no de base negocial (fianza, por ejemplo), pero no tiene por qué ser necesariamente una responsabilidad que opere como regla general. Así, si determinados socios llegan a responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales por imperativo legal por circunstancias concretas (por ejemplo, como sanción ante determinados comportamientos), serán personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada. Más complicado resulta dilucidar si serán especialmente relacionadas aquellas personas que han respondido de manera transitoria, por ejemplo, en el caso de la sociedad irregular (artículos 39 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital), o del asociado (artículo 10.4 de la Ley de Asociaciones), o en el de la sociedad cooperativa (artículo 9.2 de la Ley de Cooperativas, que hace cesar la responsabilidad por las deudas anteriores, sólo si el patrimonio social es suficiente, con la inscripción).

También presenta problemas la mención que hace la LC de «capital social», porque no todas las personas jurídicas tienen capital. Parece, por tanto, que sí que debe excluirse aquellas que no cuenten con capital social, como las asociaciones, pero sí se incluirían aquellas en las que exista «capital» no propiamente dicho, pero sí admitido desde un punto de vista amplio, como en las colectivas o comanditarias, aquí será posible dilucidar los porcentajes si hubiera socios industriales acudiendo a las herramientas previstas por el legislador, por ejemplo, en los artículos 1689 del Código Civil o 140 del Código de Comercio.

Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales y quienes lo hubiesen sido durante los dos años anteriores a la declaración de concurso también son personas especialmente relacionadas con la concursada. Ciertamente, la inclusión de los administradores de hecho se antoja necesaria, pero no deja de suscitar problemas, especialmente de prueba, de esa gestión efectiva llevada a cabo por la persona en cuestión al margen de cualquier tipo de designación formal por la sociedad. El momento clave para determinar cuándo se es administrador lo marca la aceptación del cargo, no la inscripción registral, y para dejar de serlo, la fecha del cese. Los poderes, además, deben ser generales, no bastan los poderes especiales por amplios que sean.

En las recientes reformas del artículo 93 se ha añadido una excepción a la especial relación, para aquellos acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio.

Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada, y sus socios comunes, también tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas.

5.3. Cesionarios y adjudicatarios

Salvo prueba en contrario, dice el artículo 93.3, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. De esta manera vemos cómo se extiende aún más la sospecha, mucho más allá de los límites que aconseja el sentido común; piénsese, por ejemplo, en entidades que se dedican a este tipo de operaciones de manera habitual o instrumental para otras operaciones de mercado. Pero la cuestión repele más aún la conciencia jurídica al vislumbrar que dicha presunción no requiere la existencia de ningún tipo de *consilium fraudis*, basta adquirir del suegro del concursado un crédito para hallarse en dicha situación. Desde luego, el artículo 93.3 parece querer imponer un estudio, caro y exhaustivo, de la persona, familia y entorno de cualquier tipo de cesionario, como medida precautoria para adquirir con garantías un crédito. Un exceso de celo por parte del legislador que debe ser reconducido a sus justos términos, interpretando esta norma a la luz de su fundamento, que es el de evitar el fraude, no el de anquilosar el tráfico negocial.

6. La subordinación como consecuencia de la revocación y las obligaciones recíprocas (art. 92.6.º y 7.º LC)

Serán créditos subordinados los créditos que resulten, como consecuencia del ejercicio de la rescisión concursal, a favor de quienes en la sentencia de rescisión hayan sido declarados de mala fe. Con el mismo fundamento, se subordinan los créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Quedan, por consiguiente, postergados al último lugar los créditos en los que la mala fe del acreedor ha sido constatada judicialmente, de manera que el discutido carácter sancionador de la subordinación aflora en último término. Si bien es

cierto que negábamos este fundamento, no debe pasarse por alto que, haya represión o no en la subordinación, el legislador coloca adecuadamente los créditos enturbiados en su nacimiento por la mala fe en la peor posición, restringiendo prácticamente a la nada las perspectivas de cobro. Satisfacer estos créditos supondría que, dado que se hallan en el último lugar, han sido satisfechos todos los acreedores del concursado, una situación a la que difícilmente se podrá llegar si tenemos en cuenta que el presupuesto objetivo del concurso es precisamente la insolvencia: la imposibilidad de atender al cumplimiento de las obligaciones.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, Carmen: «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la LO 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.
- «Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 14, 2011.
- ASENJO RODRÍGUEZ, Elena: «El privilegio refaccionario en el concurso: un estudio de Derecho comparado», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 1725 a 1752.
- BELTRÁN, Emilio: *Las deudas de la masa*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1986.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Aranzadi, Madrid, 2004.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005.
- GARCÍA GÓMEZ, Antonio J.: «Algunas cuestiones controvertidas sobre la calificación de los créditos tributarios», *Anuario de Derecho Concursal*, número 18, septiembre a diciembre de 2009, pp. 377 a 397.
- GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Temis, S. A. Bogotá, 1987.
- GUERREA CHALÉ, Aurelio: «La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el Derecho español», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 1875 a 1912.

- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Comunicación, reconocimiento y calificación del crédito hipotecario en el concurso», en *Créditos, garantías y concurso: estudios jurídicos en homenaje al profesor Ruiz de Velasco*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2010.
- MONTÉS PENADES, Vicente Luis: «El régimen de los créditos subordinados en la ley concursal», *Anuario de Derecho Concursal* número 1, 2004, pp. 49 a 85.
- PRADES CUTILLAS, Daniel: «La anticresis y el concurso de acreedores», en *Créditos, garantías y concurso: estudios jurídicos en homenaje al profesor Ruiz de Velasco*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2010.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, Alfonso: «Acuerdos de Refinanciación, Convenio y Reestructuración: Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal», *Tipología de los acuerdos de refinanciación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Los acreedores involuntarios», *Estudios de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2008.
- SANZ ACOSTA, Luis: «Calificación concursal de los créditos derivados de la indemnización por despido improcedente y de los salarios de tramitación», *Actualidad Civil*, número 12, diciembre de 2014, pp. 1378 a 1384.
- VEIGA, Abel B.: «Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad», *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 1643 a 1695.

(Trabajo recibido el 26/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)

EL CONVENIO CONCURSAL*

ANA BELÉN CAMPUZANO

Catedrática de Derecho mercantil

Universidad CEU San Pablo

RESUMEN

Las soluciones del concurso de acreedores son el convenio y la liquidación. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores; pero el medio empleado para ello es diferente. El convenio es el negocio jurídico entre el concursado y la colectividad de los acreedores ordinarios, aprobado por el juez del concurso, que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores mediante quitas, esperas, quitas y esperas y las estipulaciones que puedan añadirse conforme a la legislación concursal. Se distinguen dos regímenes parcialmente diferentes para el convenio, atendiendo al momento de la tramitación. El que podríamos denominar «convenio ordinario», que es aquel que se tramita íntegra o preferentemente durante la segunda fase del concurso, la «fase de convenio». Y el «convenio anticipado», que es aquel que se tramita durante la primera fase del concurso, la «fase común».

Palabras clave: convenio concursal, contenido del convenio, convenio anticipado, convenio ordinario, Junta de acreedores.

* El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación «Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa» (DER2015-71210-R), concedido por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad.

CREDITORS AGREEMENT

ANA BELÉN CAMPUZANO

Commercial Law Professor
CEU San Pablo University

ABSTRACT

The arrangement with creditors solutions are, on the one hand, the creditors agreement and, on the other, the winding up. When the assets and liabilities of the bankrupt company have been determined, both the agreement and the winding up are intended to satisfy creditors, but the tools to do so in each of them are different. The agreement is the legal deal concluded between the bankrupt company and the community of ordinary creditors and it is approved by the bankruptcy judge. The agreement aims to satisfy creditors by reduction of debt, debt moratoriums, reduction of debt and debt moratoriums, and any provisions which may be added under the insolvency act. Two partially different regimes for the agreement can be distinguished, based on the time of the insolvency procedure. One of them could be called «ordinary agreement»: it is processed entirely or preferably during the second phase of the insolvency proceeding, the «phase of the agreement». The other one could be called the «the creditors agreement in advance»: it is processed during the first phase of the arrangement with creditors proceeding, the «common phase»

Keywords: creditors agreement; content of the creditors agreement; advance creditors agreement; ordinary agreement; meeting of creditors.

SUMARIO: I.—EL CONVENIO COMO SOLUCIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 1.—Convenio *versus* liquidación: la satisfacción de los acreedores. 2.—El convenio como «solución normal» del concurso. Los incentivos legales a favor del convenio. 3.—El convenio en el desarrollo del proceso concursal. II.—EL CONCEPTO Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO. 1.—El convenio como acuerdo de voluntades aprobado por el juez. 2.—La prohibición de convenios de liquidación: el convenio de continuación. 3.—El contenido esencial del convenio. 3.1.—Los convenios remisorios (o de quita). 3.2.—Los convenios dilatorios (o de espera). 3.3.—Los convenios mixtos (o de quita y espera). 4.—El contenido potestativo del convenio. 4.1.—Las cláusulas de enajenación. 4.2.—Las proposiciones alternativas. 4.3.—La imposición de nuevas obligaciones. 4.4.—El «convenio con asunción»: el asunto. 5.—Los convenios de cesión de bienes. 6.—Los convenios de liquidación global. III.—LA PROPUESTA DE CONVENIO. 1.—La legitimación para presentar propuesta de convenio. 2.—La formalización de la propuesta de convenio. 3.—La prohibición de propuestas condicionales. 4.—El plan de pagos y el plan de viabilidad. IV.—LA ACEPTACIÓN DEL CONVENIO. 1.—La aceptación de los acreedores ordinarios. 2.—La posición de los acreedores privilegiados. 3.—La posición de los acreedores subordinados. 4.—La posición de los adquirentes de créditos tras la declaración de concurso. 5.—Los

porcentajes para la aceptación del convenio. 6.—La forma de emisión: adhesiones y voto en Junta de acreedores. V.—EL CONVENIO ANTICIPADO. 1.—La caracterización del convenio anticipado. 2.—La legitimación para la presentación de convenio anticipado: las prohibiciones legales. 3.—La tramitación del convenio anticipado. VI.—LA TRAMITACIÓN ORDINARIA DEL CONVENIO. 1.—La apertura de la fase de convenio. 2.—La legitimación para la presentación de la propuesta de convenio. 3.—El control judicial preliminar. 4.—La evaluación de la administración concursal. 5.—La aceptación de una propuesta de convenio. VII.—LA JUNTA DE ACREEDORES. 1.—La convocatoria de la Junta de acreedores. 2.—La constitución de la Junta de acreedores. 3.—La deliberación y votación de las propuestas de convenio. 4.—El acta de la Junta de acreedores. VIII.—LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO. 1.—La oposición a la aprobación judicial del convenio. 2.—Las causas de oposición. 2.1.—La infracción de las normas legales. 2.2.—El cumplimiento objetivamente inviable del convenio. 3.—El control de oficio del convenio por el juez. IX.—LA EFICACIA DEL CONVENIO. 1.—El momento de adquisición de eficacia del convenio. 2.—La no finalización del concurso por la entrada en vigor del convenio. 3.—La recuperación de las facultades del concursado. 4.—La finalización de la paralización de las ejecuciones. 5.—El cese de los administradores concursales. 6.—La vinculación del concursado y de los acreedores concursales al convenio. 7.—La no vinculación de los acreedores privilegiados al convenio y la posibilidad de «arrastre». 8.—La eficacia «novatoria» del convenio. X.—LA NULIDAD DEL CONVENIO. XI.—EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 1.—El deber de información del concursado. 2.—La solicitud del cumplimiento íntegro del convenio. 3.—Los efectos de la declaración judicial de cumplimiento del convenio. 4.—El auto de clausura o conclusión del concurso. 5.—Los efectos de la declaración judicial de conclusión del concurso. XII.—EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 1.—La declaración judicial de incumplimiento del convenio. 2.—La «falta» de cumplimiento del convenio. 3.—El ejercicio de la acción. 4.—La sentencia estimatoria del incumplimiento. 5.—La apertura de la fase de liquidación.

I. EL CONVENIO COMO SOLUCIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. Convenio *versus* liquidación: la satisfacción de los acreedores

Las soluciones del concurso de acreedores son el convenio, o solución negociada entre el deudor y la colectividad de los acreedores, y la liquidación, que supone la conversión del patrimonio en dinero y su reparto entre los acreedores por el orden legalmente establecido. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales durante la fase común, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores; pero el medio empleado para ello es diferente. El convenio es el negocio jurídico entre el concursado y la colectividad de los acreedores ordinarios, aprobado por el juez del concurso, que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores mediante quitas, esperas, quitas y esperas y las estipulaciones que puedan añadirse conforme a la legislación concursal. Y la liquidación pretende conseguir esa misma finalidad mediante la conversión en dinero del activo concursal para el pago, hasta donde sea posible, y por el orden legalmente establecido, a los acreedores.

Se trata, además, de soluciones recíprocamente excluyentes, en la medida en que el convenio no podrá consistir en una liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas (art. 100.3 LC) y en que la liquidación es tarea encomendada en exclusiva a la administración concursal, bajo la supervisión del juez, sin que se exija el consentimiento del deudor y de los acreedores. Por lo general, el convenio y la liquidación tienen carácter alternativo, de modo que deudor y acreedores pueden optar por alcanzar un acuerdo o porque se abra la fase de liquidación. Pero, en algunos casos, estas dos soluciones no serán alternativas, sino sucesivas: la apertura de la fase de liquidación es preceptiva siempre que fracase la solución convenida —intentada o ya conseguida—, en

cuyo caso se produce la conversión de la solución del concurso, es decir, una sucesión de fases: de la fase de convenio se pasa a la fase de liquidación.

El régimen legal del convenio es muy extenso (arts. 98 a 141 LC), duplicando el número de artículos dedicados al régimen legal de la liquidación (arts. 142 a 162). Mientras que el régimen legal de la liquidación es unitario, la Ley distingue dos regímenes parcialmente diferentes para el convenio, atendiendo al momento de la tramitación. El que podríamos denominar «convenio ordinario», que es aquel que se tramita íntegra o preferentemente durante la segunda fase del concurso de acreedores, la denominada «fase de convenio» (arts. 111 a 126). Y el «convenio anticipado», que es aquel que se tramita durante la primera fase del concurso, la denominada «fase común» (arts. 104 a 110 LC)¹. Ambos, convenio ordinario y convenio anticipado, deben, además, tramitarse en el proceso concursal conforme a las reglas del procedimiento ordinario o abreviado, según corresponda.

2. El convenio como «solución normal» del concurso. Los incentivos legales a favor del convenio

A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal afirme que el convenio es la «*solución normal*» del concurso, las dos soluciones merecen ese calificativo. Tan normal es un concurso en el que se alcance un convenio como un concurso en el que la solución sea la liquidación de la masa activa. Aún más, en la práctica resultan más frecuentes los concursos con liquidación que los concursos con convenio. Precisamente por ello, pretendiendo lograr un mayor número de convenios concursales, en la sucesión de reformas que se han llevado a cabo en la legislación concursal, se ha prestado también atención al régimen del convenio.

En la redacción originaria de la Ley Concursal, tanto el que podríamos llamar convenio ordinario como el convenio anticipado estaban sujetos a límites y restricciones que, aunque pretendían una mayor protección a los derechos de los acreedores, dificultaban su consecución². En un primer momento, con la reforma

¹ Vid. ALONSO MUÑUMER, M. E.: «El convenio en el concurso de acreedores», *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales* (PATÖN), Bosch, Barcelona, 2014, pp. 105-130; MARTÍNEZ MELÓN, M.ª: *Las soluciones al concurso por vía de convenio*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

² En particular, se establecían límites al contenido de las proposiciones de quita y de espera a incluir en el convenio ordinario y anticipado, respecto de los créditos ordinarios, que sólo podían superarse excepcionalmente. Como indica la *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016*, la Ley Concursal estableció unos límites al contenido de los convenios para evitar las situaciones indeseables que se producían al amparo de la anterior normativa concursal, en concreto por la existencia de convenios que suponían en la práctica la frustración total de los legítimos derechos de los acreedores y, más concretamente, de aquellos que no se habían adherido o votado a favor del

de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, el legislador insistió en su propósito de favorecer la solución conservativa, reforzando la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso (art. 100.3 LC), y adoptando medidas dirigidas a facilitar el acuerdo entre el deudor y sus acreedores: concediendo a los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, la calificación de créditos contra la masa (art. 84.2-11 en relación con el art. 100.5 LC), o permitiendo, cuando la adquisición hubiera tenido lugar por una entidad sometida a supervisión financiera, que mantengan su derecho de voto en la Junta que habrá de decidir sobre el convenio aquellos acreedores que hubieran adquirido su voto por actos entre vivos después de la declaración de concurso. No obstante, eran medidas tímidas, que no estaban bien definidas ni exentas de problemas³.

Ante ello, las reformas posteriores han pretendido hacer efectivo aquel propósito favorable a la solución conservativa. Así, en el ámbito de la flexibilización del procedimiento concursal para lograr una mayor continuidad de empresas viables, se encuentra, de un lado, el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y que fomenta los mecanismos preconcursales con el objeto de facilitar y promover la reestructuración y la refinanciación de la deuda de las empresas. Y, de otro lado, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, cuyo objetivo es extender los principios de las alternativas preconcursales a las soluciones previstas en el concurso de acreedores, es decir, el convenio y la liquidación. Ambas normas pretenden desarrollarse sobre principios homogéneos, tales como la consideración de que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa, no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, sobre todo, para el mantenimiento del empleo. En particular, la flexibilización del convenio concursal recogida en el Real Decreto-ley 11/2014 —y en la Ley 9/2015— se pretende, de un lado, ampliando el contenido de la propuesta, que puede llegar a incluir la cesión en pago de bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuación de la actividad (art. 100.3-II LC). De otro lado, se reconoce derecho de voto en general a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, salvo que se trate de persona especialmente vinculada con el concursado

convenio, pero resultaban vinculados por el mismo. Por ello, la superación de dichos límites había de considerarse excepcional, puesto que supone un sacrificio muy considerable para los acreedores, especialmente para aquellos que no han votado a favor del convenio y que, sin embargo, se ven obligados a pasar por el mismo, y puede otorgar al deudor declarado en concurso que continúa con su actividad empresarial o profesional una ventaja injustificada frente a otros competidores que cumplen regularmente sus obligaciones o que, en caso de dificultades transitorias de liquidez, recurren al crédito para poder cumplirlas.

³ Vid. VAQUER, F. J.: «El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial», *ADCo*, núm. 24, 2011, pp. 153-165.

(art. 122 LC, a contrario). Además, la atribución de derecho de voto a los acreedores que adquieran sus créditos con posterioridad a la declaración de concurso tiene un efecto adicional que la reforma entiende beneficioso para el resto de acreedores: «fomentar la existencia de un mercado de dichos créditos que les permita obtener liquidez, en una situación de concurso de su deudor, sin tener que esperar a la liquidación final». En fin, una medida fundamental de fomento de la solución convenida se encuentra en la ampliación de la capacidad de arrastre del convenio a los acreedores disidentes en determinadas circunstancias; posibilidad que se amplía a determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía⁴.

En todo caso, la afirmación de que el convenio es la solución normal del concurso se apoya en la existencia de algunos incentivos a favor del convenio. El primer incentivo, más formal que sustancial, consiste en establecer que, salvo que el concursado hubiera solicitado la liquidación —y salvo también, obviamente, que se hubiera alcanzado un convenio anticipado—, el mismo auto en el que se pone fin a la fase común del concurso abre la fase de convenio, aunque no se hubiera presentado propuesta alguna (art. 111.1 y 2 LC). El segundo incentivo a favor del convenio lo constituye la doble circunstancia de que no llegará a formarse la sección de calificación si se aprueba un convenio cuya quita no supere el treinta por ciento del importe de los créditos y cuya espera no supere los tres años (art. 167.1-II LC), y de que, cualquiera que sea su contenido, no existirá condena a los administradores, liquidadores, apoderados generales y socios de la sociedad concursada a la cobertura, total o parcial, del déficit que pudiera existir entre la masa activa y la masa pasiva (art. 172 bis.1 LC). No obstante, si bien se mira, esa doble opción legal constituye tan sólo un incentivo para que el deudor inste su concurso tempestivamente, a fin de conseguir evitar la calificación del concurso. No puede olvidarse, sin embargo, que el convenio exige la aceptación de la colectividad de los acreedores ordinarios, quienes pueden rechazar la solución convenida con la intención, precisamente, de que se forme la sección de calificación y de obtener, en especial, una condena de los administradores en la sección de calificación que se abra como consecuencia de la liquidación.

3. El convenio en el desarrollo del proceso concursal

En el que podría denominarse «modelo general», el concurso de acreedores tiene un procedimiento que se compone de dos fases sucesivas: una primera, que la Ley denomina «fase común», destinada básicamente a la determinación de las masas activa y pasiva, y una «fase segunda» de contenido alternativo, que puede ser bien la «fase de convenio», bien la «fase de liquidación».

⁴ Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: «La conservación del convenio concursal», *RDCyP*, núm. 22, 2015, pp.163-181.

Al lado del concurso de acreedores con dos fases consecutivas, existen concursos en los que la tramitación propiamente dicha se reduce a una sola fase. Así sucede, entre otros supuestos, en caso de convenio anticipado. Durante la tramitación de la fase común —y aun antes en los casos de concurso voluntario— el deudor sobre el que no pese prohibición legal (art. 105 LC) puede presentar propuesta anticipada de convenio (art. 104.1 LC), acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen, según los casos, la quinta o la décima parte del pasivo (art. 106.1 LC). Admitida a trámite esta propuesta, si consigue las adhesiones legalmente exigidas, el convenio podrá ser aprobado por el juez mediante sentencia, sin necesidad de abrir fase de convenio (art. 109.2 LC).

Existen también concursos en los que se suceden tres fases: la fase común, la fase de convenio y la fase de liquidación. Así ocurre cuando abierta la fase de convenio, no se presenta ninguna propuesta; cuando la propuesta presentada no consiga los porcentajes de pasivo necesarios para poder considerarse aceptada por la colectividad de acreedores; cuando, a pesar de ello, no sea aprobada por el juez; y cuando se declare la nulidad del convenio o el incumplimiento del aprobado⁵.

En todo caso, la Ley Concursal diseña un único proceso —unidad objetiva o procedimental— aunque, dentro de esa unidad procesal, distingue entre aquel concurso de acreedores que denomina concurso ordinario —o concurso de tramitación ordinaria— y el concurso abreviado —o especialmente simplificado. El procedimiento abreviado constituye una simplificación del proceso concursal y en modo alguno un proceso distinto, cuya razón de ser es el ahorro de tiempo y de dinero que la sustanciación del concurso implica, en beneficio tanto del deudor como de los acreedores. El concurso abreviado puede ser originario, es decir, declarado ya con este carácter, o tener carácter sobrevenido: en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, ordenar la conversión de un concurso ordinario en un concurso abreviado, cuando concurran los presupuestos para ello, o viceversa, convertir un concurso abreviado en ordinario cuando compruebe que, en realidad, no existen esos presupuestos.

Así, el juez puede aplicar este procedimiento especialmente simplificado, el procedimiento abreviado, cuando concurran los requisitos establecidos legalmente,

⁵ En estos casos, el juez dictará auto declarando de oficio la apertura de la fase de liquidación (art. 143 LC), que, en realidad, supone la llamada «conversión» de la fase de convenio en fase de liquidación y que plantea problemas interpretativos en todos aquellos casos en los que se haya producido un cumplimiento parcial del convenio. También se abrirá la fase de liquidación de modo consecutivo cuando, durante la vigencia del convenio, así lo solicite el deudor que conozca la imposibilidad de cumplir las obligaciones y los pagos comprometidos con posterioridad a la aprobación de aquél y cuando un acreedor pruebe que concurre alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso.

que han ido variando con las sucesivas reformas de la Ley Concursal. En la redacción original de la Ley Concursal, el procedimiento abreviado exigía, desde el punto de vista subjetivo, que el deudor fuera persona natural o jurídica y que conforme a la legislación mercantil estuviese autorizada a presentar balance abreviado. Y desde la perspectiva objetiva, que la estimación inicial del pasivo no superase el millón de euros⁶. Tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley de marzo de 2009, el juez debía aplicar el procedimiento abreviado siempre que el deudor fuera una persona natural o bien una persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, pudiera presentar balance abreviado y siempre que, además, la estimación inicial del pasivo no superase los diez millones de euros. En ambos casos, el procedimiento abreviado se caracterizaba, además, por la reducción de plazos y por el carácter unipersonal de la administración concursal. La primera consistía en que los plazos establecidos en la Ley Concursal —no los procesales— se reducían a la mitad, salvo aquellos que el juez, por razones especiales, acordase mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal era de un mes, a contar desde la aceptación del cargo, y no de dos, como en el concurso ordinario, y sólo podía autorizarse una prórroga por plazo máximo de quince días, mientras que en el concurso ordinario el plazo máximo de esa prórroga era de un mes. La segunda consistía en que la administración concursal era unipersonal, debiendo recaer el nombramiento en un profesional económico o jurídico, salvo que el juez, apreciando motivos especiales que lo justificase, decidiese mantener la regla general de órgano colegiado integrado por tres componentes o designar dos administradores concursales. Tras la reforma de la Ley Concursal, de octubre de 2011, el procedimiento abreviado sufre modificaciones muy relevantes. En puridad, se amplía considerablemente la regulación de este concurso abreviado —que, en realidad, puede configurarlo como el procedimiento habitual de tramitación del concurso—, ofreciendo un régimen jurídico mucho más completo que, en palabras, del preámbulo de la Ley de reforma de 2011 ofrece «soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación de la Ley Concursal ha permitido constatar» (arts. 190, 191, 191 bis, 191 ter y 191 quáter LC). De esta forma, se regula específicamente el concurso abreviado, aplicándose las normas previstas para el procedimiento ordinario en todo lo no regulado expresamente.

El procedimiento abreviado diferencia ahora entre aquellos supuestos en que el juez podrá declararlo y aquellos otros en los que el juez lo aplicará necesariamente. En el primer caso, el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad, para lo que atenderá a diversas circunstancias recogidas en la Ley: menos de cincuenta acreedores; una estimación inicial del pasivo no superior a los cinco millones de euros y una valoración de los bienes y derechos que no alcance los cinco millones de euros. Si el deudor es una persona natural, el juez valorará especialmente si responde o es garante de las

⁶ Vid. «Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 23 de marzo de 2005».

deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. Y la misma facultad tendrá el juez para aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio⁷ o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. En el segundo caso, el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo. En todo caso, el juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, puede en cualquier momento transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado si se produce una modificación de las circunstancias y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso.

Declarado el concurso abreviado, por una u otra vía, se fijan los plazos en los que el administrador concursal —su carácter unipersonal deja de constituir una especialidad del procedimiento abreviado, ya que el administrador único, incluyendo a las personas jurídicas, pasa a ser la regla general del procedimiento concursal que sólo se altera en circunstancias excepcionales— debe presentar toda la documentación y el régimen para la tramitación de las impugnaciones, que viene presidido por un principio de rapidez en los plazos y en su tramitación. Así, si hay más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista. El administrador concursal debe informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio y si las impugnaciones afectan a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos, imponiendo las costas conforme al criterio del vencimiento objetivo, salvo que se aprecie la existencia de serias dudas de hecho o de derecho. Si se presenta propuesta ordinaria de convenio —en todo caso cinco días después de la notificación del informe del administrador concursal⁸— y se admite a trámite, se señalará fecha

⁷ Vid. CAMESELLE, O.: «Procedimiento abreviado, solicitud de concurso y propuesta anticipada de convenio», *RDCyP*, núm. 20, 2014, pp. 411-417.

⁸ El *Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, de 30 de julio de 2013*, se refiere al cómputo del plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio, que entiende se inicia con el informe provisional de la administración concursal y no con la presentación de los textos definitivos. Aduce para ello, en primer lugar, el tenor literal del precepto que se refiere al informe del administrador concursal, no a los textos definitivos de la lista de acreedores e inventario. Así, si nos preguntamos cuál es el informe de la administración concursal por antonomasia, la respuesta es clara, el del artículo 75 de la Ley Concursal, es decir, el del artículo 95 de la Ley Concursal (dado que el art. 95 LC se refiere a la publicidad del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria). Y por lo que se refiere al procedimiento abreviado, el del artículo 191.2. En ningún precepto de la Ley Concursal se hace referencia a un informe definitivo que pueda dar lugar a error en relación a cuál de los dos informes se refiere el artículo 191.5. En todo caso, la

para la celebración de la Junta de acreedores dentro de los treinta días hábiles siguientes. En caso de no presentarse en ese plazo propuesta de convenio, se abrirá de inmediato la fase de liquidación, debiendo el administrador concursal presentar el plan de liquidación en un plazo improrrogable de diez días. Aprobado el plan, las operaciones de liquidación no podrán durar más de tres meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más.

El régimen jurídico del concurso abreviado se cierra con especialidades en función de que la solución del concurso sea el convenio o la liquidación. En caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio, la aceptación de ésta se realizará por escrito y verificada la obtención de las adhesiones necesarias, el juez lo aprobará, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio. Si hubiera oposición, el juez podrá requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio. En

Ley Concursal hace referencia a los textos definitivos, no al informe definitivo. Por ello, es obvio que si se hubiera querido poner el plazo a contar desde los textos definitivos, hubiera indicado la norma textos definitivos y no informe. A más abundamiento, los textos definitivos sólo tienen razón de ser cuando hay impugnaciones de la lista de acreedores e inventario, o comunicaciones posteriores de crédito que haya de incluir en la lista, de modo que, cuando no los haya, no tendríamos textos definitivos a cuya notificación referenciar la fecha tope para la presentación de la propuesta de convenio. Ello se observa claramente en el artículo 113 de la Ley Concursal, que establece diferentes plazos de presentación de propuestas de convenio en función de que haya o no impugnaciones, lo cual no ocurre en el procedimiento abreviado, lo que incide aún más en que el informe es el del artículo 95 de la Ley Concursal. No es razón válida para entender que el precepto se refiere a los textos definitivos el tener que esperar a la consolidación de las masas, por cuanto que el artículo 191.4 admite la apertura de la fase convenio sin tener que esperar a la resolución de los incidentes en función de la incidencia de las impugnaciones sobre el activo y el pasivo, lo que habilitaría la aprobación de convenios sin que estuvieren resueltos los incidentes y, por tanto, fijadas definitivamente las masas activas y pasivas. Esta posibilidad de apertura de la fase de convenio estará enlazada con la previa admisión de la misma y será en esa resolución en que se ordenará la celebración de la Junta de acreedores señalando fecha el secretario. El entenderlo de otro modo hace que tampoco tenga sentido el artículo 191.4. Por lo que respecta a la liquidación, si la liquidación ya se ha pedido por el deudor o, en su caso, por el administrador concursal, se abrirá por ese motivo cuando proceda en función del artículo 142, independientemente de cuál sea la incidencia de las impugnaciones. Sólo se puede referir la posible apertura de la fase de liquidación a una apertura de oficio y ésta sólo podría ser por la causa prevista en el artículo 143.1-1.º, es decir, por la no presentación dentro de plazo de propuesta de convenio, en el caso de que esta fase de liquidación no se haya abierto antes por el secretario por decreto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 191.6. Por lo que atañe a la apertura de la fase convenio, ello sólo se explica con una propuesta presentada dentro del plazo del artículo 191.5, a contar desde la notificación del informe provisional. Es decir, si consideramos que ese plazo empieza a computarse desde la notificación de los textos definitivos, ¿para qué sirve anticipar la fase de convenio? Pues para nada, puesto que habría que esperar a señalar la fecha de la Junta a que se resolvieran los incidentes, se presentaran los textos definitivos y se presentara y admitiera la fase de convenio, lo cual podría suponer, dado el volumen de trabajo que existe en órganos como éste, el transcurso de meses o, incluso, años; por tanto, la posibilidad de anticipar la apertura de la fase de convenio del artículo 191.4, párrafo quinto, sólo se explica si la propuesta se ha presentado en el plazo que sostenemos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del informe provisional.

el supuesto de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación y, tras el informe del administrador concursal, en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación, el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora.

II. EL CONCEPTO Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO

1. El convenio como acuerdo de voluntades aprobado por el juez

El convenio es el negocio jurídico entre el concursado y la colectividad de los acreedores ordinarios, aprobado por el juez del concurso, que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores mediante quitas, esperas, quitas y esperas y las estipulaciones que puedan añadirse conforme a la legislación concursal. El rasgo más característico de este peculiar negocio jurídico radica en la existencia de una muy importante desviación del principio de la relatividad de los contratos: en cuanto convenio de masa, la eficacia del convenio se extiende a acreedores que no se han adherido a la propuesta o que no han votado a favor de ella⁹.

⁹ Estas y otras particularidades propias del convenio concursal han motivado profundas discusiones por parte de la doctrina española y extranjera acerca de la naturaleza del convenio en los procedimientos concursales. Podemos sintetizar la discusión en dos grandes corrientes: la tesis *publicista/procesal* que siguen aquellos que ponen el acento en la sentencia judicial de aprobación del convenio, y la tesis *negocial/privada*, que considera que la naturaleza contractual goza de preponderancia en la institución y que se encuentra dividida entre quienes consideran que se trata de un contrato de carácter transaccional, de índole novatoria y quienes piensan que constituye un *pactum de non petendo*. Las extendidas tesis mixtas o híbridas consideran que el convenio es un contrato *sui generis* en el que se aúnan elementos negociales privados y elementos jurisdiccionales. Frente a la primacía de la tesis procesal en los ordenamientos italiano y alemán —en los que el juez tiene facultades para pronunciarse sobre la conveniencia de convenio—, en nuestra doctrina ha prevalecido tradicionalmente, aunque con matizaciones, la tesis contractualista debido, principalmente, a que el control judicial se limita a la legalidad, o lo que es lo mismo, el juez sólo puede denegar de oficio la aprobación del convenio por infracción de algunas de las disposiciones sustantivas o procesales (art. 131 LC).

Esta ha sido la tesis seguida por la doctrina del Tribunal Supremo, que, aunque refiriéndose al régimen de quiebras anterior, ya tuvo que pronunciarse al efecto. En las *sentencias de 4 de julio de 1996 y de 8 de enero de 1997* se apunta que, aunque en la génesis del convenio concurren factores privados, se acusa también un matiz de marcado carácter público. De manera similar lo hizo la Dirección General de los Registros y del Notariado en la *resolución de 28 de enero de 1987*, en la que sostuvo que el convenio posee una naturaleza específica, pues había que considerarlo como un negocio jurídico complejo que posee elementos contractuales y procesales y que, como en el procedimiento concursal, representa el interés de los particulares, pero además también representa el interés público.

El convenio es, en efecto, un acuerdo de voluntades en el que la voluntad de una de las partes —los acreedores ordinarios— se determina en función de un sistema de mayorías relativas (art. 124 LC) y en el que los efectos del convenio se extienden a acreedores —los subordinados— que no pueden participar en la formación de esa voluntad. La aprobación judicial tiene la virtualidad de que ese acuerdo adoptado por una parte de los acreedores ordinarios extienda los efectos a todos los demás acreedores pertenecientes a esta clase, a todos los acreedores subordinados (art. 134.1 LC) y a los acreedores anteriores a la declaración judicial de concurso que, por una u otra causa, no hubieran sido reconocidos. Los acreedores privilegiados sólo quedan vinculados al convenio aprobado por el juez si se hubieran adherido a la propuesta o votado a favor de la misma (art. 134.2 LC). Ahora bien, los acreedores privilegiados, tanto por privilegio general como especial, quedarán también vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de la misma clase (art. 134.3 en relación con el art. 94.2 LC). El acuerdo de voluntades entre el concursado y esa masa de acreedores es condición necesaria pero no es condición suficiente: para que el convenio produzca efectos se requiere en todo caso la aprobación judicial, que se configura como auténtica condición de eficacia del convenio.

2. La prohibición de convenios de liquidación: el convenio de continuación

En el sistema concursal español, el convenio concursal es un convenio de continuación, y no de liquidación. La Ley prohíbe expresamente que el convenio pueda tener por objeto la liquidación global de la masa activa (art. 100.3 LC), sin perjuicio de que pueda incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los

Así, aun prevaleciendo su naturaleza negocial, el convenio concursal posee una identidad propia, es una figura autónoma a la que se le aplica un régimen propio. El convenio tiene una naturaleza negocial, en cuanto se trata de un acuerdo destinado a regular las relaciones jurídicas que unen al deudor con cada uno de sus acreedores, si bien exige para su validez la aprobación judicial. El convenio concursal tiene una doble naturaleza, contractual y procesal. Por un lado, constituye un negocio jurídico, fundado en el acuerdo entre el deudor y la colectividad de acreedores. Por otro, constituye un acto procesal de aprobación judicial. Por tanto, el juez debe controlar su legalidad y puede aprobar el convenio o rechazarlo, o mandar que se repita su tramitación a fin de que se subsanen los defectos de legalidad de que adolezca, pero no puede modificar su contenido. El papel que corresponde al juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad (*STS de 25 de octubre de 2011; SJM núm. 1, Madrid, de 12 de julio de 2013*). El control judicial se limita a un control de mera legalidad sobre cuestiones reguladas por normas imperativas debido a que el convenio concursal no es un mero acuerdo vinculante sólo para los firmantes, sino expresión de una voluntad colectiva, propia del proceso concursal con efecto *ad extra*, que determina la extensión de los efectos del convenio (*SJM núm. 4, Madrid, de 7 de febrero de 2013*).

Tras estas consideraciones, no podemos sino afirmar que el convenio concursal es un contrato *sui generis*, al cual le es de aplicación un régimen jurídico propio: el establecido en la Ley concursal. Su perfección y eficacia —para la que se requiere la aprobación judicial— se realiza no de conformidad con las normas del Derecho común, sino mediante lo dispuesto en el ordenamiento concursal especial.

acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado con arreglo a las reglas de valoración de garantías (art. 94.5 LC), sea igual o inferior al crédito que se extingue, y si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Caso de que se trate de bienes afectos a garantía habrá de aplicarse lo previsto en el artículo 155.4 de la Ley Concursal para la realización de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial. No obstante, en ningún caso podrá imponerse la cesión en pago a los acreedores públicos.

Ahora bien, la continuación de la actividad profesional o empresarial con las oficinas, establecimientos o explotaciones que formen parte de la masa activa puede ser total o parcial, y puede llevarse a cabo bien por el concursado bien por un tercero que actúe como asuntor, es decir, que adquiera la masa activa o determinadas unidades productivas que existan en esa masa con el compromiso de continuar el ejercicio de la actividad (art. 100.2.III y IV LC).

3. El contenido esencial del convenio

En el sistema concursal español, los convenios tienen que ser esencialmente convenios remisorios (o de quita), convenios dilatorios (o de espera) o convenios mixtos (o de quita y espera), aunque, evidentemente, no podrán rechazarse los convenios de pago inmediato sin quita alguna. Y ello porque el artículo 100.1 de la Ley Concursal mantiene que «la propuesta de convenio *deberá* contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas», lo que, no obstante, no impide que el convenio pueda tener, igualmente, un contenido potestativo.

3.1. Los convenios remisorios (o de quita)

Los convenios remisorios o de quita consisten en la reducción del importe de cada uno de los créditos concursales. La quita es la remisión o liberación que de parte de una deuda hace el acreedor al deudor. Pero la quita concursal presenta características propias que la separan de la condonación como modo general de extinción de las obligaciones (arts. 1156, y 1187 a 1191 CC). La quita es una condonación especial.

En primer lugar, porque el efecto remisorio no se produce por el consentimiento individual del acreedor y ni siquiera por el consentimiento de la colectividad crediticia, sino que son necesarios también la aprobación judicial y el cumplimiento del convenio. El convenio de quita equivale, pues, a un *pactum de non petendo* de la diferencia, de duración limitada. Si se cumple el convenio, la quita produce plenos efectos, extinguiéndose el crédito en la parte que haya sido objeto

de esa quita. Pero, si se incumple, el acreedor conserva el derecho a la satisfacción por la totalidad en la fase de liquidación.

En segundo lugar, la especialidad de la quita se manifiesta también en los efectos frente a los coobligados, fiadores y avalistas. Mientras que en el régimen general la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias (art. 1190 en relación con art. 1847 CC), en este régimen especial los efectos frente a esas personas están en función de que el acreedor se hubiera adherido o hubiera votado a favor del convenio (art. 135 LC).

La Ley potencia determinados convenios de quita en detrimento de otros, a través de dos técnicas distintas. La primera técnica es la reducción de los porcentajes necesarios para la aceptación de la propuesta consistente en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento del nominal del crédito (art. 124.a)-II LC). La segunda técnica gira en torno a la represión de la conducta del deudor, ya que no tendrá lugar la formación de la sección de calificación cuando ninguno de los acreedores experimente una quita superior a un tercio del importe de los créditos (art. 167.1-II LC).

No está claro si la quita ha de ser necesariamente la misma para todos los acreedores. A primera vista, la regla ha de ser la de la igualdad, porque incluso los créditos subordinados se someten a las mismas quitas que los ordinarios (art. 134.1-II LC). Pero esa primera impresión se desvanece si se tiene en cuenta que la propia Ley contempla la posibilidad de que se establezcan quitas diferentes, al referirse a la formación de la sección de calificación (art. 167.1-II LC). En todo caso, el tratamiento desigual de los acreedores exigirá acudir a las previsiones sobre «trato singular» (art. 125.1 LC).

3.2. Los convenios dilatorios (o de espera)

Los convenios dilatorios o de espera consisten en la dilación o en el aplazamiento del pago de los créditos concursales. Los convenios de espera no son más que pactos de *non petendo* de duración determinada: durante el período de espera, los acreedores no tienen posibilidad de obtener la satisfacción de los créditos reconocidos. La Ley también potencia determinados convenios de espera mediante la técnica de la reducción del porcentaje necesario para la aceptación del convenio que tiene lugar siempre que el convenio consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años [art. 124 a) II LC]. E, igualmente, a través de la técnica de la no formación de la sección de calificación, que opera cuando la espera no supere ese plazo (art. 167.1-II LC).

Aunque, por regla general, los plazos de espera son improrrogables, produciéndose el incumplimiento del convenio si no se satisfacen los porcentajes corres-

pondientes al vencimiento de los plazos establecidos, es válido aquel pacto por cuya virtud se atribuye a una comisión de acreedores la facultad de prorrogar uno o varios plazos, en atención a determinadas circunstancias, siempre, naturalmente, que la prórroga o prórrogas no suponga que la espera sea superior a cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que hubiera aprobado el convenio.

La Ley no resuelve de modo expreso el problema del pago de aquellos créditos que no hubieran vencido a la fecha de la eficacia de la resolución judicial aprobatoria del convenio. En el propio convenio puede haberse incluido la previsión de que los pagos a realizar durante la espera serán los mismos para los créditos ordinarios vencidos y para los créditos no vencidos, realizándose el pago de estos últimos con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal (arg. ex art. 159 LC), o aquella otra por cuya virtud los créditos ordinarios que todavía no hubieran vencido se pagarán en el último plazo de la espera pactada para los demás créditos ordinarios. Pero cuando el convenio guarde silencio hay que entender que el vencimiento de los créditos todavía no vencidos será el que corresponda a cada uno de ellos.

3.3. Los convenios mixtos (o de quita y espera)

Los convenios mixtos son aquellos en los que se pacta una quita y, además, una espera. A través de la combinación de la quita y de la espera se pueden sentar las bases para, en los casos más graves, afrontar una operación de salvamento económico y financiero de una empresa en crisis.

Hasta la reforma debida al Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, la autonomía del concursado y de los acreedores para pactar quitas, esperas o quitas y esperas no era absoluta, ya que las quitas y esperas pactadas en el convenio estaban sometidas a límites legales. Así, la quita no podía exceder de la mitad del importe de cada uno de los créditos, ni la espera, de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. No obstante, estos límites podían superarse en los concursos de empresas cuya actividad pudiera tener especial trascendencia para la economía (nacional o autonómica), cuando la superación de esos límites fuera necesaria para la viabilidad de la empresa, y en los casos de presentación de una propuesta anticipada de convenio. Ambas excepciones fueron suprimidas tras la reforma en 2015, una vez desaparecidos aquellos límites.

4. El contenido potestativo del convenio

En el sistema concursal español, como se ha referido, los convenios tienen que ser esencialmente convenios remisorios (o de quita), convenios dilatorios (o de

espera) o convenios mixtos (o de quita y espera). La literalidad legal mantiene que la propuesta de convenio *deberá* contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas, lo que, evidentemente, no impide que el convenio pueda tener también un contenido potestativo, aunque dificulta un convenio con un contenido potestativo sin incluir un contenido esencial. Así, atendiendo a la dicción legal, siempre que se respete el contenido esencial del convenio, deudor y acreedores tienen plena libertad para añadir las más variadas estipulaciones, sin más límites que los generales (art. 1255 CC) y los especiales que contiene la Ley Concursal (art. 100.3 LC)¹⁰. No obstante, nada impide que esos pactos o esas cláusulas sean económicamente los más importantes. La esencialidad jurídica de la quita, de la espera o de la quita y espera no equivale a esencialidad económica, de manera que la parte económica más importante del convenio puede radicar precisamente en ese contenido potestativo. E, incluso, resultaría defendible que la dicción legal plantee ese contenido potestativo distinguiendo dos supuestos distintos.

En primer lugar, el de aquel contenido potestativo que claramente debe ser adicional al contenido esencial, contemplado en el apartado segundo del artículo 100. Dicho inciso establece expresamente que la propuesta de convenio puede contener, *además de quitas o esperas*, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores¹¹, con excepción de los acreedores públicos, entre las que se pueden incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones¹² o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Y añade, que *también* podrán

¹⁰ La *sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016* valora si pueden pactarse formas de realizar los pagos y, al hilo de ello, si puede imponerse a los acreedores la carga de comunicar la cuenta corriente en la que quieren que se haga el pago de sus respectivos créditos, y si el incumplimiento de este deber puede conllevar la pérdida del derecho al cobro del correspondiente fraccionamiento de pago. A este respecto, determina que esta previsión convencional, que no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago, no incumple los límites que respecto del contenido recoge el artículo 100 de la Ley Concursal. Y tampoco advierte que infrinja normas de carácter imperativo, que, conforme a la doctrina contenida en la sentencia 50/2013, de 19 de febrero, permitan tenerla por no puesta y aplicar la norma imperativa. Nada impide que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable de tres meses y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.

¹¹ La libertad reconocida a las partes permite que el convenio pueda establecer un trato singular, es decir, un trato diferenciado para algunos acreedores o grupos de acreedores determinados por sus características (v. gr.: previsión de quitas y/o esperas distintas), aunque quede sometido a la regla del doble porcentaje para su aceptación por los acreedores (art. 125 LC).

¹² En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 de la Ley de Sociedades de Capital. A efectos del artículo 301.1 de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles.

incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100.2 III y IV LC)¹³.

En segundo lugar, el apartado tercero del artículo 100 de la Ley Concursal, que, al contemplar las prohibiciones en el contenido del convenio, recoge alguna posibilidad que no es ya tan claramente adicional al llamado contenido esencial del convenio. Así, en ningún caso la propuesta de convenio puede consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, *sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada*. En este caso, la posibilidad de que el contenido del convenio sea una modificación estructural no se construye de forma tan evidentemente adicional al contenido esencial del convenio¹⁴. En fin, el catálogo de pro-

¹³ Vid. ALONSO LEDESMA, C.: «El contenido del convenio», *ADCo*, núm. 34, 2015-1, pp. 33-41, pp. 35-39; CAMPUZANO, A. B.: «El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores», *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración* (DÍAZ MORENO/LEÓN SANZ), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 353-375.

¹⁴ La legislación concursal contempla expresamente la posibilidad de que la propuesta de convenio —anticipado u ordinario— incluya, como una opción más, la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada (art. 100.3 LC). La terminología utilizada en el artículo 100 de la Ley Concursal para determinar el contenido del convenio puede entenderse en el sentido de que éste ha de tener un contenido obligatorio —la propuesta de convenio *deberá* contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas— y un contenido adicional —la propuesta de convenio podrá contener, *además y también podrán incluirse...*—. No obstante, en la medida en que las sucesivas reformas legales han apostado por flexibilizar el régimen del convenio concursal para facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, y que este objetivo puede lograrse a través de una modificación estructural, cabría entender que una operación de esta índole pudiera conformar el contenido único del convenio. Además, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de incluir una modificación estructural en un convenio concursal aparece contemplada de forma singular en el artículo 100.3, que rechaza que la propuesta de convenio pueda consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de *fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada*. En esa medida resulta defendible que la modificación estructural pueda constituir el contenido único del convenio, cuando la sociedad concursada se una a otra para constituir una nueva sociedad, sea absorbida por una sociedad preexistente, se escinda totalmente o transmita globalmente su activo y pasivo a cambio de una contraprestación para los socios. Sin perjuicio de que también resulte posible que la modificación estructural vaya acompañada de la correspondiente quita, espera o quita y espera, algo que enlazaría con el contenido esencial del convenio (art. 100.1 LC). Esta interpretación resultaría, además, coherente con la posibilidad de

hibiciones o de límites a la facultad de convenir en el contenido de la propuesta de convenio se cierra con la indicación en el mismo apartado tercero del artículo 100, de que sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos.

4.1. Las cláusulas de enajenación

Entre las cláusulas que pueden incluirse en el convenio destaca la de enajenación de determinados bienes o derechos integrados en la masa activa.

La Ley exige la determinación de los bienes o derechos objeto de la enajenación. Se autorizan, pues, enajenaciones singulares, determinadas en el propio convenio, sin que sea admisible la enajenación global de la masa activa. Nada impide que en el convenio se determinen los bienes y derechos que, como máximo, sea

que el juez pueda aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo (art. 190.2 LC). *Vid.* BELTRÁN, E.: «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 50, 2010, pp. 157-183; «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis* (VITOLLO / EMBID / LEÓN), Comares, Granada, 2011, pp. 491-502; CABANAS TREJO, R. / BONARDELL LENZANO, R.: «Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores», *RDCyP*, núm. 18, 2013, pp. 93-106; CERDÁ ALBERO, F.: «Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal», *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* (GÓMEZ SEGADÉ / GARCÍA VIDAL), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 713-730; «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», *ADCo*, número 27, 2012-3, pp. 387-428; CONDE TEJÓN, A.: «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria [4.ª] de 29 de octubre de 2013)», *ADCo*, núm. 33, 2014-3, pp. 453-500; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «Modificaciones estructurales en fase común y solvencia sobrevenida», *La reforma concursal* (BELTRÁN / GARCÍA CRUCES / PRENDES), Thomson Reuters Civitas, 2011, Pamplona, pp. 519-536; «La rescisión de las modificaciones estructurales», *La reintegración de la masa* (BELTRÁN / SANJUÁN), Thomson Reuters Civitas, 2012, Pamplona, pp. 199-207; PÉREZ TROYA, A.: «Modificaciones estructurales», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (BELTRÁN / GARCÍA CRUCES), T. II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 2067-2093; «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales», *La reintegración en el concurso de acreedores*, (GARCÍA CRUCES), 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 587-630; VALENCIA, F.: «Incumplimiento del convenio con modificación estructural. ¿Apertura de la liquidación?», *La liquidación de la masa activa* (ROJO / QUIJANO / CAMPUZANO), Thomson Reuters Civitas, 2014, Pamplona, pp. 331-343.

posible enajenar, atribuyendo simultáneamente a una comisión de acreedores o a uno o varios administradores concursales (art. 133.4 LC) la facultad de concretar los elementos y el tiempo de la enajenación en función de los mayores o menores recursos que genere la continuación de la actividad profesional o empresarial.

4.2. Las proposiciones alternativas

La propuesta de convenio puede contener, además de la quita, de la espera o de la quita y espera, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en obligaciones convertibles, créditos participativos, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. La función económica de esta clase de propuestas consiste en ampliar las posibilidades de aceptación del convenio: a la totalidad o a parte de los acreedores se reconoce el derecho de elegir entre distintas modalidades de satisfacción. Es decir, que se deja al titular de esa facultad un margen de libertad para que, valorando el interés propio, decida entre esas modalidades. En caso de convenio de contenido alternativo, el propio convenio debe determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio por el acreedor de la facultad de elección (arts. 100.2. I y 102 LC)¹⁵.

Un caso especial de esta clase de convenio es aquella en la que el contenido de la proposición alternativa consiste en la conversión, total o parcial, del crédito en capital y, por tanto, del acreedor en socio. Como quiera que el acreedor que convierte los créditos en capital deja de ser acreedor para pasar a ser socio de la sociedad concursada por la totalidad o por parte del crédito, se exige el consentimiento expreso del titular de los créditos, es decir, se exige que el acreedor opte expresamente por la conversión (art. 125.2 LC).

La norma excluye expresamente de la posibilidad de verse afectados por las proposiciones alternativas a los acreedores públicos.

4.3. La imposición de nuevas obligaciones

El convenio puede implicar nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores, aunque en ese caso la correspondiente propuesta debe contar con la

¹⁵ La *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 14 de marzo de 2012*, establece que, en caso de propuestas alternativas, deberá determinarse la opción aplicable para el caso de que no se ejercite la facultad de elección (art. 102.1 LC), y no concurriendo claramente este extremo, el juez podrá fijar la correcta interpretación del convenio para precisar la alternativa que habrá de entenderse aceptada, ya que la falta de claridad en este aspecto no puede impedir la aprobación judicial del convenio.

conformidad de los acreedores a quienes afecte, incluso en el caso de que tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones (art. 125.2 LC).

4.4. El «convenio con asunción»: el asuntor

Antes de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, la norma establecía un régimen especial para el denominado convenio con asunción en el que se preveía la asunción por parte de un acreedor o un tercero —asuntor— de la obligación de pagar total o parcialmente los créditos de los acreedores concursales en los términos expresados en la propuesta de convenio. La figura del convenio con asunción tiene especial interés por cuanto que permite la continuación por el asuntor de la actividad profesional o empresarial con el conjunto de bienes y derechos afectos a esa actividad que, con este específico fin, se le transmite¹⁶.

Ahora bien, tras la reforma, la norma ya no exige la asunción del pago de los créditos. Los convenios de asunción que conllevan la enajenación de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada se registrarán por las normas especiales previstas para la transmisión de unidades productivas (art. 146 bis LC), y deben incluir necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial propia de las unidades productivas a que afecte, pero no el pago de los créditos de los acreedores concursales (art. 100.2-III y IV LC).

El asuntor puede ser una persona natural o una persona jurídica de cualquier clase, nacional o extranjera, incluso una sociedad creada *ad hoc*. La Ley se contenta con exigir que aparezca determinada en la propuesta de convenio (art. 100.2.II LC), a fin de que, de este modo, los acreedores —y también los trabajadores— puedan conocer la identidad del futuro titular de los establecimientos, las explotaciones o las unidades productivas que se pretenden transmitir a esa persona y valorar la honorabilidad, la capacidad económica y la capacidad profesional o empresarial de la misma. No hay inconveniente en que el asuntor sea un acreedor concursal (privilegiado, ordinario o subordinado) o un acreedor de la masa.

El asuntor asume la obligación de continuar la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte. Se transmiten al asuntor uno o varios conjuntos de bienes y derechos, o unidades productivas, existentes en la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. La unidad de los bienes y derechos objeto de la transmisión no debe entenderse

¹⁶ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L.: *El convenio de asunción*, Civitas, Madrid, 2014.

en sentido absoluto, ya que es perfectamente posible, por ejemplo, que la administración concursal separe algunos bienes o derechos. Además, esos bienes y esos derechos que forman unidad tienen que estar afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Aunque pudiera interpretarse la exigencia en términos de afección actual, no existe inconveniente en admitir convenios de asunción en los que los establecimientos, las explotaciones y demás unidades productivas se encuentren inactivas, bien por estarlo ya en el momento de la declaración judicial de concurso, bien por haberse decretado el cese o la suspensión de la actividad por el juez del concurso (art. 44.4 LC). Lo esencial es que el asunto pueda continuar o, al menos, reanudar la actividad con el conjunto de bienes y derechos que se transmiten.

5. Los convenios de cesión de bienes

A pesar de la importancia histórica de los convenios de cesión de bienes a los acreedores —figura que aparece en los orígenes mismos de los procedimientos concursales y a la que se refiere todavía el artículo 1195 del Código Civil—, la Ley Concursal prohibía expresamente estas modalidades de convenio. Se prohibía tanto la cesión en pago o *pro soluto*, que es una transmisión de la masa activa con efectos solutorios de las deudas anteriores a la declaración judicial del concurso, como la cesión para pago o *pro solvendo*, que simplemente supone la atribución a los acreedores de la facultad de liquidar los bienes cedidos para proceder con el importe obtenido al pago de los créditos reconocidos en el concurso.

Con la reforma del Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, ha desaparecido la prohibición legal expresa. La Ley prohíbe expresamente que el convenio pueda tener por objeto la liquidación global de la masa activa (art. 100.3 LC), sin perjuicio de que pueda incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado con arreglo a las reglas de valoración de garantías (art. 94 LC), sea igual o inferior al crédito que se extingue, y si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Caso de que se trate de bienes afectos a garantía, habrá de aplicarse lo previsto en el artículo 155.4 para la realización de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial. No obstante, en ningún caso podrá imponerse la cesión en pago a los acreedores públicos¹⁷.

Ahora bien, no se encuentra prohibido aquel convenio en el que se prevea una cesión de uno o varios conjuntos de bienes y derechos existentes en la masa acti-

¹⁷ Vid. ORTIZ MÁRQUEZ, M.: «La transmisión de empresa en concurso», *ADCo*, núm. 34, 2015-1, pp. 265-326, pp. 317-318.

va a una persona natural o jurídica determinada que asume la doble obligación de continuar el ejercicio de la actividad, ni tampoco aquel convenio en el que se prevea la cesión de elementos aislados.

6. Los convenios de liquidación global

En el sistema concursal español, el convenio concursal es un convenio de continuación y no de liquidación. La Ley prohíbe expresamente que el convenio pueda tener por objeto la liquidación global de la masa activa (art. 100.3 LC), sin perjuicio de que pueda incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que se reúnan las condiciones referidas anteriormente.

En este sentido, la Ley Concursal prohíbe que la propuesta consista en cualquier forma de liquidación global de la masa activa para la satisfacción de los acreedores concursales. Por liquidación global se entiende la liquidación en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal. Por el contrario, no existe inconveniente en atribuir a la comisión de acreedores o a la administración concursal, o incluso al propio concursado, la facultad de enajenar bienes determinados.

III. LA PROPUESTA DE CONVENIO

1. La legitimación para presentar propuesta de convenio

La propuesta —u oferta— de convenio corresponde al deudor. La iniciativa para convenir debe partir, pues, del propio concursado.

Sin embargo, en los casos de tramitación ordinaria, la Ley reconoce también legitimación para presentar oferta de convenio a los acreedores que superen la quinta parte del total pasivo (art. 113 LC), sin necesidad de que la oferta sea aceptada, antes de esa presentación, por el concursado y sin necesidad incluso de que esa aceptación se produzca a lo largo de la tramitación. Si el deudor no pide la liquidación (art. 142 LC), la propuesta de convenio presentada por los acreedores se entenderá aceptada, a no ser que se oponga a la aprobación del convenio (art. 128.3 LC).

La administración concursal carece de legitimación para presentar propuesta de convenio, y el juez no puede conminar al deudor o a los acreedores para que formulen propuesta de clase alguna. La presentación de la propuesta de convenio es un derecho del deudor y, en el caso de tramitación ordinaria, de los acreedores, y no un deber.

2. La formalización de la propuesta de convenio

La propuesta de convenio, provenga del deudor o de los acreedores, ha de formularse por escrito, con firma legitimada por fedatario público (art. 99 LC). Si la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros (v. gr.: los socios de la sociedad concursada, la sociedad dominante, el cónyuge, etc.) para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente (art. 99.1-I LC).

3. La prohibición de propuestas condicionales

Con carácter general, están prohibidas las propuestas que sometan a condición la eficacia del convenio (art. 101.1 LC). Si se presentasen propuestas condicionadas, el juez no puede admitirlas a trámite por contrariedad a la Ley (v. arts. 106.3 y 114.1 LC). Ahora bien, por excepción, en caso de concursos conexos (tanto en el caso de que los concursos se hubieran declarado conjuntamente como en el de que se hubieran acumulado tras la declaración), la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros (art. 101.2 LC). Se trata de permitir que determinados concursos de personas especialmente relacionadas entre sí, que se tramitan coordinadamente aunque sean autónomos, puedan solucionarse también de forma coordinada¹⁸.

En efecto, la Ley Concursal prohíbe que la eficacia del convenio se someta a cualquier clase de condición, impidiendo con ello que la eficacia de la solución del concurso quede sometida a una circunstancia futura e incierta. Al margen queda el supuesto, excepcionado en la propia Ley Concursal, de concursos conexos: *por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros*. Sólo en el caso de concursos conexos se permite condicionar la propuesta que presente uno de los concursados a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros, toda vez que tales concursos se encuentran estrechamente relacionados y la solución que se adopte para uno incide fuertemente en el otro. Esta sí que constituye, en puridad, una condición de eficacia del convenio, ya que una propuesta de convenio queda condicionada a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros. En la medida en que se contempla un

¹⁸ Vid. SÁNCHEZ PAREDES, M.: «En torno a la propuesta de convenio condicionada (reflexiones sobre el AJM 2 La Coruña, 11 de octubre de 2013)», *ADCo*, núm. 31, 2014, pp. 490-505; FLORES SEGURA, M.: «El condicionamiento de convenios en la Ley Concursal», *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias* (GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 381-426.

convenio cuya eficacia queda sometida a condición, es necesaria la previsión expresa de esta excepción. El fundamento de esta excepción a la regla general prohibitiva se encuentra en la oportunidad de permitir que determinados concursos conexos puedan solucionarse mediante convenios coordinados, de modo que la eficacia del convenio en uno de esos procedimientos concursales dependa de la aprobación de otro convenio (idéntico, semejante o diferente) en otro procedimiento concursal. La autonomía de los respectivos concursos de acreedores no es óbice para que, en estos casos excepcionales, se permita la introducción de esa condición de eficacia.

Dejando a un lado este supuesto excepcional, la Ley Concursal rechaza que la propuesta del convenio someta su eficacia a cualquier clase de condición. El Código Civil se refiere a las obligaciones condicionales para contraponerlas a las obligaciones puras: *será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución* (arts. 1113 y ss. CC). En las obligaciones condicionales se introduce la existencia de un suceso incierto, del que se hace depender la eficacia de la obligación. Si la exigibilidad de la obligación queda supeditada al cumplimiento de la obligación, hablamos de condición suspensiva. Si, por el contrario, la obligación es exigible desde su nacimiento, pero puede quedar sin efecto si se cumple la condición, se habla de condición resolutoria. La especialidad de las obligaciones condicionales radica en que la condición es la circunstancia determinante de la eficacia de la obligación. Bien del nacimiento de la obligación —condición suspensiva—, bien de su cancelación —condición resolutoria—. La condición es integrada por las partes en la relación que contempla sus intereses, de manera que su función es delimitar la eficacia de esa relación, en el sentido en que se cumpla el supuesto previsto en la condición.

Pues bien, en el ámbito del concurso de acreedores, al establecer la prohibición de propuestas condicionadas, la Ley Concursal no distingue entre condiciones de eficacia admisibles o rechazables. En esa medida, salvo el supuesto de concursos conexos, el sometimiento de la eficacia del convenio a cualquier tipo de condición —suspensiva o resolutoria, positiva o negativa, simple o compuesta, potestativa causal o mixta— supone una infracción legal. En particular, en la dicción literal de la Ley, la propuesta cuya eficacia quede sujeta a condición se tendrá por no presentada.

Las propuestas de convenio tienen que ser, pues, puras, sin que la eficacia del convenio pueda estar sometida a condición de clase alguna. El legislador ha querido que la obligación contraída en la propuesta de convenio sea una obligación pura (*AJM núm. 7, Madrid, de 23 de julio de 2008*). El fundamento de esta prohibición se encuentra en que la eficacia del convenio no puede venir sometida a un acontecimiento futuro o incierto, ya que ello sería incompatible con la certeza que

los operadores exigen y necesitan respecto a la existencia y exigibilidad de las obligaciones asumidas en el convenio. Sí resulta admisible, en cambio, la previsión de diferentes escenarios que modulen el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En efecto, la prohibición del artículo 101.1 de la Ley Concursal se circunscribe a que la eficacia del convenio se someta a cualquier clase de condición, esto es, que el nacimiento de sus efectos (condición suspensiva) o su resolución o cancelación (condición resolutoria) dependa de un suceso futuro o incierto, lo que es distinto de eventuales hechos futuros o inciertos que incidan sobre el cumplimiento o incumplimiento del convenio. Lo que resulta rechazable es que la propia eficacia del convenio quede sujeta a condición. De ahí que para el supuesto de concursos conexos, en los que sí que se condiciona la eficacia de las propuestas, haya sido necesario contemplar expresamente su admisión. Pero lo que no se rechaza, por evidente, es que el cumplimiento o incumplimiento del convenio se haga depender de eventuales hechos futuros o inciertos. En este último caso, el convenio es plenamente eficaz, pero puede acaecer —y así sucede con frecuencia— que su grado de cumplimiento o incumplimiento dependa de la evolución de circunstancias externas e inciertas.

Así, en el supuesto de concursos conexos, en los que se admite excepcionalmente el sometimiento, en los términos fijados, de la eficacia del convenio a condición, una vez superado este período de incertidumbre en la eficacia de los convenios, el posterior cumplimiento o incumplimiento de lo previsto en cada uno de ellos se independiza y no condiciona a los demás. En caso de concursos conexos, si la eficacia de la propuesta presentada por uno de los concursados se ha sometido a esa condición, se entiende cumplida ésta y, por ende, el convenio deviene eficaz cuando se apruebe el otro convenio o los otros convenios. En estos supuestos, la eficacia del convenio sometido a la condición de la aprobación de otro convenio no decae en caso de incumplimiento de ese otro convenio. Cuando la declaración de incumplimiento tiene lugar ya se ha cumplido la condición de la que pende la eficacia del otro convenio y, por consiguiente, este hecho posterior no afecta a esa eficacia. Por el contrario, si no se cumpliera la condición —no se aprobara con un contenido determinado el convenio de otro u otros—, la propuesta condicionada no llegará a adquirir eficacia alguna (*en las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición*, art. 1114 CC). No es que el convenio se incumpla, sino que no adquiere eficacia como consecuencia de la frustración de la condición a la que había quedado sujeta. Es muestra evidente, en consecuencia, de que las condiciones de eficacia conforman un supuesto de hecho distinto al de las condiciones de cumplimiento o incumplimiento. En realidad, una cosa es que, por regla general, la eficacia del convenio no pueda condicionarse y otra muy distinta que, en relación con las obligaciones asumidas por el concursado (o en relación con algunas de ellas), no pueda admitirse en modo alguno el juego natural de la condición si no afecta a la eficacia misma del convenio. De ahí que la prohibición legal no impide que se

introduzcan en el convenio elementos accidentales que, de uno u otro modo, modulen el alcance de lo convenido sin comprometer la eficacia misma de dicho convenio.

A este respecto, no hay que olvidar que, entre las particularidades del convenio concursal en relación con los contratos regulados en el derecho común, se encuentra también la relativa al cumplimiento e incumplimiento del convenio. La noción de cumplimiento e incumplimiento es sustancialmente diferente para el convenio concursal, debido a su carácter de solución del concurso. Así, entre los contratos en general y el convenio concursal en particular existen diferencias fundamentales que justifican la utilización de un concepto propio de incumplimiento por parte de la legislación concursal. En este sentido, el convenio es una de las formas alternativas y excluyentes a través de las cuales los acreedores concursales obtienen la satisfacción de los créditos. Si el convenio fracasa, el acreedor tiene derecho a que esa satisfacción se produzca a través de esa otra forma alternativa en que consiste la liquidación. No hay, por tanto, paralelismo con el supuesto de los incumplimientos contractuales. Además, las consecuencias de la falta de cumplimiento del convenio concursal son diferentes de los de cualquier otro contrato, ya que la resolución del convenio concursal se rige por un régimen especial (art. 140 LC) y tiene unos presupuestos y efectos diferentes al de la resolución del contrato contenida en el Código Civil. La naturaleza jurídica del convenio concursal es la de un contrato *sui generis* que se rige por normas especiales —el Derecho concursal—. Esta especialidad es patente desde el inicio (normas de eficacia), al igual que especial es el régimen de cumplimiento e incumplimiento del convenio, que, además, es susceptible de generar consecuencias especiales respecto al cumplimiento e incumplimiento de cualquier contrato¹⁹.

¹⁹ La distinción entre condición de eficacia del convenio y condición de cumplimiento o incumplimiento del convenio, se recoge con claridad en el *Auto de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2010*. En este sentido, no debe confundirse la condición que afecta a la eficacia del convenio con cualesquiera hechos futuros e inciertos que pueden incidir en el cumplimiento o incumplimiento de un convenio. No son condiciones las incertidumbres y eventuales circunstancias que integran prácticamente cualquier contenido de una propuesta de convenio o de un plan de viabilidad, o, en general, sobre cualquier prestación que deba realizarse en el futuro para cuya satisfacción se cuente con previsiones o liquidez de la que todavía no se dispone. La afirmación de que carece de trascendencia distinguir entre una condición de eficacia del convenio o una condición relativa al cumplimiento, pues la declaración de incumplimiento del convenio supondría la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos no resulta admisible. En el convenio, como negocio jurídico complejo, los deberes que asume el deudor son interdependientes y su alcance y naturaleza podrá variar en función de múltiples circunstancias, como acontece con el cumplimiento de cualquier obligación. Y ello no puede entenderse como sometimiento de su eficacia a condición. La confusión entre condiciones de eficacia y condiciones de cumplimiento, además, anticipa un juicio sobre el devenir futuro del convenio y sobre su conveniencia, cuando el control judicial del mismo debe centrarse en su legalidad. Es más que frecuente que las propuestas de convenio contengan previsiones cuyo éxito o fracaso es imposible predecir de forma cierta. Pero para poder determinar su cumplimiento o no, la propuesta tiene que haber devenido eficaz. La propuesta es eficaz, empieza a surtir efectos, y el transcurso del tiempo determinará si, además,

4. El plan de pagos y el plan de viabilidad

Cualquier propuesta de convenio debe presentarse acompañada de un plan de pagos (art. 100.4 LC), cuyo contenido está determinado legalmente. Debe detallar los recursos previstos para el cumplimiento del convenio, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes y derechos del concursado. Por regla general, en la masa activa existirán ya esos recursos, y el plan se limitará a especificar los que se utilizarán para la satisfacción de los acreedores concursales. Pero, en ocasiones, esos recursos podrán obtenerse como consecuencia del ejercicio de acciones contra terceros, en cuyo caso el plan de pagos deberá especificar las acciones a ejercitar, las personas contra las que se dirigirá la acción y el resultado que se pretende obtener. Entre esos recursos pueden figurar los que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial; pero en ese caso al plan de pagos debe acompañar el plan de viabilidad (art. 100.5 LC).

En palabras de la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015*, el plan de viabilidad que el artículo 100.5 de la Ley Concursal exige en determinados supuestos acompañar a todo convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permitan, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio. En este sentido, el plan de viabilidad sólo es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación, bien sean propios, bien sean de terceros. En este último caso, el apartado 5 del artículo 100 de la Ley Concursal se refiere a los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, así como los compromisos de su prestación por terceros. Lo que obliga, a su vez, a señalar las condiciones económicas de la prestación de los recursos por terceros,

puede entenderse o no cumplida en sus previsiones. Lo que no resulta ajustado a la dicción legal es entender que la incertidumbre que puede acompañar a alguna de las estipulaciones que forman parte de una propuesta de convenio, como puede suponer en el futuro el incumplimiento del mismo, debe entenderse *a priori* como una condición de eficacia del mismo y justificar, con ello, su rechazo. En este caso se estaría pretendiendo que un convenio eficaz se sometiera a un juicio previo de conveniencia y oportunidad sobre su cumplimiento o incumplimiento futuro. En consecuencia, sí que resulta necesario e imprescindible diferenciar una condición de eficacia del convenio, de las estipulaciones del convenio, dependientes en mayor o menor medida de la voluntad de las partes. No hay que olvidar, además, que las prohibiciones legales, en cuanto al contenido de la propuesta de convenio, deben ser objeto de interpretación restrictiva.

y que, de tratarse de créditos, se encomienda a las partes determinar en el convenio la forma de su satisfacción²⁰.

En efecto, el plan de viabilidad sólo tiene que presentarse cuando el cumplimiento del convenio esté, en mayor o menor medida, en función de lo que se pueda obtener por la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial del concursado. El plan de viabilidad especificará los recursos a obtener en el ejercicio de la actividad, los medios y las condiciones para la obtención de esos ingresos, y, en su caso, el contenido o la naturaleza de los compromisos de terceros²¹. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el propio convenio (art. 100.5.II LC). Ahora bien, si ante el fracaso del convenio debe abrirse la liquidación, el legislador ha previsto que tales créditos reciban en la liquidación un trato preferente en cuanto créditos contra la masa (art. 84.2-1 I LC). De modo que el pago de los créditos posteriores a la aprobación del convenio se verificará sin atender a las previsiones de éste y, en caso de no ser atendidos a sus respectivos vencimientos, permitirán al acreedor acudir, sin limitación alguna, a cualquiera de las acciones que le asisten para hacer efectivo su crédito. Con esta disposición, la Ley de reforma 38/2011 acogió una solución que se venía imponiendo desde la práctica, donde se constata que los deudores no

²⁰ Vid. SWIEC TENENBAUM, A.: *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, Fe de erratas, Madrid, 2014.

²¹ El *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 15 de abril de 2009* establece que para ser tenido como bastante, se exige que el plan de viabilidad contenga, al menos, los siguientes elementos indispensables: a) plasmación del nuevo proyecto empresarial, sea coincidente en todo o en parte con el anterior, o no lo sea en absoluto; b) especificación de los objetivos y estrategias que van a constituir las distintas actividades de la empresa, con ponderación de las novedades o valor añadido que dicho proyecto empresarial oferta frente al resto de competidores del sector; c) naturaleza jurídica de los actos o negocios de comercio a desarrollar, así como de los elementos productivos, humanos o materiales, con los que se piensa contar; d) estudio de mercado relativo al sector empresarial en que se va a desarrollar dicha actividad y las zonas geográficas de dicho mercado, así como la ponderación de los ciclos de ingresos en relación con los períodos temporales analizados y las zonas geográficas analizadas; e) plan económico-financiero, entendiendo por tal el análisis de las inversiones necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial, tanto se incluyan en el activo fijo como en el circulante, así como las fuentes de financiación propias —aportaciones de capital— o ajenas —financiación bancaria, etc.— con las que pretende contarse y el coste de dicha financiación ajena, exponiendo un examen de los ratios de endeudamiento durante los períodos temporales analizados y su evolución; f) proyección de ingresos por actividad empresarial que deberá guardar coherencia con el resultado del estudio de mercado y cuenta de resultados estimada para el negocio; g) proyección de los gastos de explotación de la actividad empresarial, en igual lógica coherencia con los parámetros antes indicados; h) estudio de los recursos humanos con que piensa contarse para el desarrollo de la actividad, distribución geográfica, variaciones en el tiempo; i) gestión de almacenes y «stocks» en actividades con grandes volúmenes de existencias y coste de los mismos; y j) cuentas de resultados y balances de situación empresarial de los ejercicios fiscales objeto del plan, así como una ponderación de las cuentas de tesorería, en cuanto elemento esencial para atender los pagos comprometidos con la continuación de la citada actividad.

obtendrían financiación si esos créditos tuviesen el mismo trato que los créditos concursales.

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2010*, establece que la Ley diferencia con claridad, en su contenido y en su finalidad, la propuesta de convenio y los otros dos documentos que, por su naturaleza, pueden calificarse como accesorios o complementarios: el plan de pagos y el plan de viabilidad. Se trata, como indica, de dos documentos complementarios a la propuesta y, en algún sentido, independientes de ella. Así, el plan de viabilidad, sólo habrá de presentarse cuando la satisfacción de los créditos deba hacerse con el producto de la continuación de la actividad de la empresa. El plan de pagos encuentra sentido si se pacta un aplazamiento, pero no si sólo se propone la concesión de una quita; pese a ello, el artículo 100.4 parece imponer su presentación en todos los supuestos²².

IV. LA ACEPTACIÓN DEL CONVENIO

1. La aceptación de los acreedores ordinarios

La propuesta de convenio formulada por el deudor tiene que ser aceptada por la colectividad de acreedores ordinarios, de acuerdo con alguno de los sistemas legalmente previstos²³. Como ya hemos señalado, el convenio concursal es un

²² La referida *sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2010*, añade que los tres documentos —propuesta de convenio, plan de pagos y plan de viabilidad— forman una unidad a efectos de su posible impugnación, en el sentido de que plan de pagos y plan de viabilidad deben integrar la propuesta de convenio y ajustarse a las normas imperativas. Es cierto que el convenio, como tal, es el producto de la autonomía de la voluntad y presenta una naturaleza específica, con un contenido imperativo y otros posibles contenidos potestativos. Pero tan contenido del convenio son las quitas y las esperas como el resto de contenidos imperativos que la ley señala. Su omisión o su inclusión con infracción de lo dispuesto en la norma supondrá también infracción de ley a efectos de permitir la impugnación del convenio. En consecuencia, un plan de pagos no presentado cuando resulte obligada su aportación, o un plan de pagos cuyo contenido infrinja un precepto legal imperativo, será también infracción legal y determinará la no aprobación del convenio. Lo mismo sucederá si en el plan de pagos se incluyen contenidos que deberían figurar en la propuesta de convenio. De lo contrario se abriría una puerta al fraude de ley, permitiendo que por el fácil mecanismo de llevar a los documentos complementarios determinadas menciones que, cabalmente, debería anunciar la propuesta de convenio, quedaran éstas sustraídas al control judicial. Por tanto, omitir en la propuesta la previsión de la enajenación de bienes o derechos de la empresa, y llevar tan esencial extremo exclusivamente al plan de pagos, supone una infracción del contenido imperativo. La enajenación de determinados bienes y derechos es un contenido potestativo, pero si se acuerda deberá lógicamente incluirse en la propuesta de convenio. Si no se incluye, se infringe la norma.

²³ Como indica la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015*, lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en Junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único

convenio de masa, en el doble sentido de que no todos los acreedores pueden participar en su aceptación y de que basta con que sea aceptado por un porcentaje determinado del pasivo ordinario. Hay que precisar, pues, qué acreedores pueden participar en la aceptación y cuáles son los porcentajes legalmente exigidos para que el convenio pueda considerarse aceptado.

2. La posición de los acreedores privilegiados

Los acreedores ordinarios y los acreedores privilegiados tienen derecho de adhesión y de voto (v. art. 122 LC a contrario). La aceptación del convenio está, en principio, reservada al acreedor ordinario. El acreedor privilegiado, sea con privilegio especial, sea con privilegio general, disfruta de una posición especial, tradicionalmente denominada derecho de abstención. El privilegio consiste precisamente en la facultad de no someterse a un convenio que sea aceptado por la mayoría del pasivo ordinario; pero el acreedor privilegiado puede optar por participar en esa solución del concurso y aceptar una propuesta determinada, quedando entonces sujeto al convenio si resulta aprobado por el juez (art. 123.2 LC). En el caso de que una misma persona titule créditos ordinarios y créditos privilegiados, la aceptación de una propuesta se presumirá realizada sólo en relación con los créditos ordinarios, afectando únicamente a los privilegiados si así se hubiera manifestado expresamente en la adhesión o en la votación (art. 123.2 LC).

3. La posición de los acreedores subordinados

A pesar de que, como es lógico, el convenio les afectará de forma decisiva, no participan en la aceptación los acreedores subordinados, cualquiera que sea la causa de la postergación (art. 122.1 LC).

La pérdida de los derechos de adhesión y de voto se refiere sólo a los créditos subordinados. Los acreedores que sean titulares de otros créditos podrán participar en la aceptación del convenio ejercitando el derecho de adhesión o de voto que les corresponda por esos otros créditos de que sean titulares (art. 122.2 LC). En cuanto norma limitativa de derechos, la relativa a la pérdida de los derechos de adhesión y de voto tiene que ser objeto de interpretación restrictiva. Así, no se produce ese efecto en los casos de subrogación por un tercero (que no sea persona

instrumento que procede votar, bien por el procedimiento escrito (art. 115 bis LC), bien en la Junta de acreedores (arts. 121 y 124 LC); el que se somete a la aprobación judicial (art. 127 LC); el que puede ser impugnado, mediante oposición por las personas legitimadas (art. 1128 LC), sin que figure como infracción de normas o como causa de impugnación, referencia alguna al plan de viabilidad; y el juez, de oficio, puede rechazar (art. 131.1 LC), pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, no porque pudiera interpretar a su modo la «inviabilidad» del plan.

especialmente relacionada con el deudor) en la titularidad del crédito como consecuencia del pago efectuado al acreedor.

4. La posición de los adquirentes de créditos tras la declaración de concurso

Con anterioridad a la reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 11/2014, se privaba del derecho de adhesión y de voto a aquellos acreedores que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal, como consecuencia de una realización forzosa o por una entidad sometida a supervisión financiera. Esta última posibilidad, procedente de la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, se dirigía a favorecer una solución eficiente del concurso de acreedores, a la luz de un floreciente mercado de créditos concursales.

Ahora bien, uno de los mayores méritos de la reforma llevada a cabo por el referido Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, ha consistido en la ampliación del reconocimiento del derecho de voto a la mayoría de los adquirentes de créditos tras la declaración de concurso. En este sentido, en línea con lo que indica el preámbulo de la Ley 9/2015, se reconoce derecho de voto en general a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, exceptuando siempre a los que tengan una vinculación especial con el deudor. Hasta ahora sólo se les reconocía derecho de voto cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa o, a partir de 2012, cuando se tratase de entidades financieras sujetas a supervisión. La prevención que existía anteriormente respecto a estos acreedores es que dicha adquisición podía esconder algún tipo de fraude que se quería desincentivar mediante la privación del derecho de voto. Pero el fraude no puede estar en adquirir algo, en este caso un derecho de crédito, a un precio menor que aquél por el que se pretenda vender o realizar, puesto que esto es al fin y al cabo lo propio de la actividad económica de mercado. El verdadero problema estriba en que el adquirente se haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores. Por ello se reforma no solamente el artículo 122, sino también el 93 de la Ley Concursal, para hacer un listado más amplio de personas especialmente vinculadas con el deudor que, por esta razón, tendrán la condición de acreedores subordinados y carecerán en consecuencia de voto en la Junta de acreedores.

El atribuir derecho de voto a los acreedores que adquieran sus créditos con posterioridad a la declaración de concurso tiene un efecto adicional que debe reputarse beneficioso para el resto de acreedores. Se trata de fomentar la existencia de un mercado de dichos créditos que les permita obtener liquidez en una situación de concurso de su deudor, sin tener que esperar a la liquidación final,

posibilidad que no recibía una consideración tan favorable en la redacción originaria de la Ley Concursal y que justificaba la prohibición en la atribución del derecho de voto²⁴. Se produce ahora un evidente cambio de criterio en cuanto a la consideración de ese «mercado de créditos concursales», de manera que será el propio acreedor cedente quien valore si el sacrificio o descuento exigido para ello es aceptable y será el acreedor cedido, habitualmente especializado en este tipo de adquisiciones, el que sufra el riesgo que la adquisición y subsiguiente tramitación del concurso conlleven.

5. Los porcentajes para la aceptación del convenio

Los porcentajes necesarios para la aceptación del convenio por los acreedores se calculan sobre la base del pasivo ordinario del concurso. El Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, modificó sustancialmente el régimen de mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio²⁵. Los porcentajes de pasivo exigidos varían en función del contenido de la propuesta, diferenciándose tres supuestos.

El primero, el del contenido menos gravoso. Cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento. En tal caso, se considerará aceptada la propuesta cuando hubieran votado a favor una porción de pasivo superior de la que vote en contra.

²⁴ En la redacción original de la Ley Concursal se perseguía evitar que mediante operaciones convencionales de cambio de titularidades en los créditos y llevadas a cabo tras la declaración de concurso —lo que se ha llamado mercadeo de créditos— se pudiera acumular en determinadas manos un mayor poder de decisión en la Junta de acreedores, prácticas éstas que con frecuencia escondían el ánimo de favorecer al deudor concursado o a otro grupo de acreedores con el correlativo perjuicio para los restantes, y que en cualquier caso el legislador contemplaba con desconfianza, pues no se ajustaba a una actuación razonable la adquisición de un crédito cuya expectativa de cobro era muy incierta precisamente por la declaración de concurso a que conduce la situación de insolvencia del deudor, desconfianza que aparecía además plasmada en otras normas. Así, el *Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 13 de octubre de 2006*, indica en relación con la previsión que originariamente prohibía la atribución del derecho de voto a los adquirentes de créditos tras la declaración de concurso: «*lo que la norma sanciona es la cesión de créditos operada por vía contractual en la que el acreedor cesionario pasa a ocupar la posición del primitivo, manteniendo el crédito su identidad. No sería aplicable a quien paga un crédito de un tercero y se subroga en la posición del acreedor, ya que a pesar de las coincidencias que en la práctica se derivan de los efectos de una y otra figura, y de la posibilidad cierta que se ofrece de burlar las sanciones anudadas a la transmisión intervivos de créditos concursales mediante la vía indirecta del pago por tercero, entendemos que la interpretación que merece la norma ha de ser restrictiva en cuanto que limitativa de los derechos de voto del acreedor concursal, especialmente en aquellas situaciones en las que queda excluida cualquier intención fraudulenta o de connivencia con terceros en el solvens*».

²⁵ Vid. DÍAZ MORENO, A.: «Las mayorías necesarias para la aceptación del convenio tras el Real Decreto-Ley 11/2014», *ADCo*, núm. 34, 2015, pp. 43-62.

El segundo, el del contenido gravoso. Cuando la propuesta consista en quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, tratándose de acreedores distintos de los públicos y los laborales, en la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. En tal caso, se considerará aceptada la propuesta cuando hubiera votado a favor de la misma, al menos, un cincuenta por ciento del pasivo ordinario.

El tercero, el del contenido más gravoso. Cuando la propuesta consista en quitas superiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo superior a cinco años, pero en ningún caso superior a diez; o, tratándose de acreedores distintos de los públicos y los laborales, en la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo o en cualquiera de las demás medidas previstas como contenido posible del convenio en el artículo 100. En tal caso, se considerará aceptada la propuesta cuando hubiera votado a favor de la misma un sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario.

Frente a este régimen ordinario de mayorías que tiene un alcance general, la norma distingue tres regímenes de mayorías adicionales o especiales. En primer lugar, cuando se trate de una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características, ya que entonces será precisa no sólo la mayoría prevista con carácter general, sino también la adhesión o el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular (art. 125.1-I LC). La Ley no determina el concepto de trato singular, sino que se limita a establecer que no se considera que existe cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que acepten la propuesta ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o ambas, en la misma medida que los ordinarios (art. 125.1-II LC). No obstante, no podrá ser aceptada —ni siquiera podrá someterse a deliberación en la Junta— aquella propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de éstos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya un trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones (art. 125.2 LC).

En segundo lugar, cuando se pretenda extender los efectos del convenio a los acreedores privilegiados (art. 124.2 en relación con el art. 134 LC). En este sentido, se establece la posibilidad de «arrastre» de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía, valor que habrá de calcularse conforme a las reglas previstas en el artículo 94.2 de la Ley Concursal. Para que los acreedores privilegiados queden vinculados al convenio aprobado con arreglo al régimen general de mayorías será preciso que concurran además determinadas mayorías de acreedores de su misma clase, teniendo en cuenta que el grupo de acreedores privilegiados se divide en cuatro

clases: laborales, públicos, financieros y resto de acreedores. Esas mayorías: son el sesenta por ciento de acreedores de la misma clase cuando se trate de convenios de contenido menos gravoso y gravoso; y el setenta y cinco por ciento de acreedores de la misma clase cuando se trate de convenios de contenido más gravoso. 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. Y en el supuesto de 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.

En tercer lugar, en caso de acuerdos que, tras la declaración de concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación. En este supuesto se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando lo suscriban acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes (art. 121.4-III LC).

6. La forma de emisión: adhesiones y voto en Junta de acreedores

La aceptación de la propuesta de convenio puede producirse, según los casos, a través de adhesiones (escritas) o mediante la emisión del voto en la Junta de acreedores. Si el convenio es anticipado, la única forma de aceptar la propuesta es la adhesión. Si el convenio es ordinario, adhesión y voto quedan a la libre decisión de los acreedores en la correspondiente Junta, a menos que se acuerde la tramitación escrita²⁶.

La adhesión y el voto tienen, pues, como característica común la de ser declaraciones de la voluntad de aceptación de una propuesta de convenio; pero se diferencian tanto por el momento en el que se emiten como por la forma de emisión. De un lado, el acreedor puede adherirse a la propuesta de convenio dentro de los períodos de tiempo, más o menos largos, establecidos por la Ley para el caso de convenio anticipado (art. 108.1 LC) y de tramitación ordinaria (arts. 115.3 y 115 bis.1 LC). El voto, por el contrario, se emite en el preciso momento en el que el presidente de la Junta de acreedores somete la propuesta a votación nominal por llamamiento de los acreedores concurrentes a la Junta que tengan ese derecho (art. 121.4 LC). De otro lado, mientras que la adhesión se realiza por escrito, mediante comparecencia ante el letrado de la administración de justicia del Juzgado ante el que se tramita el concurso, o en escritura pública (art. 103.3

²⁶ Vid. *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, de 21 de abril de 2016*.

LC), el voto es una declaración de voluntad verbal, si bien se denominan legalmente votos a las declaraciones de voluntad de los acreedores contrarias a la propuesta en caso de tramitación escrita del convenio ordinario (art. 115 bis LC).

V. EL CONVENIO ANTICIPADO

1. La caracterización del convenio anticipado

Junto a la tramitación ordinaria del convenio, la Ley Concursal admite una tramitación anticipada cuya característica esencial es que la propuesta y la aceptación por la colectividad de los acreedores y la aprobación judicial tienen lugar durante la fase común del procedimiento. Mientras que, en la tramitación ordinaria, la propuesta (presentada al final de la fase común o durante la fase de convenio, art. 113 LC) se somete a la aceptación de los acreedores durante la denominada fase de convenio; en el caso de convenio anticipado se produce una superposición de tramitaciones. Durante la fase común de tramitación el deudor que cumpla determinados requisitos puede formular propuesta (anticipada) de convenio, que se somete a la aceptación de los acreedores y a la aprobación judicial dentro de la propia fase común sin llegar a abrirse la fase de convenio. Es, pues, equívoca la denominación legal de «propuesta anticipada de convenio» (arts. 104 a 110 LC), en la medida en que se anticipan también la aceptación por la colectividad de acreedores y la aprobación judicial del convenio. Es más correcto hablar de tramitación anticipada o de convenio anticipado.

El convenio anticipado constituye una medida que intenta favorecer la rápida consecución de un convenio y, a la vez, agilizar la tramitación del concurso de acreedores y, en consecuencia, reducir los costes del concurso. Por esta razón, la Ley fomenta la utilización de esta figura. En primer lugar, mediante una ampliación del plazo para el cumplimiento del deber de solicitar el concurso a aquellos deudores que hayan iniciado negociaciones con los acreedores para alcanzar un convenio anticipado y que así lo comuniquen al juez (art. 5 bis LC). En segundo lugar, a través de la posibilidad de que el fracaso de la propuesta anticipada no lleve necesariamente a la liquidación, sino que la misma u otra propuesta puedan ser presentadas para su tramitación ordinaria (art. 110 LC).

Sin embargo, al mismo tiempo el convenio anticipado se configura legalmente con un carácter restrictivo, algo que no parece justificado. En primer lugar, porque la propuesta anticipada de convenio sólo puede proceder del deudor, y no de los acreedores (art. 104 LC). En segundo lugar, porque esa facultad no se concede a cualquier deudor, sino sólo a aquellos que no se encuentren incurso en alguna de las prohibiciones legalmente establecidas (art. 105 LC). En tercer lugar, porque la presentación de la propuesta anticipada debe ir acompañada de adhesiones de acreedores —de cualquier clase— cuyos créditos superen la quinta parte

del pasivo, o la décima si la propuesta se presenta con la propia solicitud de concurso voluntario (art. 106.1 LC). En cuarto lugar, porque el juez puede dejar sin efecto la admisión a trámite de la propuesta anticipada si la evaluación de la administración concursal fuera desfavorable o contuviera reservas (art. 107.2 LC)²⁷.

2. La legitimación para la presentación de convenio anticipado: las prohibiciones legales

Para la presentación de una propuesta anticipada de convenio, la legitimación es exclusiva del deudor, que puede presentarla desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104.1 LC).

Pero lo más importante es que no se permite presentar propuesta anticipada a cualquier deudor, sino sólo a aquel que tenga un determinado grado de merecimiento. En lugar de exigir requisitos positivos en la persona del deudor para poder formular propuesta anticipada de convenio, el sistema legal ha recurrido a establecer prohibiciones —esto es, requisitos negativos— cuya concurrencia excluye la posibilidad de acogerse al beneficio (el número de prohibiciones se redujo de manera importante por el RD-L 3/2009, en un intento de incentivar los convenios anticipados). Se trata de una enumeración taxativa: aunque la conducta del deudor fuera merecedora de reproche jurídico por otras razones, si no se encuentra incurso en alguno de los casos legalmente establecidos, podrá formular propuesta anticipada de convenio. Además, precisamente por tratarse de prohibiciones legales, tienen que ser objeto de interpretación restrictiva.

En este sentido, no puede presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que hubiera sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio o contra el orden socio-económico. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores o quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta (art. 105.1-1.º LC). Tampoco puede presentar propuesta anticipada de convenio el deudor que hubiera incumplido el deber de depósito de las cuentas anuales en cualquiera de los tres últimos ejercicios (art. 105.1-2.º LC).

Los efectos de las prohibiciones legales son distintos según el momento en el que conste al juez que el deudor se encuentra incurso en alguna de ellas. Si

²⁷ Vid. JACQUET YESTE, T.: *La propuesta anticipada de convenio*, «La Ley», Madrid, 2012; FERNÁNDEZ, A.; THERY, A., CARLES, J.: «La aprobación judicial acelerada de la propuesta anticipada de convenio (AJM 1 Barcelona 27.9.2010 y SJM 1 Barcelona 29.10.2010)», *ADCo*, núm. 25, 2012, pp. 445-464.

el deudor se hallare incurso en prohibición legal en el momento en que debe resolver sobre la propuesta anticipada de convenio, rechazará el juez la admisión a trámite (art. 106.3 LC). Si con posterioridad a la admisión a trámite y antes de la aprobación judicial del convenio, el juez comprueba que, antes o después de esa admisión a trámite, el deudor ha incurrido en alguna de esas prohibiciones legales, dictará auto dejando sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación (art. 105.2 LC). Y si la existencia de prohibición legal se comprobara o se produjera con posterioridad a la aprobación judicial del convenio, el juez dictará auto declarando la nulidad del convenio aprobado, cualquiera que sea el grado de cumplimiento del mismo y, una vez alcance firmeza esta resolución, procederá de oficio a la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1-4.º LC).

3. La tramitación del convenio anticipado

A diferencia de la propuesta de convenio de tramitación ordinaria, la propuesta de tramitación anticipada tiene que ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase: por la décima parte del pasivo si la propuesta se presenta junto con la solicitud de concurso voluntario y por la quinta parte en otro caso (art. 106.1 LC).

Una vez admitida a trámite (art. 106 LC), la propuesta anticipada de convenio debe ser objeto de evaluación por la administración concursal (art. 107 LC). La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. El informe de evaluación cumple, por tanto, una función general de información para los acreedores que todavía no hubieran aceptado la propuesta, pero, además, habilita al juez para dejar sin efecto la admisión a trámite de la propuesta anticipada, en el caso de que fuera desfavorable o contuviera reservas (art. 107.2 LC). Así, si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. La administración concursal comunicará de forma telemática el informe desfavorable o con reservas a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno.

El sistema de aceptación del convenio anticipado por los acreedores es un sistema de adhesiones. Las adhesiones pueden ser anteriores a la presentación (art. 106.1 LC) o posteriores a la admisión a trámite (art. 108.1 LC). Las primeras son aquellas que acompañan a la propuesta y que no procedan, como es obvio, de titulares de créditos subordinados. Las segundas se presentan una vez

que el juez, mediante auto motivado (art. 106.2 II LC), hubiera admitido a trámite la propuesta.

El letrado de la administración de justicia debe verificar si las adhesiones alcanzan el porcentaje legalmente establecido (art. 109.1 LC). Si el porcentaje se hubiera alcanzado, se abre el plazo de diez días para que cualquier legitimado formule oposición a la aprobación judicial del convenio, teniendo en cuenta, además, que el juez puede rechazar de oficio el convenio aceptado por apreciar infracción legal (art. 109.2 LC). En efecto, la especialidad de la aprobación judicial del convenio anticipado radica en que tiene lugar durante la primera fase o fase común, de modo que no llegará a abrirse la fase de convenio. La especialidad del rechazo del convenio aceptado se encuentra en que el juez no debe abrir la fase de liquidación, sino requerir al concursado para que manifieste si mantiene la propuesta anticipada de convenio para su sometimiento a la Junta de acreedores o si desea solicitar la liquidación (art. 110.1 LC).

VI. LA TRAMITACIÓN ORDINARIA DEL CONVENIO

1. La apertura de la fase de convenio

En el sistema legal ordinario, a la fase común de tramitación del concurso sigue una segunda fase (de solución), que puede ser la de convenio o la de liquidación. Ahora bien, siempre que el concursado no hubiera solicitado la liquidación y que el juez no hubiera aprobado una propuesta anticipada de convenio, se abrirá la fase de convenio aun en el caso en que todavía no se hubieran presentado propuestas.

La fase de convenio se abre en el mismo auto por el que se pone fin a la fase común (arts. 98-I y 111.1 LC). Abierta la fase de convenio continuarán siendo aplicables durante la tramitación los efectos derivados de la declaración de concurso contenidos en el Título III de la Ley (art. 112 LC). Se extienden, pues, hasta la eficacia del convenio los efectos sobre el deudor, sobre los acreedores, sobre los contratos y sobre los actos perjudiciales para la masa activa del concurso.

Por regla general, el auto que pone fin a la fase común de tramitación y abre la fase de convenio ordenará convocar Junta de acreedores (art. 111.2-I LC), que se someterá a las previsiones específicas de la Ley (arts. 116 y sigs. LC). No obstante, cuando el número de acreedores exceda de trescientos, el juez podrá acordar la tramitación escrita (art. 111.2-II LC, introducido por RD-L 3/2009), que se someterá igualmente a las previsiones específicas de la propia Ley (art. 115 bis LC, introducido también por RD-L 3/2009, y concordantes).

2. La legitimación para la presentación de la propuesta de convenio

En los casos de tramitación ordinaria, la legitimación para la presentación de la propuesta de convenio es más amplia que en el caso de convenio anticipado. Están legitimados para presentar propuesta de convenio tanto el concursado como el acreedor o los acreedores cuyos créditos superen, individual o conjuntamente, una quinta parte del total pasivo (art. 113 LC), arbitrándose un sistema complejo integrado por dos períodos sucesivos. El primer período se inicia con la expiración del plazo de comunicación de créditos (momento hasta el cual el concursado podría haber presentado propuesta anticipada de convenio) y finaliza coincidiendo con la terminación de la fase común de tramitación del concurso (art. 113.1 LC). El segundo período, que tiene carácter subsidiario, se inicia con el auto que abre la fase de convenio y ordena la convocatoria de la Junta de acreedores o acuerda la tramitación escrita, finalizando, según los casos, cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la Junta (art. 113.2 LC) o un mes antes del vencimiento del plazo fijado por el juez para la presentación de adhesiones o votos en contra en caso de tramitación escrita (art. 115 bis.2 LC).

Como es lógico, los acreedores no pueden presentar propuesta de convenio si el concursado tuviere solicitada la liquidación; pero, además, si los acreedores presentaran propuesta de convenio sin que el propio concursado hubiera presentado la suya, el concursado podrá solicitar la liquidación de la masa activa en cualquier momento (art. 142.1 LC).

3. El control judicial preliminar

Una vez presentada, la propuesta de convenio queda sometida a un control judicial preliminar. El juez del concurso debe dictar resolución admitiendo o inadmitiendo a trámite cada propuesta. El juez admitirá a trámite las propuestas que cumplan las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la Ley, otorgará a los solicitantes un plazo de subsanación cuando apreciare algún defecto subsanable y rechazará la admisión a trámite de las propuestas que no se sometan a lo dispuesto en la Ley. Asimismo, si el concursado hubiera solicitado la liquidación, el secretario judicial rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta (art. 114.1 LC).

Los efectos de la admisión a trámite son muy importantes, ya que la correspondiente propuesta no puede modificarse y adquiere carácter irrevocable (art. 114.2 LC) para someterse a la aceptación de los acreedores en la oportuna Junta. La falta de presentación de propuestas en los plazos legales o la inadmisión a trámite de la propuesta o las propuestas presentadas en esos cuarenta días anteriores al fijado para la celebración de la Junta de acreedores es aún más importante, porque afecta sustancialmente a la tramitación del concurso de acree-

dores: el juez acordará de oficio la apertura de la fase de liquidación (arts. 114.3 y 143.1-1.º LC).

4. La evaluación de la administración concursal

Las propuestas admitidas a trámite por el juez serán sometidas a evaluación por parte de la administración concursal (art. 115 LC). El objeto del informe es valorar la propuesta de convenio (que el juez ya ha admitido a trámite) en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad (art. 115.1 LC), a fin de que pueda ser tomado en consideración para la formación de la voluntad de aceptar la propuesta. Cualquiera que sea el contenido del informe de evaluación, la propuesta continuará sometida a la aceptación de los acreedores y, de hecho, las adhesiones de los acreedores sólo podrán empezar a prestarse una vez que se ponga de manifiesto en el Juzgado el escrito de evaluación (arts. 115.3 y 115 bis.2 LC).

No obstante, un informe desfavorable —por considerar que el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable— podrá ser utilizado en la oposición a la aprobación judicial del convenio.

5. La aceptación de una propuesta de convenio

La aceptación de una propuesta de convenio presentada para su tramitación ordinaria puede tener lugar mediante adhesión o mediante voto en Junta de acreedores o necesariamente mediante adhesión en caso de que se acuerde la tramitación escrita.

La adhesión, en cualquiera de los dos sistemas, podrá realizarse mediante comparecencia ante secretario del Juzgado o mediante instrumento público (art. 103.3 LC). En caso de tramitación en Junta de acreedores, la adhesión tendrá un carácter anticipado, pues deberá producirse entre el momento en que los escritos de evaluación de la administración concursal queden de manifiesto en la oficina judicial y el momento en que se cierre la lista de asistentes a la necesaria Junta de acreedores (arts. 115.3 y 119.1 LC). En caso de tramitación escrita, las adhesiones —como los votos en contra— deberán realizarse dentro de los dos meses contados desde la fecha del auto que la declare (art. 115 bis.1 LC).

Para favorecer el éxito de la propuesta de convenio, la Ley establece la regla general de la irrevocabilidad de la adhesión prestada a una propuesta que vaya a tramitarse en Junta de acreedores (art. 115.3 LC), aunque con dos importantes excepciones. De un lado, las adhesiones realizadas a una propuesta anticipada de convenio que hubiera sido mantenida por el concursado para su tramitación ordinaria pueden ser revocadas en la fase de convenio (art. 115.3, inciso segundo LC) y cualquier adhesión quedará revocada —por hechos concluyentes— en el caso

de que el acreedor adherido asista a la Junta de acreedores, cualquiera que sea el sentido del voto e, incluso, aunque se abstenga (art. 115.3 en relación con art. 110.2 LC). De otro lado, en caso de tramitación escrita, la adhesión es libremente revocable, con tal de que conste en autos antes de la fecha límite prevista para las adhesiones y los votos en contra —dos meses contados desde la fecha del auto que acuerde la tramitación escrita— (art. 115 bis.3, segundo inciso LC).

VII. LA JUNTA DE ACREEDORES

1. La convocatoria de la Junta de acreedores

Por regla general, la aceptación del convenio tramitado en forma ordinaria habrá de realizarse en la Junta de acreedores que el juez ordenará convocar en el propio auto de apertura de la fase de convenio (art. 111.2 LC). La convocatoria de la Junta deberá publicarse y notificarse por los mismos medios que la declaración de concurso (art. 23 LC), fijará el lugar, el día y la hora de la reunión y expresará las condiciones en que los acreedores podrán adherirse (art. 111.2 LC).

La Junta se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria (art. 116.1 LC). La fecha de celebración está en función del momento de presentación de la propuesta. Si se tratara de una propuesta anticipada que el concursado hubiera optado por mantener o de una propuesta presentada dentro del primer período de presentación de propuestas ordinarias (art. 113.1 LC), la Junta deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo mes contado desde la fecha de apertura de la fase de convenio. En los demás casos deberá convocarse para su celebración dentro del tercer mes (art. 111.2.III LC).

La Junta de acreedores será presidida por el juez o, excepcionalmente, por el administrador concursal designado por el juez, y actuará como secretario el que lo sea del Juzgado (art. 116.2 y 3 LC). Será asistido en sus funciones por la administración concursal.

Al presidente corresponde abrir la sesión, dirigir las deliberaciones, decidir sobre la acreditación de los comparecientes y sobre la validez de los apoderamientos (art. 121.1, primer inciso LC), dirigir las votaciones (art. 121.4 LC) y levantar la sesión (art. 126.2 LC). Al secretario corresponde extender el acta de la Junta (art. 126.1 LC) y elevarla al juez (art. 127 LC).

2. La constitución de la Junta de acreedores

Para la válida constitución de la Junta, se requiere la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario

del concurso (art. 116.4 LC). Sólo se tienen en cuenta a efectos del quórum de constitución los créditos ordinarios. No computan los créditos subordinados ni tampoco los créditos privilegiados, que están excluidos de manera expresa de ese quórum, aun cuando asistan a la Junta e intervengan en ella (art. 123.1 LC) e incluso voten posteriormente a favor de la propuesta. Es indiferente el número de acreedores ordinarios que concurran, porque el quórum de constitución constituye un porcentaje del pasivo (de los créditos) y no de las personas (de los acreedores). Para favorecer la conclusión del convenio, se reputarán presentes en la Junta, aunque no asistan, los acreedores firmantes de algunas de las propuestas (sean autores o compromitentes: art. 99.1 LC) y los que se hubieran adherido en tiempo y forma (art. 118.3 LC), es decir, todos aquellos acreedores que hubieran manifestado con anterioridad la voluntad favorable al convenio.

Tienen deber legal de asistencia a la Junta de acreedores la administración concursal²⁸ y el propio concursado (art. 117 LC). El deber de asistencia de los miembros de la administración concursal trata de satisfacer adecuadamente el derecho de información de los concurrentes, de modo que su incumplimiento se sanciona con la pérdida del derecho a la remuneración fijada (art. 117.1, segundo inciso LC), si bien la incomparecencia de los miembros de la administración concursal no determinará por sí misma la suspensión de la Junta de acreedores (art. 117.3 LC). El deber de asistencia del concursado se justifica por ese mismo derecho de información y también por la propia naturaleza del convenio; pero la Junta de acreedores puede constituirse válidamente para deliberar y votar todas las propuestas de convenio aunque el concursado no asista. Por supuesto, la inasistencia del concursado no impide que se debata y se vote la propuesta presentada por el propio concursado; pero tampoco impide que se debatan y voten las presentadas por los acreedores, aunque no cuenten con la conformidad del concursado, sin perjuicio del derecho de éste a formular oposición a la aprobación judicial del convenio o a solicitar la liquidación en el caso de que alguna de esas propuestas fuera aceptada (art. 128.3 LC). La incomparecencia del concursado sólo tiene un efecto eventual e indirecto: si llegara a formarse la sección de calificación, se presumirá la existencia de dolo o culpa grave en la causación o en el agravamiento de la insolvencia (art. 165.2.º LC).

Por su parte, el derecho de asistencia a la Junta corresponde a los acreedores que figuren en el texto definitivo de la lista de acreedores (art. 118.1 LC). El derecho se otorga a todos los acreedores que figuren en la lista definitiva, y no sólo a los ordinarios. Podrán, pues, asistir a la Junta los acreedores privilegiados

²⁸ La concurrencia en una sola persona —natural o jurídica— de la doble condición de administrador concursal —obligado como tal a asistir a la Junta por un lado— y de acreedor —facultado para no hacerlo—, permite su asistencia a la Junta exclusivamente en calidad de administrador y en cumplimiento de la función, sin que sea preciso hacerlo como acreedor. Lo que deberá tener adecuado reflejo en la lista de acreedores asistentes (*sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012*).

(art. 123.1 LC) y también los acreedores que carecen de derecho de adhesión y de voto, es decir, los subordinados (arg. ex art. 122.1 LC). Los acreedores pueden asistir personalmente o hacerse representar por medio de apoderado. El representante puede ser o no acreedor y puede representar a varios acreedores, pero se prohíbe que sea apoderado el propio concursado o una persona especialmente relacionada con el concursado, aunque sea acreedor. El apoderamiento debe conferirse de forma solemne ante el letrado de la administración de justicia o mediante escritura pública (art. 118.2 LC).

3. La deliberación y votación de las propuestas de convenio

La Junta de acreedores tiene como objeto fundamental la deliberación y votación de la propuesta de convenio (art. 121 LC). En caso de pluralidad de propuestas, se establece un orden de debate y votación, por cuanto que, aceptada una propuesta, no procederá deliberar sobre las restantes (art. 121.5 LC). Se deliberará y votará en primer lugar sobre la propuesta presentada por el concursado, y sólo si no fuese aceptada se debatirán y votarán las presentadas por los acreedores, por el orden que resulte de la cuantía mayor a menor del total de los créditos titulados por sus firmantes (art. 121.2 LC). Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido en que estimen conveniente aun cuando hubieran firmado la propuesta o se hubieran adherido a ella (art. 121.4.I LC) y se computarán como votos favorables a una propuesta los de los firmantes y los de los adheridos que, no asistiendo a la Junta, hayan sido tenidos por presentes (art. 124.1.II LC).

4. El acta de la Junta de acreedores

El secretario extenderá acta de lo acontecido en la Junta de acreedores, con el contenido establecido por la Ley (art. 126.1 LC), y, a continuación, procederá a leerla y a firmarla, levantando el presidente la sesión (art. 126.2 LC). Se establece, además, la extensión del acta por procedimientos informáticos, excepto en el caso de que la Sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. Esta previsión se hace extensiva a todos los órdenes jurisdiccionales e igualmente a las Juntas de acreedores previstas en la Ley Concursal, si bien dejando claro que éstas, aun siendo objeto de grabación, requieren la presencia ineludible del secretario judicial en su condición de miembro de la misma.

Sea cual sea el resultado de las votaciones, el acta, a la que se unirá como anexo la lista de asistentes (art. 119.2 LC), tiene que ser elevada al juez del concurso. Si alguna de las propuestas de convenio hubiera sido aceptada, se someterá a la aprobación del juez el convenio aceptado (art. 127 LC). Si ninguna de las propuestas de convenio presentadas hubiera alcanzado las adhesiones o los votos suficientes para considerarse aceptada, el juez, sin más trámites, acordará, de

oficio, la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.2.º LC), mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

VIII. LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

Una vez aceptado por la colectividad de los acreedores, el convenio queda sometido a la aprobación judicial, tanto en caso de tramitación anticipada (art. 109.2 LC) como de tramitación ordinaria (arts. 127 y 115 bis.6 LC). El juez ha de resolver las eventuales oposiciones planteadas por los legitimados (arts. 128 y 129 LC) y tiene que comprobar, de oficio, la adecuación a la ley del convenio aceptado (arts. 130 y 131 LC)²⁹.

Si el convenio fuera aprobado por el juez, se dará a la sentencia la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal (art. 132 LC).

1. La oposición a la aprobación judicial del convenio

La oposición a la aprobación judicial del convenio es el expediente legalmente previsto para que los interesados aleguen que el convenio aceptado es contrario, en el fondo o en la forma, a la ley o que su cumplimiento es objetivamente inviable³⁰.

El plazo para formular oposición es de diez días, contados desde el siguiente a la fecha en la que el letrado de la administración de justicia hubiera verificado la aceptación de una propuesta anticipada, de una propuesta ordinaria tramitada por escrito o desde la fecha de conclusión de la Junta en la que se hubiera aceptado una propuesta (art. 128.1.I LC). El plazo tiene naturaleza procesal, de modo que no se incluirán en el cómputo los días inhábiles (art. 133.2 LEC).

Al admitir a trámite la oposición, el juez puede acordar cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora en la tramitación impida el cumplimiento futuro del convenio aceptado en caso de desestimarse la oposición

²⁹ Como indica la *sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011*, el convenio tiene una naturaleza negocial, en cuanto se trata de un acuerdo destinado a regular las relaciones jurídicas que unen al deudor con cada uno de sus acreedores, si bien exige para su validez la aprobación judicial. Por tanto, el juez debe controlar su legalidad y puede aprobar el convenio o rechazarlo, o mandar que se repita su tramitación a fin de que se subsanen los defectos de legalidad de que adolezca, pero no puede modificar su contenido.

³⁰ Vid. GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: «Cuestiones problemáticas relacionadas con el trámite de oposición al convenio en el concurso de acreedores», *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, número extraordinario en homenaje al profesor D. Juan Luis IGLESIAS PRADA, 2011, pp. 208-215.

(art. 129.4 LC). Entre esas medidas cautelares destaca la posibilidad de que se dé inicio al cumplimiento del convenio aceptado y todavía no aprobado, es decir, que se anticipe la eficacia del convenio.

2. Las causas de oposición

La Ley contempla dos tipos distintos de causas de oposición, que determinan la legitimación: la infracción de las normas legales (art. 128.1 LC) y el cumplimiento objetivamente inviable del convenio (art. 128.2 LC)³¹.

2.1. La infracción de las normas legales

La oposición podrá fundarse, en primer lugar, en la infracción de las normas legales sobre contenido del convenio, o sobre la forma y el contenido de las adhesiones, la constitución de la Junta de acreedores y su celebración o las reglas de tramitación escrita (art. 128.1-III LC), incluyendo la circunstancia de que las declaraciones de voluntad que resultaren decisivas para la aceptación de una propuesta de convenio fueran realizadas por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidas mediante maniobras que afectasen a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios (art. 128.1-IV LC). La remisión, por tanto, a la infracción de normas legales incluye tanto circunstancias formales como motivos sustantivos o de fondo³².

³¹ Las causas de oposición al convenio son *numerus clausus* (art. 128 LC), y se suelen clasificar distinguiendo entre: (i) causas de oposición por motivos formales, o por infracción del procedimiento; (ii) causas sustantivas o de fondo, por infracción sobre el contenido del convenio y (iii) causas funcionales por inviabilidad objetiva de cumplimiento. Las dos primeras, susceptibles también de control de oficio (art. 131 LC), a diferencia de la tercera, que precisa petición de parte legitimada, se califican como vicios invalidantes de nulidad, en tanto que la tercera como anomalía funcional del tipo de las acciones resolutorias (*sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 3 de septiembre de 2012*). Vid. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 26 de noviembre de 2014*.

³² En relación con la infracción de normas legales, formales o de fondo, *vid.* la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 3 de septiembre de 2012*, al disponer que las causas de oposición por motivos formales vienen constituidas por la quiebra de las normas que regulan el procedimiento de manifestación de voluntad de los interesados, contemplando la Ley varias hipótesis que obedecen a las distintas modalidades de convenio. Tratándose de una propuesta anticipada de convenio, hay que determinar si ha habido infracción de las normas sobre la forma y contenido de las adhesiones al convenio (arts. 103 y 108 LC). En este sentido, establece que no puede prosperar una queja relativa a la omisión de información para la correcta conformación de las voluntades (con invocación de los arts. 6 y 42 LC), dado que estos preceptos no se refieren a la oposición al convenio. Además, no puede alegarse oposición por motivos formales cuando lo que realmente se alega es la inexistencia de viabilidad económica del convenio, pues el plan de viabilidad no forma parte del contenido del convenio, y por eso no es admisible que se impugne el convenio por razones que únicamente guardan relación con el contenido del plan de viabilidad [SAP Barcelona (15.ª) de 24 de mayo de 2012]. En efecto, que el plan de viabilidad

Están legitimados para oponerse a la aprobación judicial del convenio, alegando infracción legal, la administración concursal, los acreedores no asistentes a la Junta, los que en ella hubieren sido privados ilegítimamente de su derecho de voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada, así como, en caso de propuesta anticipada o de propuesta ordinaria con tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella (art. 128.1-II LC)³³, así como el

pueda servir para que los acreedores conozcan el alcance de su voto o las condiciones en las que formulan su adhesión al convenio no convierte el contenido del plan de viabilidad en parte integrante del convenio, sin perjuicio de ser relevante el contenido del plan para examinar la viabilidad del convenio. Por ello, si lo que se imputa es que el convenio se asienta en bases absolutamente ficticias, lo que se está impugnando es la viabilidad económica del convenio (art. 128.2 LC). Y, respecto al motivo de oposición consistente en la existencia de acreedores vinculados y de maniobras que afectan a la composición de los votos decisivos para la aprobación del convenio, la Ley Concursal configura como motivo autónomo los supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aceptación de una propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita (o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la Junta), hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. En estos casos también se quiebra la reglamentación formal del convenio, al tratarse de supuestos en los que la voluntad decisiva para las mayorías está viciada. Ejemplos de lo anterior son aquellos supuestos en los que el voto o adhesión decisivos para la aprobación del convenio sea emitido por acreedores ficticios, falsos, aparentes o simulados (en cuantía o en condición) distintos a los que figuren en los textos definitivos (arts. 108 y 119 LC), o logrado mediante maniobras torticeras o inteligencias fraudulentas que quiebren la *par condicio creditorum*, siendo el supuesto clásico los pactos extraños al proceso mediante los cuales algunos acreedores entre ellos, o con el concursado, pactan el sentido del voto o adhesión a cambio de ciertas ventajas, que implican la desaparición de la igualdad de trato que preconiza el concurso. Ello no debe confundirse con la posibilidad legal de que el convenio contemple tratos singulares a ciertos acreedores: lo que se prohíbe son artificios o manejos extraconcursoles, cuya prueba corresponde a quien lo invoca, sin que basten meras sospechas (SAP Gerona de 6 de noviembre de 2007). La especialidad radica en que, en estos casos, rige el principio de conservación de actos y negocios. Se trata de someter el resultado a la llamada «prueba de resistencia»: si, suprimidas las voluntades improcedentes o fraudulentas, el resultado no cambia, la infracción no debe suponer la estimación de la oposición. En fin, el distinto trato previsto para algunas clases de acreedores y las propuestas alternativas no implica quiebra de la paridad de trato, al ser una previsión legal (arts. 125, 99.1 y 102 LC). La garantía legal es el especial sistema de mayorías que reclama este trato singular.

³³ La *sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2014*, determina que los acreedores titulares de créditos contingentes no están activamente legitimados para oponerse a la aprobación del convenio concursal. Así, se considera que la legitimación activa en la oposición a la aprobación del convenio que recoge el artículo 128.1 de la Ley Concursal diferencia a los acreedores que no asistan a la Junta y los que asistiendo, bien han sido privados ilegalmente de su derecho de voto y los que hubieran votado en contra o no se hubiesen adherido a ella en caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, y no está contemplando supuestos diferentes o alternativos, sino cumulativos. Argumenta la resolución que lleva a contradicciones insalvables entender que todo acreedor no asistente a la Junta tiene legitimación para oponerse a la oposición del convenio aprobado. Así, si no hiciéramos distingo alguno cabría entender con legitimación activa a acreedores contra la masa o a acreedores privilegiados que no se encuentran siquiera vinculados por el convenio (al menos hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 septiembre, de medidas urgentes en materia concursal al añadir un tercer apartado al art. 134 LC que permite, en determinados casos, que un acreedor privilegiado

concurtido, siempre que no hubiera formulado la propuesta aceptada por los acreedores, no le hubiese prestado conformidad y no opte por solicitar directamente la liquidación (art. 128.3 LC).

se vea obligado por el convenio contra su voluntad), o bien los acreedores subordinados que, de forma absoluta, están privados de derecho de voto en el convenio. Existe una clara conexión entre el derecho de oposición y el derecho de voto. Así se expresa cuando, fuera del supuesto de acreedores no asistentes, la legitimación activa depende del comportamiento del acreedor en relación al voto, o de la privación ilegítima de tal derecho. De esta forma puede considerarse, por ejemplo, que el acreedor que se abstiene del ejercicio del derecho al voto, no estará legitimado activamente para oponerse al convenio. La Ley concursal priva del derecho de voto, pero no del derecho de asistencia a la Junta, ni siquiera a los acreedores privilegiados que, a la fecha de los hechos relevantes, sólo resultaban vinculados por un convenio concursal si votan a favor de la propuesta, la firman o se adhieren a ella (art. 134.2 LC). La conclusión podría ser que pudieran incluirse tales acreedores que no asisten a la Junta de acreedores en la categoría de acreedores no asistentes a los que el artículo 128.1, párrafo segundo, de la Ley Concursal atribuye legitimación activa para oponerse a la aprobación del convenio. Sin embargo, de llegar a esta conclusión, no resultaría explicable cómo el acreedor que carece de derecho de voto, no por privación arbitraria o contra ley, sino en virtud de la ley misma, si no asiste a la Junta de acreedores tiene legitimación para oponerse a la aprobación del convenio, pero sí asiste a dicha Junta carecerá de tal legitimación, pues en caso de ser acreedor asistente, únicamente tendrá legitimación si hubiera sido privado ilegítimamente del voto, lo que resulta una hipótesis difícil, o si hubiera votado en contra, lo que resulta imposible, pues su situación se define precisamente por estar privado, temporal o definitivamente, del derecho de voto. En esta situación está el acreedor titular de un crédito contingente, que no tiene cuantía propia y el derecho de voto se encuentra suspendido (art. 87.3 LC), es decir, se carece del mismo en tanto dura la situación de contingencia y se resuelve definitivamente su situación jurídica. Ya sea por las dudas que se ciernen sobre los créditos contingentes acerca de su definitiva existencia, pendiente de su confirmación o reconocimiento, que pudieran no llegar a producirse, como la valoración de determinados créditos que lleva al legislador a subordinarlos, haciéndolos de peor condición que al resto de acreedores, es lo que ha movido al legislador a privarles de uno de los derechos fundamentales del acreedor en el concurso, el derecho de voto o de adhesión. Por tanto, carecen de la posibilidad de conformar, con el resto de acreedores, la común voluntad en orden a la solución pactada del concurso. Su importancia en el aspecto fundamental de la decisión sobre las propuestas de convenio es nula. Siendo así, resulta difícil entender que, a quien la Ley ha privado de la posibilidad de decidir sobre la procedencia de determinadas propuestas de convenio, pueda después oponerse a su aprobación por cualquiera de los motivos de oposición (además los créditos subordinados parece que no podrían ostentar legitimación respecto de la causa consistente en que el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable, ya que se refiere el artículo 128.2 de la Ley Concursal a los créditos ordinarios; también los contingentes, ya que carecen, en tal condición, de cuantía propia). La conclusión no es otra que los titulares de créditos contingentes carecen de legitimación para oponerse a la aprobación de un convenio al carecer de derecho de voto. No altera esta conclusión, en el supuesto que nos ocupa, que mediante recurso de apelación se haya reconocido el crédito a la parte apelante, ya de forma definitiva o susceptible de ejecución provisional, por cuanto el examen de la legitimación debe realizarse en el momento en que se abre el plazo de oposición y hasta que éste termina, no ulteriormente. Si en el plazo legalmente establecido para la oposición (diez días desde la conclusión de la Junta, según el art. 128.1 LC) no se ostenta la legitimación, en el caso enjuiciado se concreta al carácter contingente del crédito, precluye el momento procesal a tal efecto, no teniendo eficacia retroactiva la ulterior eliminación de la contingencia, más allá de lo expresamente previsto en la Ley Concursal, y sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares que permite la norma concursal en el artículo 87.4 de la Ley Concursal si estimare probable la confirmación del crédito contingente.

2.2. El cumplimiento objetivamente inviable del convenio

La oposición a la aprobación judicial del convenio puede fundarse también en la objetiva inviabilidad del cumplimiento (art. 128.2 LC). La introducción de esta causa de oposición implica un cambio respecto del derecho derogado, al permitir la impugnación por motivos ajenos al control de legalidad. No se trata de enjuiciar la bondad del contenido del convenio, sino si su cumplimiento desde un punto de vista objetivo es inviable, es decir, que no se puede llevar a cabo con una previsibilidad razonable. Esta causa de oposición es indeterminada, ya que no existe ninguna delimitación de su significado ni parámetro legal alguno que indique cuándo el cumplimiento es viable o no, por lo que el casuismo es inevitable³⁴. El juez podrá entonces realizar un juicio de oportunidad, si bien limitado a un único aspecto: la viabilidad del convenio. La exigencia de inviabilidad objetiva supone que no basta con que el cumplimiento del convenio sea imposible para el concursado debido a sus circunstancias o capacidades subjetivas, sino que lo sea para cualquier deudor que se encontrara en la misma situación económica.

Para invocar esta causa de oposición están legitimados únicamente la administración concursal y aquellos acreedores que, además, de reunir alguno de los requisitos señalados para la oposición basada en infracción legal, sean titulares de, al menos, un cinco por ciento de los créditos ordinarios. En los demás casos, el juez no puede entrar en la consideración de si el convenio puede objetivamente cumplirse o si, por el contrario, carece de ese carácter³⁵.

³⁴ La expresión «objetivamente inviable» requiere una valoración rigurosa de la situación, y no una mera impresión o probabilidad incierta de que no pueda llevarse a término lo convenido. Tampoco basta la mera intuición o sospecha. Inviabilidad ni es dificultad, ni gran dificultad, sino imposibilidad. Además, ésta ha de ser objetiva y no referida exclusivamente a las circunstancias o capacidades subjetivas o personales del concursado, sino de cualquier deudor que se encontrara en la misma situación económica. La aplicación de esta causa de oposición ha de ser excepcional y de interpretación restrictiva. No son admisibles las meras impresiones subjetivas, las probabilidades inciertas, ni los pronósticos o hipótesis aleatorias (SAP Valencia de 20 de febrero de 2007 y SAP Barcelona de 24 de mayo de 2012). Vid. *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 3 de septiembre de 2012*.

³⁵ La *sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 11 de junio de 2010*, destaca que la doctrina científica, mayoritariamente, coincide en que la causa de oposición contemplada en el artículo 128.2 es novedosa en nuestro derecho concursal. Asimismo conviene destacar ahora que tal motivo no ha merecido acogida favorable entre la doctrina bien porque se considera que constituye un juicio de oportunidad relativo a la aptitud y viabilidad misma del convenio, más desde una perspectiva económica que jurídica, bien porque se valora que tal motivo de oposición está llamado a generar serios problemas en materia de prueba, y final y especialmente por la falta de criterios a aplicar para considerar que un convenio es objetivamente inviable. Ello ha determinado que un buen número de autores no considere fácil predeterminar los criterios que hacen objetivamente inviable el cumplimiento de un convenio, señalando que se ha de tratar de situaciones cercanas a la imposibilidad fáctica de cumplir y no sólo a la mera dificultad en el cumplimiento, por cuanto que la expresión «objetivamente inviable» requiere una valoración rigurosa de la situación, una constatación muy fundada y no una mera impresión o

3. El control de oficio del convenio por el juez

El juez ha de examinar, de oficio, la legalidad del convenio (arts. 130 y 131 LC). El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio aceptado por los acreedores si aprecia la existencia de infracción legal en su contenido (a pesar de que, con anterioridad, ha debido valorar ese contenido para decidir su admisión a trámite, arts. 106.3 y 114.1 LC), en la forma y contenido de las adhesiones y en la tramitación escrita o la constitución o celebración de la Junta, rechazo que producirá los mismos efectos que se acaban de señalar para el caso en que el juez estimase la oposición presentada. Así, cuando no se produce oposición a la aprobación de un convenio por las personas legitimadas para ello sobre la base de cuestiones formales o de la viabilidad objetiva del mismo (art. 128 LC), el control de oficio del convenio por parte del juez del concurso se limita a la comprobación de que para la adopción del convenio se han observado

probabilidad incierta de que no pueda llevarse a término lo convenido, ni tampoco la mera intuición o sospecha, afirmándose incluso que inviabilidad ni es dificultad, ni gran dificultad, sino imposibilidad, y que además ésta ha de ser objetiva y no referida exclusivamente a las circunstancias o capacidades subjetivas o personales del concursado, sino de cualquier deudor que se encontrara en la misma situación económica. Incluso la doctrina se cuestiona si la falta de viabilidad objetiva en cuanto al cumplimiento del convenio debe ser total o parcial para concluir que una interpretación sensata conduce a la consideración de una inviabilidad parcial, pues de otro modo sorprendería que el legislador avalase que un convenio totalmente falto de viabilidad objetiva pudiera llegar al extremo de ser aceptado por los acreedores. Directamente relacionado con lo anterior, se indica que la carga de la prueba de la inviabilidad objetiva incumbe a la parte que la alega, debiendo quedar cumplidamente demostrada por el impugnante, lo cual — atendido lo que constituye el objeto de la prueba y el juicio de oportunidad que representa la apreciación de tal motivo de oposición — no resultará fácil en la generalidad de las ocasiones, máxime cuando por razón de la propia situación de que deriva el concurso siempre existirá una razonable incertidumbre en orden a si un convenio aceptado será finalmente cumplido. Sin perjuicio de los remedios que la propia Ley Concursal contempla para tal situación. Se entiende, por ello, y a los efectos de estimación de la causa de oposición del artículo 128.2 de la Ley Concursal, que no bastará que la parte que promueva el incidente se limite a exponer las razones por las que, a su juicio, el cumplimiento del convenio es inviable, sino que será necesario aportar elementos de prueba tendentes a poner de manifiesto aquella imposibilidad que se predica, incluso mediante la aportación de la correspondiente prueba pericial, cuando proceda. Y la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 5 de septiembre de 2011*, indica que la valoración judicial de la inviabilidad objetiva del convenio exige un examen exhaustivo del propio plan de viabilidad, de su rigor, seriedad, realidad de sus bases, cálculos, ingresos, flujos de caja, beneficios previsibles, etc. Ahora bien, dicho examen está proscrito en el trámite de admisión a trámite de la propuesta de convenio con continuación de actividad. Es inadmisibles un examen de oficio de esta viabilidad tanto en el trámite de admisión a trámite de la propuesta como en la aprobación judicial del mismo una vez aprobado por los acreedores. Sin embargo, es facultad de la administración concursal y de los acreedores que representen el cinco por ciento del pasivo ordinario la oposición a dicha aprobación judicial y así instar al juez del concurso a examinar la viabilidad del convenio. Debe acreditarse en incidente concursal la inviabilidad del convenio, ya que resulta clara la *voluntas legis* de que sólo resulten judicialmente aprobados aquellos convenios que presenten una alta probabilidad objetiva de cumplimiento total, debiendo — en caso contrario — en defensa de los acreedores minoritarios y de los que votaron en contra del convenio proceder al rechazo judicial del mismo.

todas las formalidades y garantías sobre el contenido del convenio y conformación de la voluntad colectiva del pasivo concursal (art. 131 LC). El control judicial se limita a un control de mera legalidad sobre cuestiones reguladas por normas imperativas debido a que el convenio concursal no es un mero acuerdo vinculante sólo para los firmantes, sino expresión de una voluntad colectiva, propia del proceso concursal con efecto *ad extra*, que determina la extensión de los efectos del convenio no sólo a los acreedores que se hubieran adherido a la propuesta anticipada formulada por el deudor concursado (art. 106 LC), sino a todos ellos (art. 134 LC)³⁶.

La previsión legal añade que si la infracción apreciada afecta a la forma y contenido de algunas de las adhesiones, el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución. Si la infracción apreciada afecta a las reglas sobre la tramitación escrita del convenio, el juez acordará que el secretario judicial convoque Junta o que se proceda a nueva tramitación escrita por un plazo no superior a treinta días desde la fecha del auto. Y si la infracción apreciada afecta a la constitución o a la celebración de la Junta, el juez dictará auto acordando que el secretario judicial convoque nueva Junta para su celebración.

Existe, en consecuencia, un doble y sucesivo control de legalidad del convenio. El juez puede aprobar el convenio o rechazarlo (o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca), pero no modificar su contenido³⁷. Y tampoco será posible el rechazo de oficio aunque considere que el cumplimiento del convenio resulte objetivamente inviable.

³⁶ Vid. *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 7 de febrero de 2013*.

³⁷ La obligatoriedad del control de oficio del convenio y la exhaustividad del mismo, como ha señalado la sentencia dictada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de septiembre de 2009, es por completo ajena a la previa existencia o no de oposición a su aprobación por parte legitimada para ello. De ahí que no baste con limitarse a constatar el transcurso del plazo que para plantear la oposición se prevé en la ley (art. 128 LC), sino que el juez debe efectuar siempre una labor fiscalizadora con carácter previo a dictar una posible resolución aprobatoria de un convenio concursal (arts. 130 y 131 LC). En lo que concierne al alcance de dicho control de legalidad y simplemente con fines clarificadores, como también ha señalado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de octubre de 2011, el convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial. Sin embargo, el papel que corresponde al juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo (o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca), pero no modificar su contenido (*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 12 de julio de 2013*).

IX. LA EFICACIA DEL CONVENIO

1. El momento de adquisición de eficacia del convenio

Por virtud de la aprobación judicial, el convenio deviene eficaz. La Ley señala que el convenio adquiere plena eficacia desde la fecha de la sentencia de aprobación (art. 133.1 LC). Así, como norma general, el artículo 133.1 de la Ley Concursal dispone que el convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, es decir, la generación de los efectos recogidos como contenido del convenio no se producen en las relaciones patrimoniales del deudor desde la adopción del mismo por los acreedores, en Junta, o por adhesiones, si es de modo anticipado, sino desde la posterior aprobación por el juez del concurso en sentencia.

Pero no obstante esa regla general, se admite legalmente la posibilidad de alterar judicialmente el instante inicial de la generación de efectos del convenio. En efecto, esta regla general conoce dos excepciones de diferente signo. De un lado, la eficacia del convenio puede anticiparse, como medida cautelar, en la providencia de admisión a trámite de la oposición a la aprobación judicial del convenio, para evitar que devenga de imposible o de más difícil cumplimiento (arts. 129.4 LC)³⁸. De otro lado, en sentido contrario, el juez, por razón del con-

³⁸ Dispone el *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 14 de marzo de 2014*, que procede la adopción de la medida cautelar consistente en la anticipación provisional de la vigencia del convenio (art. 129.4 LC) cuando la tramitación del incidente de oposición a la aprobación del mismo suponga el estrangulamiento económico de la actividad empresarial y su inviabilidad económica. La resolución parte de que la normativa permite alterar la regla general para la entrada en vigencia de los efectos del convenio, pero no sólo para retardarla, sino también para anticiparla. Y así el artículo 129.4 de la Ley Concursal dispone que: «El juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, podrá tomar cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición. Entre tales medidas cautelares podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine». La norma perfeña así una tutela especial, que puede configurarse bajo los siguientes rasgos esenciales: (i).— Es una tutela instrumental al incidente concursal de oposición a la aprobación del convenio, por tanto, eventual y claudicante; (ii).— Puede ser adoptada de oficio por el juzgador, al no supeditarse a petición alguna de parte, sin perjuicio de que pueda ser estimulada por éstas, lo que determinará que, como toda medida adoptable de oficio, no se someta a la exigencia de caución del artículo 128.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; (iii).— Se asienta exclusivamente en el riesgo de que la demora en la entrada en vigor del convenio, causada por la tramitación del incidente de oposición, pueda frustrar el buen fin de la ejecución del convenio; y (iv).— Aunque se trata de una cláusula abierta que admite medidas de cualquier clase, la preferente en el texto de la norma es la de acordar el cumplimiento inmediato de dicho convenio, desde el auto de tutela cautelar. Y determina que aun cuando el artículo 129.4 de la Ley Concursal defina la misma como medida cautelar, su naturaleza es *sui generis* respecto del régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que puede ser adoptada de oficio, sin instancia alguna de parte, sin someterse a la necesidad de caución y sin ser ejecutivamente instrumental de la pretensión de la parte actora incidental. Como se ve, no cautela esta previsión del artículo 129.4 de la Ley Concursal

tenido del convenio, puede acordar, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza. En tal supuesto, al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordar que ese retraso sea sólo parcial (arts. 133.1 y 197.6 LC).

2. La no finalización del concurso por la entrada en vigor del convenio

A pesar de algunas expresiones legales confusas, lo cierto es que el concurso de acreedores no finaliza por el hecho de que entre en vigor el convenio, sino por la firmeza del auto que declare el cumplimiento de ese convenio o, alternativamente, cuando hayan caducado o hayan sido rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento (arts. 176.1-2.º y 139 a 141 LC).

No obstante, la eficacia del convenio sí pone fin a algunos de los efectos de la declaración judicial de concurso (art. 133.2 y 3 LC)³⁹.

la efectividad de la pretensión de la parte actora incidental, sino que tiene por finalidad la protección provisional de los intereses del concurso, mediante una efectividad provisional del convenio. Esa y no otra es la verdadera naturaleza de esa medida, que el artículo 129.4 de la Ley Concursal trata impropiamente de cautelar, a fin sólo de resaltar su provisionalidad. Ello evidencia que se está ante un supuesto especial de medida provisional, no tanto cautelar *stricto sensu*, por lo que los presupuestos procesales de éstas no pueden resultar acriticamente trasladables a aquélla. En el peor de los casos, no se haría un juicio de apariencia de buen derecho de la pretensión incidental, sino de lo contrario, inviabilidad de la acción interpuesta, esto es, sobre la presumible desestimación de la oposición al concurso, lo que resulta diametralmente contrario a lo recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y lo que es peor, esa valoración de apariencia de mal derecho se haría de oficio por el juez, lo que supondría un claro riesgo de perjuicio, por contestación a argumentos de la actora incidental.

³⁹ La *sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016* destaca que, conforme al artículo 133.2 de la Ley Concursal, el principal efecto derivado de la aprobación del convenio previamente aceptado por los acreedores consiste en el cese de los efectos del concurso; salvo los deberes de colaboración e información del artículo 42 de la Ley Concursal, y excepto los efectos que se puedan establecer en el propio convenio en cada caso específico. Conforme al artículo 134.1 de la Ley Concursal, el deudor queda obligado al cumplimiento del convenio; y en cuanto a los acreedores concursales, se ven vinculados por el convenio los ordinarios y subordinados. Los acreedores con privilegio general o especial no se verán afectados por el convenio, salvo si hubiesen votado a favor del mismo (art. 134.2 LC). En consecuencia, todos los acreedores ordinarios y subordinados verán novados sus créditos respecto a su cuantía y tiempo de pago; quedando extinguidos y aplazados en la parte correspondiente, conforme al artículo 136 de la Ley Concursal. Y ello, con la única posibilidad de rescisión de dicho efecto para el caso de que se declare el incumplimiento del convenio. La quita concursal no produce la extinción de la obligación, y no puede considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación, ni como una novación extintiva. Es una novación modificativa, basada en la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor (pacto de *non petendo*). Como consecuencia de ello, si el convenio se incumple y se abre la fase de liquidación, desaparecen estos efectos sobre los créditos (art. 140.4 LC). Si el convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (art. 162.1 LC). Mientras que si el convenio se cumple íntegramente, y así se declara conforme al

3. La recuperación de las facultades del concursado

Con la eficacia del convenio el concursado recuperará plenamente las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, limitadas o suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, de modo que podrá enajenar y gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez (art. 43.2 LC).

No obstante, los efectos de la declaración judicial de concurso pueden quedar sustituidos por los que se hubieran previsto en el propio convenio (arts. 133.2.I LC), que, en particular, podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del concursado (art. 137 LC)⁴⁰. En este sentido, es frecuente que, entre las cláusulas del propio

artículo 139 de la Ley Concursal, los créditos quedarán definitivamente extinguidos. Aun cuando desde la eficacia del convenio cesan los efectos derivados de la declaración de concurso, éste no ha concluido como procedimiento, sino que subsiste en un estado que la doctrina denomina concurso yacente; entendido como la situación en que se encuentra provisionalmente el procedimiento entre la fecha de la aprobación judicial del convenio y el auto firme que lo declara cumplido o caducadas las acciones de incumplimiento (provisionalidad que puede extenderse en el tiempo en conexión con los plazos de espera acordados). Vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «El cese de los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio con los acreedores: a propósito del auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo», diario *La Ley*, núm. 7910, 2012.

⁴⁰ Vid. *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2015*, al destacar que el convenio, como negocio resultado del sometimiento a la Junta de acreedores de una propuesta de quita, espera, o ambas soluciones, vincula a la partes —tanto pasiva como activa— del concurso una vez que se haya recabado la preceptiva aprobación judicial y sus efectos se recogen en el artículo 133 de la Ley Concursal. Y, a este respecto, del sentido gramatical de este precepto resulta que la aprobación firme del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o intervención en las facultades del concursado propias de la declaración del concurso por las previsiones y determinaciones establecidas, en su caso, en el propio convenio. Dichas nuevas precisiones, sin embargo, no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del registro, a tenor del artículo 137 de la Ley Concursal. En este escenario, las facultades y posibilidades de actuación se entienden recuperadas para el concursado, que quedará vinculado a las demás medidas relativas a sus bienes, derechos y obligaciones adoptadas en el convenio y aprobadas por el juez, y cuya eficacia se extienden no sólo al mismo concursado, sino también a los propios acreedores, hayan votado o no a favor del convenio, y siempre que no se trate de créditos privilegiados, dentro de los límites y condiciones establecidos en el artículo 134 de la Ley Concursal. De esta manera, las circunstancias de quita, espera u otras adoptadas dentro del convenio impedirían, en su caso, el ejercicio de acciones separadas dentro de los límites de dichas medidas, según resulta del claro efecto novatorio previsto en el artículo 136 en relación a los créditos reconocidos en la masa de acreedores. La eventual infracción de los acuerdos estipulados en el convenio sólo puede arbitrase mediante la solicitud de incumplimiento del convenio dirigida al propio juez del concurso (art. 140 LC). En este sentido, la eliminación de los efectos propios de la declaración de concurso, y su sustitución por los establecidos en el convenio ha sido reconocida en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, en Resoluciones consolidadas desde la antigua regulación de suspensión de pagos (15 de noviembre de 1999) hasta la regulación actual de la Ley Concursal (entre otras, en las Resoluciones de 13 de octubre de 2011, 8 de abril y 13 de diciembre de 2013 o de 6 de octubre de 2014) contemplan una recuperación de las facultades del

convenio, figure la relativa al nombramiento de una comisión de acreedores determinando la composición y las facultades de esta comisión, que pueden ser de control de las actividades del deudor (v. *gr.*: exigiendo la autorización de la comisión para realizar determinadas operaciones) o de fiscalización del cumplimiento del convenio.

Por otro lado, el concursado y, si fuera persona jurídica, los administradores —o liquidadores— y los apoderados generales y quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso continuarán con el deber de comparecer personalmente ante el Juzgado cuantas veces fueran requeridos y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 133.2.I en relación con art. 42 LC); si el concursado fuera persona natural, el deber de prestar alimentos se somete al régimen general civil; si fuera persona jurídica, el funcionamiento de los órganos tendrá lugar sin las limitaciones hasta entonces existentes (v. art. 48 LC).

4. La finalización de la paralización de las ejecuciones

La eficacia del convenio supone el fin de la paralización de las ejecuciones. Aprobado el convenio, el acreedor con garantía real sobre bienes integrados en la masa activa necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado podrá iniciar o continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía, salvo que el contenido del convenio afecte a ese derecho (art. 56.1.I LC), y los titulares de créditos contra la masa podrán iniciar ejecuciones para hacer efectivos sus créditos (art. 84.4 LC).

5. El cese de los administradores concursales

Desde la eficacia del convenio cesarán en su cargo los administradores concursales (art. 133.2 LC). El cese se producirá aunque en el convenio se hubieran encomendado algunas funciones a todos o a alguno de los administradores concursales hasta el íntegro cumplimiento de ese convenio, supuesto en el que la

concurrido, sin perjuicio de los propios efectos previstos en el convenio que sujetarán y regularán las relaciones entre deudor y acreedores. A modo de ejemplo, la Resolución de 8 de abril de 2013 consideró que, aprobado el convenio, y en tanto no resulte del mismo ninguna limitación, que en ningún caso pueda suponer exclusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), debe entenderse que es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por Juzgados o administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil que lo estuviera conociendo, por cuanto, como proclama el artículo 133 de la Ley Concursal desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso; y la posterior de 13 de diciembre de 2013 señaló que incluso en ausencia de tales medidas limitativas o prohibitivas, algunos de los efectos de la fase común del concurso, previstos en el Título III de la Ley Concursal, subsisten y se extienden a la fase de convenio, alguno de ellos de indudable transcendencia registral.

administración concursal se convertirá en un simple órgano convencional, que actuará como mandatario de los acreedores en el ejercicio de esas funciones (art. 133.4 LC).

No obstante su cese, y la subsiguiente obligación de rendir cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale, los administradores concursales conservarán plena legitimación *para continuar* los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como *para actuar* en la sección de calificación hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC). Conforme a esta disposición, introducida con la Ley de Reforma 38/2011, si bien con la aprobación del convenio los administradores concursales deben cesar y rendir cuentas de su actuación, continuarán plenamente legitimados para actuar en la sección de calificación, que se abrirá si el convenio no establece una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años (art. 167.1-II LC). En dicha sección tienen el deber legal de presentar al juez un informe, razonado y documentado, sobre los hechos relevantes para la calificación (art. 169.1 LC), o el deber de convocar Junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada que hubieran sido inhabilitados (art. 173 en relación con el art. 172.2-2.º LC), aunque, en caso de convenio, la propia administración concursal podrá solicitar del juez que autorice, excepcionalmente, al inhabilitado a continuar como administrador de la sociedad concursada (art. 172.2-2.º-II LC).

6. La vinculación del concursado y de los acreedores concursales al convenio

El convenio es un acuerdo entre el concursado y los acreedores concursales, que, por tanto, vincula a uno y a otros (art. 1091 CC).

El convenio vincula, en primer lugar, al concursado (art. 134.1.I LC). Por lo general, facilitará el cumplimiento de las obligaciones y, por consiguiente, beneficiará al deudor, que se comprometerá a pagar cantidades menores que las adeudadas (quita) o en plazos más largos que los pactados originalmente (espera). El deudor queda vinculado a la realización de los pagos comprometidos y al cumplimiento de las demás estipulaciones contenidas en el convenio. Puede suceder también que, por virtud del convenio, el concursado haya asumido nuevas obligaciones del más variado carácter: continuar contratando con determinados acreedores, ejercitar la acción social contra antiguos administradores, etc.

Aunque, en principio, el concursado recuperará las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el propio convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de sus facultades de administración y dispo-

sición (art. 137 LC), cuya infracción genera consecuencias importantes. De un lado, constituye por sí misma incumplimiento del convenio, que podrá ser invocado por cualquier acreedor (art. 137.1, segundo inciso LC), y cuya declaración judicial conllevará la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1-5.º LC) y que, además, el concurso se califique como culpable (art. 164.2-3.º LC). De otro lado, habilita para ejercitar la denominada acción de reintegración de la masa (art. 137.2 LC). A pesar de esa denominación legal, el fundamento de la acción no se encuentra en el perjuicio que los actos del concursado puedan causar a la masa activa, sino en la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas convencionalmente fijadas, de modo semejante a la anulabilidad prevista para los actos del concursado que infrinjan las limitaciones de las facultades patrimoniales derivadas de la declaración de concurso (art. 40.7 LC). No será necesario, en consecuencia, demostrar el perjuicio, sino que la restitución —la reintegración— constituye una consecuencia de la ineficacia del acto. Los actos contrarios a la medida prohibitiva o limitativa son provisionalmente eficaces y, por ello, pueden acceder a los registros públicos (art. 137.2 LC). Pero esa eficacia claudicará en el caso de que se estime la acción de reintegración.

El convenio vincula, en segundo lugar, a la colectividad de los acreedores. En caso de quita, si el convenio llegara a cumplirse en su integridad, los créditos quedarán extinguidos no sólo en la parte efectivamente satisfecha, sino también en la parte a que alcance la quita. En caso de espera, los créditos quedarán aplazados en su exigibilidad (art. 136 LC).

El convenio es un convenio de masa, que se impone a todos los acreedores (ordinarios y subordinados), con independencia de que hayan comunicado o no sus créditos, hayan sido o no reconocidos y hayan o no aceptado la propuesta⁴¹. Los efectos del convenio se producen única y exclusivamente respecto de los acreedores concursales, esto es, respecto de los acreedores anteriores a la fecha de la apertura del concurso, y no respecto de los acreedores posteriores, con dos importantes excepciones. Tiene la consideración de crédito concursal —y, ade-

⁴¹ La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2016 indica que el artículo 134.1 de la Ley Concursal, al extender a los créditos anteriores al concurso y no reconocidos el contenido del convenio, lo que pretende es impedir que estos créditos no reconocidos en la lista de acreedores puedan llegar a ser, caso de aprobarse y cumplirse un convenio, de mejor condición que los acreedores concursales afectados por el convenio. Está claro que los créditos que no aparezcan reconocidos en la lista de acreedores no pueden ser reclamados durante la fase de cumplimiento del convenio, y sólo después de la declaración de cumplimiento del convenio puede dirigirse su reclamación frente al deudor concursado. Y es en este caso cuando la ley aclara que, caso de reconocerse la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito, su importe se verá afectado por las quitas convenidas e impuestas a los acreedores concursales ordinarios y subordinados que sí habían sido reconocidos. Pero conviene mencionar que en todos aquellos casos en que la existencia y la cuantía del crédito hubieran sido discutidas en un incidente de impugnación de la lista de acreedores, en la medida en que la sentencia firme provoca el efecto de cosa juzgada (art. 196.4 LC), lo no reconocido (total o parcialmente) no podrá ser reclamado después de finalizado el concurso.

más, de carácter subordinado— el crédito derivado de la rescisión concursal de un acto realizado por el deudor con anterioridad a la apertura del concurso, cuando se apreciara por el juez mala fe en la conducta del tercero (art. 73.3 LC). Y, en sentido contrario, determinados créditos anteriores a la declaración judicial de concurso, por tener la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.1.º y 2.º LC), no quedan afectados por el convenio.

Los acreedores subordinados no participan en la aceptación del convenio: carecen de facultad de propuesta, del derecho de adhesión y del derecho de voto. Sin embargo, quedan afectados por el convenio aprobado por el juez. Son, pues, los demás acreedores concursales los que deciden el grado de satisfacción de los créditos subordinados, aunque con dos limitaciones. La primera, la relativa a la igualdad de las quitas (art. 134.1.II, inciso primero LC). Si el convenio es remisorio, los créditos subordinados no pueden sufrir una quita superior a la que se establezca para los créditos ordinarios. La segunda limitación se refiere a las esperas que pudieran pactarse. Los plazos de espera deben ser iguales para los acreedores ordinarios y para los subordinados, si bien los correspondientes a estos últimos se cuentan a partir de la finalización de los plazos de espera establecidos para los ordinarios (art. 134.1.II, inciso primero LC). En este sentido, puede afirmarse que los créditos subordinados son créditos de último grado —es decir, créditos que se satisfacen en último lugar—, pero no créditos de menor grado de satisfacción.

7. La no vinculación de los acreedores privilegiados al convenio y la posibilidad de «arrastre»

El convenio es una solución para el pago de los créditos ordinarios y de los créditos subordinados. Los créditos privilegiados, tanto con privilegio especial como con privilegio general, y con independencia del puesto que estos últimos ocupen en la graduación, quedan al margen del convenio. Eso significa que los titulares de créditos privilegiados que ya están vencidos percibirán de forma inmediata el pago que les corresponda, sin quita ni espera alguna. Los titulares de créditos con privilegio general tienen derecho al cobro íntegro e inmediato de sus créditos (aunque con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial). Los titulares de créditos con privilegio especial tienen únicamente derecho al cobro de las cantidades que se deriven de la ejecución de los bienes o derechos objeto de preferencia especial, quedando por el eventual remanente del crédito sometidos al convenio.

No obstante, los titulares de créditos privilegiados gozan de la facultad de vincularse al convenio, bien como autores de la propuesta que resulte aprobada por el juez, bien aceptando una propuesta ajena (del deudor o de otros acreedores), que sea aprobada por el juez, o adhiriéndose a un convenio ya aprobado

(art. 134.2, inciso segundo LC)⁴². La Ley contempla como regla que el acreedor privilegiado que se vincula al convenio soporte la misma quita y la misma espera que los acreedores ordinarios (art. 134.2, inciso primero, en relación con art. 123.2 LC), sin que se vea afectada la preferencia (v. gr.: de crédito con garantía hipotecaria). Es posible, sin embargo, que el acreedor privilegiado renuncie a su preferencia.

Con la reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015, se ha incluido la posibilidad de que los acreedores privilegiados queden también vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de su misma clase. De un lado, una mayoría del sesenta por ciento cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento; o bien en quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, esperas no superiores a cinco años o en la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. De otro lado, una mayoría del setenta y cinco por ciento cuando la propuesta consista en esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez, quitas superiores a la mitad del importe del crédito, en la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo, o recoja los demás contenidos previstos en la norma (art. 100 LC).

Las mayorías requeridas deben concurrir en el interior de cada clase de acreedores privilegiados, entendiendo por tal la clasificación contenida en el artículo 94.2 de la Ley Concursal. De acuerdo con este precepto, los acreedores con privilegio general o especial deberán estar incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores que debe acompañar su informe según formen parte de alguna de las siguientes clases:

- Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de Derecho laboral, con exclusión de los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1.^a
- Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de Derecho público.

⁴² El *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, de 21 de abril de 2016*, indica que si bien está de acuerdo en la unilateralidad de la adhesión prevista para el acreedor privilegiado del artículo 134-2 *in fine* de la Ley Concursal, y la no necesidad de un proceso equiparable al de la Junta de acreedores; sí que discrepa en torno a la necesidad de reconocimiento judicial, pues debe de ser el Juzgado el que le tenga por adherido, y sólo cuando el Juzgado lo tiene por adherido es cuando se considera válida la adhesión, pues el Juzgado debe de comprobar que el acreedor cumple con los requisitos legales para adherirse.

- Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.
- Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores.

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. Y en el supuesto de 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.

8. La eficacia «novatoria» del convenio

Señala la Ley que el convenio aprobado tiene «eficacia novatoria» (art. 136 LC), pero esa declaración legal no debe llevar a engaño. El convenio no produce una novación de los créditos concursales en sentido estricto, es decir, la extinción de las obligaciones primitivas y la sustitución por otras. El único significado de esa expresión es el de reiterar, de una forma tan académica como innecesaria, la regla de vinculación del convenio sentada con anterioridad (art. 134 LC): si los acreedores a que se refiere el artículo 134 quedan vinculados al convenio, es evidente que, tal como repite el artículo 136, sus créditos «*quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita*»; «*aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera*», «*y, en general, afectados por el contenido del convenio*».

Buena prueba de ello es que la propia Ley soluciona expresamente el problema de la eficacia del convenio frente a terceros responsables del pago de créditos concursales (obligados solidarios, fiadores, avalistas, etc.), haciendo depender la posición de los terceros de la participación del acreedor principal en la aceptación del convenio y del posible acuerdo con el acreedor principal (art. 135 LC). De este modo, en primer lugar, los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio aprobado conservarán íntegramente los derechos contra esos terceros, quienes no podrán invocar la existencia del convenio (art. 135.1). El principio es, pues, el de que la quita y la espera, que constituyen el contenido típico del convenio, no afectan a las relaciones entre los acreedores y los terceros responsables, de modo que —como se ha indicado— el convenio no tiene realmente «eficacia novatoria». La quita y la espera constituyen pactos *de non petendo*, en virtud de los cuales los acreedores se comprometen a no exigir al deudor una parte del crédito o a no exigiéndolo durante un determinado período de tiempo, pero que no modifican la obligación, de manera que pueden ser invocados por el deudor a quien benefician y no por los demás responsables. Ahora bien, si el acreedor hubiera votado a favor del

convenio aprobado, la responsabilidad de los terceros se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los acuerdos que hubieran podido alcanzar el acreedor y el tercero (art. 135.2 LC)⁴³.

X. LA NULIDAD DEL CONVENIO

La Ley Concursal admite la posibilidad de que un convenio judicialmente aprobado sea declarado nulo, limitándose a establecer que la firmeza de la resolución judicial que declare la nulidad del convenio judicialmente aprobado implicará la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.4.º LC).

De acuerdo con las disposiciones generales, la acción de nulidad podrá fundarse en cualquier violación de la Ley, de la moral o del orden público. Pero, de acuerdo con las normas concursales, la posibilidad de que un convenio sea declarado nulo debe coordinarse con la exigencia de aprobación judicial del convenio. Así, parece claro que la acción de nulidad podrá ampararse en infracciones que hubieran podido invocarse en el incidente de oposición —y no sólo en los casos en que su comisión no hubiera sido entonces conocida o de que se tratara de una irregularidad o infracción no alegable a través de dicho expediente—, porque, a falta de disposición legal expresa en tal sentido, no puede negarse legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad a quien en su momento no hubiera formulado oposición basándose, simplemente, en que podría haberlo hecho.

Ahora bien, lo que el propio juez hubiera resuelto previamente no podrá desconocerse en el juicio que resuelva la acción de nulidad del convenio, que habrá de sustanciarse también ante el juez del concurso (art. 192.1 LC). En consecuencia, las infracciones legales ya alegadas y sobre las cuales ya se hubiera pronunciado el juez del concurso no podrán volver a invocarse solicitando la nulidad del convenio judicialmente aprobado, porque, una vez que sean firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada (art. 196.4 LC). Quiere ello decir que sólo podrá considerarse causa de nulidad aquella infracción legal que no hubiera sido invocada en el trámite de oposición a la aprobación judicial del convenio.

Aunque la Ley guarda silencio sobre el régimen de la acción de nulidad del convenio, parece claro que la legitimación para el ejercicio no podrá limitarse a quienes la tuvieran para oponerse a la aprobación judicial o, en sentido contrario, a quienes no pudieran oponerse, sino que deberá reconocerse a todo aquel que tenga interés legítimo. En cuanto al plazo para su ejercicio, no será el de diez días previsto para la oposición a la aprobación, sino que la acción podrá ser ejercitada

⁴³ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015*.

mientras dure la ejecución del convenio. El juez competente para conocer de la acción de nulidad será el juez del concurso y el procedimiento aplicable será el incidente concursal (art. 192.1 LC).

Nada dice la Ley acerca de los efectos de la nulidad del convenio, salvo en lo relativo a la apertura de oficio de la fase de liquidación; pero es claro que la sentencia que estime la acción de nulidad no anula los pagos que hubiera efectuado el concursado en cumplimiento del convenio. Esos pagos se presumen legítimos, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (arg. ex art. 162.1 LC). Los efectos de la declaración de nulidad del convenio son, pues, similares a los de la resolución por incumplimiento.

XI. EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

1. El deber de información del concursado

Durante la ejecución del convenio, el concursado queda sometido a un específico deber de información: con periodicidad semestral tiene el deber de informar al juez acerca del cumplimiento del convenio (art. 138 LC). En este ámbito, el *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 21 de noviembre de 2014*, al hilo del análisis del escrito presentado por la administración concursal al juez respecto a la Comisión de Seguimiento del cumplimiento de un convenio, establece que el artículo 138 de la Ley Concursal impone al deudor en convenio informar al juez acerca del cumplimiento. Por tanto, si el legislador quiere esa información, debe tener una finalidad, y no puede ser otra que seguir ejerciendo las facultades jurisdiccionales que le son propias al juez del concurso. Y llegados a este punto, entiende que esta función del juez incluye la de controlar el cumplimiento del convenio, e incluso auxiliar a la Comisión de Seguimiento. No tiene sentido informar al juez, si no lo es para que el juez controle, y si bien éste no puede de oficio instar un incumplimiento, sí puede llevar a cabo toda labor que entienda oportuna al menos, para asegurar la máxima información a los acreedores y las máximas garantías de cumplimiento del convenio⁴⁴. En todo caso, este

⁴⁴ En el *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 21 de noviembre de 2014*, se analizan dos peticiones que la administración concursal formula respecto a la Comisión de Seguimiento del cumplimiento de un convenio. De un lado, la administración concursal solicita que, como consecuencia de lo que entiende es una actitud obstruccionista de la concursada en relación a la labor de control encomendada a la Comisión de Seguimiento, se les tenga por declinados de cualquier tipo de responsabilidad. Respecto de esta cuestión, la referida resolución indica que la Comisión de Seguimiento es un órgano que no tiene regulación alguna en la Ley Concursal. Tan sólo se prevé que en el contenido del convenio se pueda encomendar a todos o parte de la administración concursal las funciones que sea (ni siquiera tienen que ser de control del convenio) con la remuneración que se acuerde. Por tanto, lo que se observa es que estas funciones son contenido del convenio, y que la encomienda, a través del convenio, es una función de carácter privado no sometida al control del juez

deber se integra en el deber general de colaboración que se mantiene con la eficacia del convenio⁴⁵.

del concurso, sino de los sujetos que hacen la encomienda, que obviamente, si dichas funciones son de control, deben ser el grupo de acreedores que estén vinculados por el convenio, ya que no tiene sentido que la encomienda y la responsabilidad se asuma respecto de quien se debe controlar. Siendo ello así, la responsabilidad, o la rendición de cuentas de su actividad, deben hacerla los integrantes de la comisión, que aceptaron además el cargo, ante quien les encomienda este trabajo, que no es el Juzgado ni el juez, por lo que las declaraciones de declinación de responsabilidad son ociosas en esa sede, ya que no producen ningún efecto, ni el juez tiene amparo legal para aceptar o rechazar las mismas, sencillamente son inocuas. De otro lado, se produce un requerimiento de información a la Comisión de Seguimiento y se entiende que hay dos motivos legales por lo que esta petición sí debe ser atendida. En primer lugar que aún se está en concurso. La aprobación de un convenio hace cesar los efectos del concurso (art. 133.1 LC), pero no es una causa de extinción del mismo ex artículo 176 de la Ley Concursal. Ello lleva a colegir que, si bien cesan los efectos, la jurisdicción del juez del concurso no cesa en virtud del principio *perpetuatio jurisdictionis*, e igualmente por el hecho de no haber cesado el proceso. Sigue existiendo concurso, pero sin efectos, y los efectos son los que se determinan en los artículos 40 a 73 de la Ley Concursal, y entre ellos no se incluye la jurisdicción del juez, *ergo*, sigue habiendo proceso, y sigue existiendo un juez en el mismo, activo en sus facultades, entre ellas la de control del proceso. Que cese la administración concursal no quiere decir que cese el juez. De hecho, el artículo 138 de la Ley Concursal impone al deudor en convenio informar al juez acerca del cumplimiento. Por tanto, si el legislador quiere esa información debe tener una finalidad, y no puede ser otra que seguir ejerciendo las facultades jurisdiccionales que le son propias al juez del concurso. Llegados a este punto, ¿esta función del juez incluye la de controlar el cumplimiento del convenio, e incluso auxiliar a la Comisión de seguimiento como se pide en este caso? Sí. No tiene sentido informar al juez, si no lo es para que el juez controle, y si bien éste no puede de oficio instar un incumplimiento, sí puede llevar a cabo toda labor que entienda oportuna al menos, para asegurar la máxima información a los acreedores y las máximas garantías de cumplimiento del convenio. Y para ello está habilitado a solicitar la información que entienda oportuna, no la que quiera suministrarle el deudor, y así lo dispone el artículo 133.2 de la Ley Concursal cuando dice que la aprobación del convenio hace cesar los efectos del concurso, salvo los deberes de colaboración e información del artículo 42, que subsisten hasta que el proceso termina. Y estos deberes del artículo 42 de la Ley Concursal son los de comparecer ante el Juzgado y suministrar la información oportuna, y esa oportunidad obviamente no la puede determinar el deudor, sino el juez del concurso.

⁴⁵ Durante la fase de cumplimiento del convenio no puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al artículo 133.2 de la Ley Concursal, sino la propia normativa societaria, que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC). En su caso, el incumplimiento de este deber puede operar de forma refleja al juzgar sobre la calificación del concurso, en concreto la conducta tipificada en el artículo 164.2.3.º de la Ley Concursal (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013*).

Vid. JUSTE MENCÍA, J.: «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», RDCyP, núm. 21, 2014, pp. 17-26; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Deberes de promoción de la disolución y el convenio concursal (comentario de la STS [1.ª] de 15 de octubre de 2013)», RDM, núm. 292, 2014, pp. 619-628.

La falta de presentación del informe no significa incumplimiento del convenio y ni siquiera puede considerarse como presunción de incumplimiento. Los efectos del incumplimiento del deber de información, aunque de importancia, son indirectos: en caso de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, se presume el concurso culpable, salvo prueba en contrario (art. 165.1-2.º LC).

2. La solicitud del cumplimiento íntegro del convenio

El cumplimiento íntegro del convenio constituye una de las causas ordinarias de conclusión del concurso de acreedores (arts. 141 y 176.1-2.º LC), que, en consecuencia, ha de quedar perfectamente acreditado a través de la correspondiente resolución del juez del concurso.

Sin embargo, la Ley es extraordinariamente restrictiva, ya que sólo faculta para solicitar la declaración judicial de cumplimiento del convenio al concursado. No se admite la declaración de cumplimiento de oficio, ni se permite que puedan instarla los restantes legitimados para solicitar la declaración de concurso. Ahora bien, dada la importancia de esa resolución judicial, hay que considerar que la solicitud del concursado tiene carácter necesario.

El deudor deberá presentar al juez la solicitud de declaración de cumplimiento y el informe correspondiente con la justificación adecuada (art. 139.1 LC). El juez valorará la solicitud, el informe, la justificación que lo acompañe y cuanto se haya puesto de manifiesto o haya llegado a su conocimiento y, si su juicio es positivo, declarará cumplido el convenio. La resolución judicial de cumplimiento debe revestir la forma de auto, al que se dará la misma publicidad que a la resolución que hubiera aprobado el convenio (art. 139.2 LC), que, a su vez, es la misma que la declaración judicial de concurso (art. 132, en relación con los arts. 23 y 24 LC).

3. Los efectos de la declaración judicial de cumplimiento del convenio

Los efectos de la declaración judicial de cumplimiento del convenio son relevantes. La firmeza de esa declaración judicial produce, en primer lugar, la caducidad de la acción para anular los actos del concursado que hubieran infringido las limitaciones establecidas por el juez para el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren la masa activa (art. 40.7, inciso cuarto LC). En segundo lugar, precluye la posibilidad de que los acreedores privilegiados, especiales o generales, se adhieran al convenio judicialmente aprobado (art. 134.2, inciso segundo LC).

Y, sobre todo, la declaración judicial de cumplimiento del convenio es presupuesto para la conclusión del procedimiento. Transcurridos dos meses desde

la publicación del auto de cumplimiento, los acreedores ya no podrán solicitar la declaración judicial de incumplimiento (art. 140.1, segundo inciso LC). Si no se hubiera presentado en tiempo y forma esa solicitud o si, presentada, hubiera sido rechazada la pretensión por resolución judicial firme, el juez debe dictar auto de conclusión del concurso (art. 141 LC), en el que aprobará la rendición de cuentas efectuada por los administradores concursales o, alternativamente, los declarará inhabilitados temporalmente (art. 181.3 y 4 LC).

4. El auto de clausura o conclusión del concurso

Entre las causas de conclusión del concurso figura la del cumplimiento del convenio por el concursado (art. 141 en relación con el art. 176.1.2.º LC). Para que proceda dictar el auto de clausura o conclusión del concurso de acreedores por concurrencia de esta causa, son necesarios dos presupuestos. De un lado, la firmeza de la declaración judicial de cumplimiento. De otro lado, que hayan caducado las acciones para solicitar la declaración judicial de incumplimiento o hubieran sido rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieran ejercitado.

El contenido del auto de conclusión del concurso de acreedores por cumplimiento del convenio es muy simple: además de especificar el lugar y la fecha en que se dicta, con identificación y firma del juez (art. 208.3 LEC), de expresar los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho en lo que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo (art. 208.2 LEC), el auto se limitará a declarar la conclusión del concurso y a ordenar el archivo de las actuaciones (art. 176.1 LC).

5. Los efectos de la declaración judicial de conclusión del concurso

Los efectos que produce la declaración judicial de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio son muy importantes. En primer lugar, la extinción de los efectos establecidos en el convenio sobre las facultades de administración y disposición del deudor (ex arts. 133.2 y 137.1 LC), subsistiendo, en su caso, únicamente los que haya dispuesto la sentencia firme de calificación (art. 178.1 LC). En segundo lugar, la finalización de los deberes generales de colaboración e información (art. 42 LC). Y, en tercer lugar, la extinción de los créditos afectados por el contenido del convenio (art. 136 LC).

XII. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

1. La declaración judicial de incumplimiento del convenio

El incumplimiento del convenio propiamente dicho se contempla bajo esa rúbrica en el artículo 140 de la Ley Concursal, y tiene que ser declarado por el

juez. En efecto, la materia es ajena al poder dispositivo de las partes⁴⁶. El incumplimiento del convenio tiene que ser declarado por el juez del concurso a solicitud de los acreedores y es presupuesto para la apertura de la fase de liquidación⁴⁷.

Ahora bien, esta declaración judicial de incumplimiento del convenio es sólo una de las situaciones de «fracaso» de un convenio que la Ley contempla como supuestos de apertura de la fase de liquidación. En este sentido, la Ley Concursal contempla diferentes modos de apertura de la fase de liquidación concursal, fundamentalmente en los artículos 142 y 143, y el incumplimiento del convenio se contempla como una de las causas en las que procederá la apertura de oficio de la liquidación (art. 143 LC), circunstancias que son distintas de las que permiten la apertura de la liquidación a solicitud del deudor, del acreedor o de la administración concursal (art. 142 LC). Así, en primer lugar, la liquidación puede abrirse de forma voluntaria, a solicitud del deudor, en cualquier momento del procedimiento, incluso, con la propia solicitud de concurso⁴⁸. Además, tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, la administración concursal también podrá solicitar la apertura de la liquidación, aunque sólo en el caso de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y, en segundo lugar, la apertura de la liquidación habrá de producirse siempre que no llegue a aprobarse judicialmente un convenio y siempre que se constate el fracaso del convenio judicialmente aprobado, sin perjuicio de la posibilidad que reconoce la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, de modificación de algunos convenios

⁴⁶ Es contrario a Derecho y, por consiguiente, no puede ser aprobado por el juez del concurso aquel convenio en el que se hubiera previsto que, en caso de incumplimiento, la comisión de acreedores nombrada para la vigilancia del cumplimiento de lo pactado se convertiría en comisión liquidadora para, con el producto de la enajenación de los bienes y derechos de la masa activa, satisfacer a los acreedores (arg. ex art. 100.3 LC).

⁴⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Incumplimiento del convenio, responsabilidad y nuevos créditos», *ADCo*, núm. 27, 2012, pp. 225-248. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia, de 12 de julio de 2016.

⁴⁸ En efecto, tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, el deudor puede solicitar la liquidación junto con la solicitud de concurso. Y en el supuesto de que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado (artículo 190.3 LC). En este caso, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación. Abierta la fase de liquidación, el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones (artículo 191 ter). A ello se añade que el deudor puede pedir la liquidación en cualquier momento a lo largo del procedimiento, en cuyo caso, presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. A este respecto, en el informe de la administración concursal al que se refiere el artículo 75 de la Ley Concursal o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos.

durante un período de dos años (disposición transitoria tercera). A tal efecto, es preciso distinguir la apertura de la liquidación de oficio por el juez, la apertura a solicitud de parte y la apertura por fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos.

La fase de liquidación del concurso de acreedores debe abrirse de oficio por el juez siempre que fracase la solución convenida, lo que puede ocurrir porque no llegue a presentarse ninguna propuesta de convenio o no sea admitida a trámite; porque no llegue a concluirse con la mayoría de acreedores o a aprobarse judicialmente, o porque se declare la nulidad o el incumplimiento del convenio aceptado por la colectividad de acreedores y aprobado por el juez (art. 143.1 LC). Existe, también, un supuesto especial de carácter transitorio: la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales anteriores a la Ley Concursal (suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso de acreedores) que gane firmeza después de la entrada en vigor de la Ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación (DT 1.ª 2 LC).

Además, la Ley impone al deudor que hubiera convenido con sus acreedores un deber específico de solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación cuando constate la imposibilidad de cumplimiento del convenio o de las nuevas obligaciones que hubiera contraído. A fin de evitar la resolución del convenio por incumplimiento y anticipar en el tiempo la conversión, la Ley impone al concursado que hubiera alcanzado un convenio con sus acreedores el deber de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación judicial del convenio. Y no sólo se impone al concursado que hubiera alcanzado un convenio con sus acreedores el deber de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación judicial del convenio, sino que concede a los acreedores la facultad de solicitar la liquidación cuando acrediten la existencia durante la ejecución del convenio de alguno de los hechos que permiten la solicitud de concurso. Así, el sistema legal se completa, de forma excepcional, con la posibilidad de que un acreedor inste la apertura de la liquidación. La facultad se concede si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio. Pero el presupuesto de esa especial facultad no es, en sentido estricto, el incumplimiento del deber previamente impuesto al concursado, algo que sería prácticamente imposible de acreditar, sino la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de la Ley Concursal⁴⁹.

⁴⁹ Vid. BELTRÁN, E.-CAMPUZANO, A. B.: «A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (SJM 1 Las Palmas 18-7-2011)», *ADCo*, núm. 26, 2012-2, pp. 427-448; BELTRÁN, E.-CAMPUZANO, A. B.: «El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho conducente a la calificación culpable del concurso (SJM 1 Las Palmas 18-7-2011)», *ADCo*, núm. 29, 2013-2, pp. 479-505.

En fin, en el supuesto de concurso consecutivo, derivado del fracaso de un acuerdo extrajudicial de pagos de un deudor personal natural no empresario, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, salvo el supuesto de insuficiencia de masa. Mientras, en el resto de supuestos derivados de un acuerdo extrajudicial de pagos se podrá optar por convenio o por liquidación⁵⁰.

Pues bien, el incumplimiento del convenio contemplado en el artículo 140 tiene que ser declarado por el juez. Ahora bien, las facultades del juez en orden a la declaración de este incumplimiento están limitadas. De un lado, porque el juez no puede declarar de oficio que el convenio ha sido incumplido, sino que se requiere solicitud del acreedor⁵¹. A este respecto, la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, de 22 de diciembre de 2015*, establece que los acreedores contra la masa carecen de legitimación activa para solicitar del juez del concurso esta declaración de incumplimiento del convenio (art. 140 LC) y únicamente pueden solicitar la apertura de la liquidación en el caso de que concurran alguno de los hechos externos reveladores de una insolvencia cualificada («concurso del concurso», art. 142.2, segundo inciso, que se remite al art. 2.4 LC)⁵². De otro lado, porque la declaración de incumplimiento tiene tan graves

⁵⁰ Vid. CAMPUZANO, A. B.: «El derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos», en *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (CAMPUZANO-SANJUÁN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 39-68.

⁵¹ La *sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2014* establece que el artículo 140 de la Ley Concursal legitima a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte para solicitar del juez la declaración de incumplimiento. En principio, conforme al referido, basta el impago de un crédito ya exigible para legitimar la resolución del convenio, previa declaración de incumplimiento, sin perjuicio de que el incumplimiento debe persistir al tiempo de ejercitarse la resolución, porque si lo que existió fue un mero retraso, pero se cumplió antes de interponerse la demanda, el demandante carecería de legitimación para pedir la resolución.

⁵² La referida *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, de 22 de diciembre de 2015*, entiende que el legislador ha creado un cauce específico para instar la declaración de incumplimiento de los convenios, indicando y concretando la legitimación para ello, limitándolo a un grupo concreto de los afectados por el concurso: los acreedores afectados por el convenio. Esto es, aquellos a los que se les aplican las quitas y/o esperas o el resto de las estipulaciones del convenio aprobado, aquellos que ven novados sus créditos, derivado del texto aprobado y que por tanto se someten al mismo, impidiéndoseles la ejecución forzosa de sus pretensiones, arbitrándose como cauce restaurador de sus intereses el de la declaración de incumplimiento. En cambio, el legislador, para aquellos acreedores que no se someten al convenio, aquellos que pueden exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor concursado, aquellos que disponen de sus propios cauces para exigir las pretensiones, ha negado el acceso a la declaración de incumplimiento de convenio. Los créditos contra la masa es uno de esos tipos de acreedores que «quedan blindados» frente al convenio. No se someten al mismo, al no estar incluidos en él. Ello no supone que queden desamparados frente a las ejecuciones infructuosas de sus respectivos créditos, dado que el legislador ha habilitado el cauce adecuado para poner de manifiesto esa situación y obtener el pronunciamiento de la rescisión de los efectos del

efectos (art. 140.4 LC) que no es posible sin contradicción —al menos, potencial— de modo tal que, solicitada esa declaración, el juez debe tramitar la solicitud para que sea ventilada por el cauce del incidente concursal, en el que el concursado pueda defenderse.

2. La «falta» de cumplimiento del convenio

No define la Ley qué entiende por incumplimiento del convenio, si bien considera un caso de incumplimiento el de la infracción de las limitaciones impuestas por el propio convenio a las facultades patrimoniales del concursado (art. 137.1 LC). El artículo 140 sólo se refiere a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte. En esa medida, no determina qué grado de incumplimiento es necesario para desatar esta solicitud. Si se toma como referencia que el cumplimiento del convenio debe ser íntegro (art. 139 LC), cualquier incumplimiento que afecte a un acreedor lo legitima para solicitar del juez la declaración de incumplimiento. No obstante, no faltan interpretaciones que abogan por considerar que debe de tratarse de un incumplimiento relevante⁵³, más aún cuando se contempla la posibilidad, aunque sea de forma tran-

convenio. Es el trámite del artículo 142.3 de la Ley Concursal, aquel que permite a cualquier acreedor del concurso (incluyendo a los afectados por el convenio como al resto de todos ellos, incluidos los créditos contra la masa) solicitar la liquidación del concurso ante la insolvencia sobrevenida en fase de convenio. Lo que se ha denominado como «el concurso del concurso». Un cauce que se somete a distinto trámite procesal (el incumplimiento se enjuicia por el incidente concursal y el 142.3 de la Ley Concursal remite a la oposición al concurso necesario), pero sobre todo a unos requisitos de fondo diferentes, una vez que en el artículo 140 se impone acreditar la falta de cumplimiento de lo aprobado, mientras que en el artículo 142.3 es la insolvencia, la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles, no sólo las del convenio, sino también del resto, de aquellas que no estaban afectadas al convenio, así como las obligaciones sobrevenidas en el marco del desarrollo de la actividad empresarial o profesional del deudor.

⁵³ La Ley Concursal no alude a la gravedad del incumplimiento en la regulación de la acción para declararlo, por lo que podría declararse, con carácter general, que los cumplimientos defectuosos (que no incumplimientos), entre los que podría encontrarse, en ciertos casos de escasa entidad, el retraso en el pago, deben ser debidamente valorados por el juez. No obstante, no parece congruente con el principio de conservación de la empresa que cualquier incumplimiento no esencial y accesorio dé lugar a las graves consecuencias previstas en la Ley Concursal. Cuando el propio acreedor encuentra satisfecho su derecho y manifiesta que no desea que se produzca la declaración de incumplimiento del convenio ni sus consecuencias jurídicas, no existe razón que justifique que el tribunal de oficio mantenga lo contrario. Con ello no se viola norma imperativa alguna ni se perjudica derecho alguno de terceros, ya que cualesquiera acreedores respecto de los cuales no se haya cumplido el convenio mantendrán la acción para instar la declaración de incumplimiento del convenio (*Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 4.ª, de 11 de marzo de 2009*). Por más que el incumplimiento del convenio haya de valorarse de forma rigurosa y restrictiva, no parece congruente con el principio de conservación de la empresa que cualquier incumplimiento dé lugar a la rescisión del convenio (art. 140 LC), sino que habrá de tratarse en todo caso de un incumplimiento grave o esencial. A tales efectos habrán de valorarse debidamente los hechos, diferenciando lo principal y relevante de lo secundario y accesorio, y sin perjuicio de que los cumplimientos defectuosos (que no incumplimientos), entre los que puede considerarse

sitoria, de modificar algunos convenios incumplidos (disposición transitoria tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal).

Cuando el incumplimiento sea del deudor, no se plantean problemas especiales. Estos problemas surgen cuando la conducta incumplidora no sea directamente reconducible al deudor, sino que proceda de otra persona, que fuera parte del convenio o tuviera funciones atribuidas por el propio convenio (comisión de acreedores nombrada en el propio convenio o administradores concursales). En realidad, tanto la comisión de acreedores como la administración concursal a los que se hubieran atribuido determinadas funciones en el convenio son mandatarios del deudor y de la colectividad de acreedores; y, en cuanto tales mandatarios están obligados a cumplir el mandato (art. 1718.I CC), conforme a lo establecido en el convenio (v. art. 1719 CC), de modo que, si incumplen lo ordenado, se produce un auténtico y efectivo incumplimiento del convenio, desencadenándose los mismos efectos que si ese incumplimiento procediera del concursado convenido.

Más dudoso es el supuesto de incumplimiento del convenio por los acreedores que hubieran asumido nuevas obligaciones (art. 125.2 LC) o por los compromitentes, es decir, por aquellas personas que hubieran asumido en el convenio compromisos de pago, compromisos de financiación, compromisos de prestación de garantías o cualquier otra obligación, en la medida en que esos sujetos se obligan en nombre y por cuenta propias, y no por cuenta del concursado. Pero la Ley ha utilizado una fórmula impersonal para referirse al incumplimiento del convenio, por lo que debe entenderse que unifica los efectos del incumplimiento del convenio por el deudor y por los demás obligados.

En el Derecho concursal, el concepto de incumplimiento es un concepto especial. Para la Ley Concursal, lo relevante es la falta de cumplimiento, con independencia de la causa. Entre los contratos en general y el convenio concursal en particular, existe una diferencia fundamental que explica precisamente la utilización de un concepto propio de incumplimiento por parte de la legislación concursal. El convenio es una de las dos formas alternativas a través de las cuales los acreedores concursales obtienen la satisfacción de los créditos reconocidos en el concurso. Si el convenio fracasa, el acreedor tiene el derecho a que esa satisfacción se produzca a través de esa otra forma alternativa en que consiste la liquidación. Ahora bien, la «causa» del incumplimiento del convenio sí es relevante en la sección de calificación que se formará —o continuará— tras la necesaria apertura de la fase de liquidación, ya que el incumplimiento del convenio «debido a

en ciertos casos de escasa entidad el retraso en el pago, deban ser valorados debidamente por el juez (*Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 11 de julio de 2011*).

causa imputable al concursado» constituye un hecho que determina la calificación de concurso culpable (art. 164.2-3.º LC)⁵⁴.

3. El ejercicio de la acción

La Ley fija el término inicial y el término final para el ejercicio de la acción. El *dies a quo* coincide con el incumplimiento. La acción puede ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento (art. 140.1, inciso segundo LC), es decir, desde que acaezca el hecho que suponga la infracción de lo convenido. El *dies ad quem* se delimita igualmente de modo preciso: la acción caducará a los dos meses contados desde la publicación del auto de cumplimiento del convenio (art. 140.1, inciso segundo LC). Se trata de un plazo de caducidad.

La legitimación para solicitar la declaración judicial de incumplimiento corresponde a cualquier acreedor que hubiera resultado afectado por ese incumplimiento (art. 140.1, inciso primero LC). El acreedor que todavía no hubiera sufrido las consecuencias del incumplimiento no puede ejercitar la acción. En caso de infracción de las limitaciones impuestas a las facultades patrimoniales del concursado, la resolución podrá ser solicitada por cualquier acreedor (art. 137.1 LC).

4. La sentencia estimatoria del incumplimiento

Si el juez considera probado el incumplimiento, dictará sentencia declarando incumplido el convenio.

En esa sentencia se declarará la resolución del convenio y la «desaparición» de los efectos sobre los créditos a los que se refiere el artículo 136 (art. 140.4 LC). Por virtud de la declaración judicial de incumplimiento del convenio se produce, pues, el resurgimiento de aquellos créditos que hubieran quedado afectados por el contenido del convenio, que vuelven al estado anterior al de la aprobación judicial. La finalidad de la norma es permitir que los acreedores afectados por el convenio y aún no satisfechos puedan participar en la liquidación como lo hubie-

⁵⁴ COBO PLANA, J. J.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad en concurso en caso de apertura de la liquidación acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado», *Cuestiones actuales sobre derecho concursal, responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago: III Congreso Concursal y Mercantil de Salamanca* (RUIZ DE LA IZA / BARBER MARRERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 25-41; VILATA, S.: «La calificación en caso de incumplimiento del convenio», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia: V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal* (ROJO / CAMPUZANO), Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 335-346.

ran hecho si no hubiera existido el arreglo. Pero la eficacia del convenio desaparece sólo para las quitas parciales y para las esperas, que constituyen el contenido esencial del convenio. Por el contrario, no desaparecen los efectos de cualquier otro acuerdo de reestructuración incluido en el convenio (v. gr.: no quedan afectadas las cláusulas en las que se hubiera previsto la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, o los acuerdos de enajenación de una parte de los activos y de cesión de parte del pasivo concursal a un tercero). La razón es que sólo los pactos de quita y espera modifican el contenido de los créditos (art. 136 LC). Evidentemente, no quedan afectados por el resurgir de los créditos aquellos acreedores que hubieran sido íntegramente satisfechos en atención a lo pactado en el convenio.

No obstante lo anterior, la norma dispone que si el incumplimiento del convenio afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio cuando concurren las mayorías requeridas (art. 134.3 LC) o se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, estos acreedores podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En tal caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso (art. 140.4-II LC; la previsión procede de la reforma debida al Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015).

5. La apertura de la fase de liquidación

El incumplimiento del convenio conduce a la liquidación de los bienes y derechos que integran la masa activa, sin perjuicio de la posibilidad que reconoce la disposición transitoria tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, de modificación de algunos convenios durante un período de dos años. Esta previsión (procedente de la tramitación como Ley del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre) parte de que los convenios concursales aprobados en aplicación de la normativa que deroga la referida Ley deberán cumplirse íntegramente, pero añade que en caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley (la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se publicó en el *BOE* el 26 de mayo de 2015 y entró en vigor el día siguiente al de su publicación), el deudor o los acreedores que representen al menos el 30 por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento, calculado conforme al texto definitivo del informe de la administración concursal, podrán solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por esta Ley. Esta solicitud debe acompañarse de una propuesta de modificación, así como de un plan de viabilidad y mientras se encuentre en tramitación ningún acreedor podrá instar la declaración de incumplimiento, no sólo

en el ámbito del artículo 140 de la Ley Concursal, sino también, por expresa indicación legal, en el marco del artículo 142 de la Ley Concursal que no contempla expresamente el incumplimiento del convenio, sino la apertura de la liquidación a solicitud del deudor o del acreedor. Asimismo, iniciado este procedimiento de modificación, quedarían en suspensión las declaraciones de incumplimiento previamente solicitadas.

De la solicitud se dará traslado, según los casos, al deudor y a los acreedores que no la hubieran formulado para que en el plazo de diez días manifiesten si aceptan o se oponen a la modificación propuesta. El deudor o acreedores proponentes, junto a su solicitud de modificación del convenio o los no proponentes, dentro de los cinco días siguientes al traslado de la propuesta de modificación, podrán presentar al Juzgado escrito de oposición a la valoración contenida en el texto definitivo del informe de la administración concursal indicando la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y solicitando la suspensión del plazo para manifestar su aceptación u oposición a la modificación propuesta. Al escrito de oposición se deberá acompañar los documentos justificativos de su pretensión, incluidos, en el caso de garantías reales, los previstos en el artículo 94.5 de la Ley Concursal. El Juez acordará la suspensión del plazo para aceptar y tramitará la oposición con arreglo a lo previsto para el incidente concursal. En caso de que se presentaran varios escritos de oposición, se podrán acumular por el juez del Concurso tramitándose conjuntamente. Contra la sentencia que dicte el juez fijando el valor actual del crédito de que se trate no cabrá recurso alguno. En la sentencia, el juez acordará alzar la suspensión del plazo para manifestar su aceptación u oposición a la modificación de convenio propuesta. Para entenderse aceptada la modificación, deberán adherirse los acreedores que representen las siguientes mayorías de pasivo calculadas con arreglo a la lista definitiva de acreedores modificada, en su caso, conforme a lo dispuesto en este apartado: a) En el caso de acreedores ordinarios: 1.º El 60 por 100 para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.a). 2.º El 75 por 100 para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.b). b) En el caso de acreedores privilegiados: 1.º El 65 por 100 del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 para la modificación de las medidas previstas en la letra a) 1.º anterior. 2.º El 80 por 100 del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2, para la modificación de las medidas previstas en la letra a) 2.º anterior. El cómputo de las anteriores mayorías se calculará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 134.4 de la Ley Concursal. El juez dictará sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio en el plazo de diez días. Sólo podrá aprobar la modificación cuando las medidas propuestas garanticen la viabilidad del concursado. Si se aprobase la modificación, sus efectos se extenderán a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de la misma y a los acreedores subordinados. Si se denegase, declarará el incumplimiento del convenio con los efectos del artículo 140 de la Ley Concursal. En todo caso, lo previsto en esta disposición no será aplicable a

los acreedores públicos, que quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías previstas⁵⁵.

Al margen de esta circunstancia transitoria, la resolución judicial firme que declara el incumplimiento del convenio conlleva la apertura de la fase de liquidación, que se producirá de oficio una vez que sea firme la declaración judicial de incumplimiento (art. 143.1-5.º LC).

*(Trabajo recibido el 28/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)*

⁵⁵ Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A.: «La modificación del convenio», *ADCo*, núm. 34, 2015, pp. 63-79; LARA, R.: «Modificación del convenio vs. liquidación», *ADCo*, núm. 31, 2014, pp. 439-451; GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: «Modificación y refinanciación del convenio concursal», *RDCyP*, núm. 20, 2014, pp. 309-321; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Convenios concursales de segunda generación: la modificabilidad del convenio en ejecución», *ADCo*, núm. 32, 2014, pp. 237-263. Vid. *sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 5 de marzo de 2015* y su aclaración por *Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 9 de marzo de 2015*.

LA FASE DE LIQUIDACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

GUILLERMO PÉREZ-OLIVARES

Socio en Nuvagest Concursal

IGNACIO PÉREZ-OLIVARES

Notario de Monesterio

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la fase de liquidación de los concursos de acreedores, dirigida a la monetización de los activos para el pago a los acreedores, cuando ha devenido imposible la viabilidad de la concursada. Se analizarán las distintas legitimaciones para la solicitud de apertura de la misma, los importantes efectos que genera para la concursada, los créditos y los acreedores, así como las normas que regirán la liquidación de los activos que permitan el pago a los acreedores, fin último del concurso.

Palabras clave: plan de liquidación, disolución, unidad de negocio, privilegio especial, pago, suspensión facultades, informe liquidación, rendición de cuentas.

LIQUIDATION FASE IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

GUILLERMO PÉREZ-OLIVARES

Partner in Nuvagest Concursal

IGNACIO PÉREZ-OLIVARES

Notary Public in Monesterio

ABSTRACT

This paper aims to analyse the insolvency proceedings liquidation phase, aimed at the assets monetization for the payment to creditors when the bankrupt viability has become impossible. The different legitimations for the liquidation phase opening request and the important effects generated for the bankrupt company, loans and creditors will be analysed, as well as the rules governing the assets liquidation that allow payment to creditors, insolvency proceeding's ultimate purpose.

Keywords: liquidation plan, dissolution, business unit, special privilege, payment, powers suspension, liquidation report, accountability report.

SUMARIO: I.— INTRODUCCIÓN. II.— DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN. 1.— Solicitud de liquidación. 2.— Solicitud por la concursada. 3.— Solicitud por la administración concursal. 4.— Apertura de oficio de la liquidación. 5.— Otras personas legitimadas para la solicitud de la apertura de liquidación. 6.— Publicidad. III.— EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN. 1.— Efectos sobre el concursado. 1.1.— Efectos sobre el concursado persona física. 1.2. Efectos sobre el concursado persona jurídica. 2.— Efectos sobre los créditos concursales. 3.— Otros efectos. IV.— DE LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN. 1.— Plazo de presentación del plan de liquidación. 1.1.— Apertura de la liquidación en la propia declaración concurso. 1.2.— Solicitud de concurso con plan de liquidación. 2.— Contenido. 2.1.— Afección a la plantilla. 2.2.— Cesión de derechos. 3.— Publicidad. 4.— Aprobación del plan de liquidación. 5.— Transmisión de la unidad de negocio. 5.1.— ¿Cuándo y quién define la unidad de negocio? 5.2.— ¿Qué efectos produce? 5.3.— ¿Asume el comprador las deudas anteriores a la adquisición? 5.4.— ¿Qué ocurre con las deudas de Seguridad Social de los contratos laborales transmitidos con la unidad de negocio? 5.4.— ¿Está sujeta al IVA? 5.6.— ¿Existen normas supletorias específicas? 6.— Normas subsidiarias. 6.1.— Venta a través del procedimiento de apremio. 6.2.— Venta de unidades de negocio. 6.3.— Bienes con privilegio especial. 6.4.— Cancelación de cargas concursales. 7.— Bienes y derechos litigiosos. 8.— Prohibiciones. 9.— Informes de liquidación. 9.1.— Informes trimestrales de liquidación. 10.— Plazos de liquidación. V.— PAGO A LOS ACREEDORES. 1.— Pago de los créditos contra la masa. 2.— Pago de los créditos con privilegio especial. 3.— Pago de los créditos con privilegio general. 4.— Pago de los créditos ordinarios. 5.— Pago de los créditos subordinados. 6.— Supuestos especiales de pago. VI.— CONCLUSIÓN DE LA LIQUIDACIÓN. VII.— BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal de 2003 nace con vocación de legislar las situaciones de insolvencia de manera definitiva, y superar así las deficiencias de la antigua Ley de Suspensión de Pagos y Quiebras. Esta norma surge como instrumento jurídico para dar un cauce unitario y una regulación completa a los procesos de insolvencia, tanto de personas físicas como jurídicas. No estamos, pues, ante una herramienta de política económica, sino ante una norma jurídica, pero no podemos olvidar que debe ser un instrumento útil y flexible que permita a las empresas y a los particulares afrontar situaciones de crisis e insolvencia, poniendo a su disposición mecanismos que ayuden a mantener la actividad, obteniendo así el máximo recobro para los acreedores.

Según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 Concursal, una de las finalidades esenciales del concurso de acreedores es *«la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado»*.

A pesar de todo ello, la mayoría de procesos concursales continúan acabando en liquidación. Un dato significativo es que, de los más de cinco mil concursos declarados en el último año, únicamente diecinueve incluían propuesta anticipada de convenio. De esta situación se hacía ya eco la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de Reforma Concursal, al señalar: *«Sin embargo, el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores»*.

No obstante, y más allá de estas cuestiones estructurales que latén de fondo, también existen problemas jurídicos que tradicionalmente han dificultado cumplir

con la finalidad del procedimiento concursal, que no es otra sino la continuidad de las empresas, según recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, declarando el convenio como solución normal del procedimiento, así como el mantenimiento de la actividad y los puestos de trabajo.

Las últimas reformas han perseguido conseguir que el concurso sea una vía para la reestructuración y, asumiendo la dificultad de cambiar la tendencia, que al menos la liquidación permita de alguna manera maximizar el recobro, disminuir los plazos para la realización de las tareas, así como el mantenimiento de la actividad a través de las ventas de las unidades de negocio.

En este sentido, la reforma operada por Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en Materia Concursal, introduce la regulación de la venta de las unidades de negocio que ya se estaba realizando en la práctica, incorporando el nuevo artículo 146 bis y modificando el artículo 149. Se regula la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente, sin que el adquirente deba hacerse cargo de las deudas anteriores, fueran concursales o contra la masa, con excepciones como cuando los correspondientes a la Seguridad Social o a los trabajadores, o la adquisición se produce por personas especialmente relacionadas con el concursado, evitando que el concurso se convierta en un mecanismo de los titulares de un negocio para la eliminación de la deuda, manteniendo la actividad inalterada.

Asimismo, de cara a facilitar la enajenación de los activos se incluyen referencias a la posibilidad de la cesión en pago o para pago, y la posibilidad de que el juez permita el cierre del concurso con retención del 10% de la masa activa para futuras impugnaciones, mecanismo que permitirá que la liquidación y, por tanto, el recobro de los acreedores no se prolongue *sine die* por la existencia de cuestiones litigiosas.

Posteriormente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal, incide en esta línea, exponiendo de forma por fin clara el carácter subsidiario de las normas sobre la liquidación contenidas en el artículo 149 y aumentando el límite posible que puede ordenar consignar el juez de cara a la liquidación del concurso, existiendo procedimientos abiertos. Además, exige una mayor publicidad tanto de la apertura de la liquidación, exigiendo su comunicación al Registro Público Concursal como de los informes trimestrales que deben enviarse de manera telemática a los acreedores. Y en consonancia con la informatización del procedimiento e intento de desjudicializar estos procesos, articula vías de comunicación directa y fluida entre administración concursal y acreedores. Por último, no debemos olvidar que esta reforma de 2015 renueva profundamente los límites y quórum del convenio, en un intento más de buscar la viabilidad como alternativa eficiente a la liquidación.

Centrándonos en la tramitación del proceso de liquidación concursal, que como decimos es la forma habitual de conclusión del concurso, el mismo tiene lugar una vez que, descartada la viabilidad de la concursada a través de un convenio o siendo imposible el cumplimiento del convenio aprobado, es necesario monetizar los activos para el pago a los acreedores. La liquidación supone la sustitución de las facultades de los administradores, si no lo estuvieran ya, sustituidos por la administración concursal y la apertura del proceso de disolución que concluirá, en todo caso, con la extinción de la sociedad y la baja en los Registros Públicos, en el caso de las personas jurídicas.

La liquidación se rige por las normas contenidas en el plan, que deben respetar los principios básicos recogidos en la Ley, y por las normas subsidiarias contenidas en la Ley Concursal. Con carácter previo a la aprobación del plan de liquidación, tan sólo se permite enajenar activos en situaciones excepcionales, como la urgente necesidad para la tesorería de la compañía.

Sin perjuicio de la dación en pago, y en los casos en los que no existiera o no fuera posible la enajenación de la unidad de negocio, se procederá a la enajenación de los activos, en la búsqueda de una venta rápida que además maximice el valor de los activos, en la mayoría de casos muy depreciados por el mero hecho de la entrada en liquidación, así como la saturación del mercado.

La liquidación concluye cuando enajenados todos los activos de la concursada, se haya procedido al pago de los acreedores, con la prelación marcada por la Ley, que trataremos detenidamente a lo largo del capítulo, con las especialidades propias de las distintas calificaciones de los créditos. Existen supuestos especiales de conclusión que se anticipan a la efectiva liquidación de todos los activos cuando éstos, durante la tramitación, ya se apreciaren insuficientes para el pago de los créditos contra la masa. Todo ello sin perjuicio de la reapertura en el caso de que aparecieran nuevos activos.

Liquidados todos los activos, se presentará un informe razonado por la administración concursal que justifique el uso de las facultades que le han sido conferidas durante el proceso, así como los pagos realizados durante el concurso y a su conclusión.

II. DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

1. Solicitud de liquidación

El carácter subsidiario de la liquidación en el proceso concursal, que prioriza, como hemos comentado, la opción del convenio con mantenimiento de la actividad empresarial, hace que se tasen los sujetos legitimados para su solicitud, con-

dicionando incluso la solicitud por parte de la administración concursal y limitando la apertura de oficio a supuestos muy específicos, relacionados con la necesidad de no bloquear procesalmente el concurso, en los casos en que el convenio devenga imposible de aprobar.

Son los artículos 142 y 143 de la Ley Concursal los que se encargan de señalar los distintos sujetos legitimados y el momento procesal en el que pueden solicitarlo.

2. Solicitud por la concursada

Es el único legitimado para solicitarlo en cualquier momento del proceso y sin mayores requisitos, ni siquiera audiencia de la administración concursal. En la original redacción de la Ley Concursal se establecían supuestos tasados que fueron eliminados por la Ley 38/2011, para señalar que el deudor podrá pedirla en cualquier momento. Sin embargo, esta reforma sí que limita la posibilidad de que el propio concursado presente un plan de liquidación, que antes se permitía hasta transcurrido el plazo de quince días desde la presentación del informe y ahora, tras la supresión del artículo 142 bis, sólo puede hacerse si se incluye en la propia solicitud de concurso.

En este sentido se ha planteado la duda respecto al órgano competente para esta solicitud. La Ley Concursal, en su artículo 3, faculta al órgano de administración para la solicitud de concurso, sin distinguir si se trata de una solicitud de concurso o si incluye también los supuestos de solicitud de concurso con apertura de liquidación. Esto ha llevado a considerar que es posible la solicitud de liquidación por el órgano de administración de la persona jurídica. Sin embargo, existen dentro de la doctrina posturas contrapuestas sobre esta cuestión que llevan inevitablemente a plantearse: ¿quién es el órgano legitimado para solicitar la liquidación, los administradores o la Junta general?

Por un lado, partiendo del artículo 3.1 LC, que atribuye la competencia para solicitar la aprobación judicial del concurso al órgano de administración, hay quienes entienden que, conforme al artículo 142.1 LC, en el supuesto de las personas jurídicas, quien debe solicitar la apertura de la fase de liquidación en nombre del concursado es su órgano de administración

Por otro lado, no obstante, existen voces discordantes que, al amparo de una interpretación conjunta de la Ley Concursal y de la Ley de Sociedades de Capital, buscando una necesaria armonización entre ambas, consideran que en aquellos casos en que la propia ley no imponga la apertura de la fase de liquidación, como sucede en los supuestos de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia inminente (art. 2.3 LC) o cuando una vez declarado judicialmente el concurso

de la persona jurídica no se hubiese aprobado el convenio dentro del plazo legal, o no encontrándose en estado de insolvencia proceda la disolución por pérdidas, conforme al artículo 356.1.e) LSC, la Junta general debería al menos jugar un papel consultivo. A mayor abundamiento, en estos supuestos en que concurra una causa legal de disolución, como en el supuesto del art. 356.1.e) de la LSC, la competencia para acordar la disolución es atribuida a la Junta general por el artículo 364 de la LSC, en concordancia con lo establecido en el artículo 160.h LSC, que atribuye a la Junta general la competencia para decidir sobre la disolución de la sociedad. Un último argumento que podríamos esgrimir es el art. 167 LSC. Dicho artículo dispone que los administradores deben convocar la Junta general cuando así lo requiera el interés social.

En consecuencia, partiendo de una interpretación armónica de ambas leyes, puede admitirse la tesis de que es competencia de la Junta general solicitar la apertura de la fase de liquidación, la cual supondría la disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 361.2 LSC).

Esta posición no está exenta de crítica, pues podría afectar a la eficiencia y operatividad de la sociedad, situación que no se produciría si reconociéramos que basta con reconocer la legitimación de los administradores para solicitar la apertura de la fase de liquidación. No obstante, mantenemos nuestra posición de considerar que la solicitud de apertura de la fase liquidación corresponde a la Junta general, pues aun reconociendo a los administradores dicha competencia, éstos vendrían obligados a convocar la Junta general en aras de preservar en el interés social, conforme al artículo 167 LSC, para que ésta se pronuncie sobre la apertura de la fase de liquidación que supone la disolución de pleno derecho de la sociedad.

¿Debe el concursado fundamentar la solicitud de liquidación? La reforma de 2011 eliminó los requisitos que se exigían al deudor en cuanto al momento de la solicitud. Además, el establecimiento de un plazo tasado de diez días para la apertura de liquidación hace pensar que no será necesaria la motivación, y que, por el sólo hecho de la solicitud, debe el juez dictar auto para su apertura.

A la potestad de solicitud en cualquier momento, se añade la obligación de pedirla en el caso de que, durante la vigencia del convenio, el concursado conozca la imposibilidad de cumplirlo. El incumplimiento de esta obligación constituye un supuesto de culpabilidad de concurso recogido en el artículo 164.2.3.º de la Ley Concursal.

3. Solicitud por la Administración concursal

La Ley Concursal no contempla la apertura de liquidación por solicitud unilateral de la administración concursal, pero incorpora el mecanismo de que sea

ella sin la intervención del deudor la que lo solicite. El mecanismo no es sencillo, ya que exige que previamente se solicite el cese de actividad a través de lo dispuesto en el artículo 43 LC, que debe acordar el juez con audiencia del deudor y de los trabajadores de la concursada para posteriormente poder instar la liquidación.

Es difícil pensar que, si el deudor no estuviera en contra de la liquidación, acepte el cese de actividad con las dificultades que para el órgano judicial se suscitan en torno a la posibilidad de tomar una decisión que, aunque pueda beneficiar a los acreedores, va en contra del mantenimiento empresarial y de la voluntad del propio empresario o persona física que lo sufrirá directamente.

¿Existen resoluciones que permitan al administrador concursal solicitar la liquidación sin previo cese de actividad?

El auto del Juzgado Mercantil de Málaga de dieciséis de febrero de 2010 parece abrir la puerta al admitir la liquidación anticipada, antes de producirse el cese de actividad, por la administración concursal, al considerar que la voluntad del legislador era agilizar la liquidación y que vedar la liquidación supone un error fruto de las prisas con que se elaboró este artículo.

Sin embargo, legalmente, no parece admisible tal solicitud y consideramos que lo que puede hacer la administración concursal es solicitar el cese de actividad y, una vez obtenido, proceder a solicitar la liquidación. El problema está en que en muchas ocasiones no puede la administración concursal solicitar el cese de actividad porque existen trabajadores que todavía están formalmente prestando servicios para la sociedad. Nos encontramos con empresas en las que, habiendo un cese de hecho de su actividad y sin perspectiva alguna, la administración concursal se vería obligada a hacer un ERE, con carácter previo, para posteriormente solicitar el cese de actividad e instar la liquidación.

4. Apertura de oficio de la liquidación

La ley permite también que sea el juez, de oficio, el que dicte la apertura de la liquidación. Se trata de supuestos vinculados a la imposibilidad de llevar a cabo un convenio, ya sea por no presentación o no aprobación de propuestas en los plazos legalmente fijados o por la resolución judicial que declare la nulidad o el incumplimiento del mismo.

Es importante reseñar cómo la liquidación no se abre nunca de oficio, en caso de finalización de la fase común, sin pronunciamientos de las partes, procediendo en estos casos directamente la apertura de convenio sin previo traslado o consulta a las partes.

5. Otras personas legitimadas para la solicitud de la apertura de liquidación

- i. Los acreedores. En último lugar, se concede legitimación a cualquier acreedor, pero sólo para un supuesto concreto, el de que, vigente el convenio, el deudor que estuviera incurso en alguna de las causas que fundamentan la declaración de concurso no solicitara la apertura de liquidación.

No obstante, la fórmula empleada por el legislador dificulta la eficacia práctica de esta opción. En el caso de que, tras los trámites previstos, que son los mismos que en las solicitudes de concurso necesario, hubiera resolución estimatoria de la apertura de liquidación, cabría siempre recurso de apelación.

La apertura de la liquidación en contra de la voluntad del deudor, por sus consecuencias irreparables, debe contar con las máximas garantías, pero la actual regulación priva prácticamente de eficacia práctica a la medida, ya que, en los plazos procesales necesarios, dan margen al deudor, bien para cumplir, aunque sea tardíamente, bien para allanarse a la solicitud.

- ii. El mediador concursal (artículo 242 LC). El mediador concursal, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial de pago, siempre puede solicitar al Juzgado de lo Mercantil el concurso consecutivo y, por supuesto, simultáneamente la apertura de la fase de liquidación.

En un breve análisis de la solicitud de liquidación por el mediador concursal, señalar que con anterioridad a la reforma del RD-Ley 1/2015, salvo en el supuesto de insuficiencia de la masa activa previsto en el artículo 176 bis, se abría necesariamente la fase de liquidación. Mientras que hoy, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 1/2015, la solicitud de concurso consecutivo puede ir acompañada de un plan de liquidación o de la propuesta anticipada de convenio.

- iii. Supuestos de concurso abreviado. Para concluir, hay que señalar las particularidades del concurso abreviado en cuanto a las personas legitimadas para solicitar la liquidación. Con carácter general, el presupuesto indispensable para que proceda el tramitar el concurso por el procedimiento abreviado es que concurra cualquiera de los supuestos del artículo 190 LC. Será el juez mercantil quien acuerde el declarar la apertura de la fase de liquidación, pero estará obligado a la tramitación por el procedimiento abreviado, conforme al artículo 190.3 LC, cuando el deudor presente, junto con la solicitud del concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva en fun-

cionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo. En estos casos, el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado.

6. Publicidad

Cualquiera de estas fórmulas concluirá con auto del Juzgado por el que se declare abierta la fase de liquidación concursal, con las consecuencias que a continuación veremos. Esta resolución tendrá la misma publicidad que la fijada para el auto de declaración de concurso, según recoge el artículo 144 LC.

Las sucesivas reformas de la Ley Concursal han tratado de dar la mayor publicidad a las resoluciones concursales, por lo que, además de la publicación en el BOE, se librarán mandamientos tanto al Registro Mercantil como Civil, según que el concursado sea persona física o jurídica, como a los distintos registros públicos donde el concursado tuviera bienes inscritos.

A estas formas tradicionales se ha sumado la publicación en la sede electrónica del Registro Público Concursal y el envío por medio telemático a los acreedores. No podemos olvidar que, a pesar de la proliferación de concursos, que ha hecho a los acreedores estar pendientes de estos medios de anuncio, es difícil pensar que cualquier acreedor pueda estar pendiente de las publicaciones diarias del *BOE* o de los tabloneros del Juzgado. Por eso, a día de hoy podemos decir que, para las personas afectadas por los concursos, estas resoluciones son conocidas por las páginas *web*, que en ocasiones se crean por los concursos o por la comunicación a través de correo electrónico que las administraciones concursales vienen haciendo. Esta comunicación no es exigible para el caso concreto de la apertura de liquidación, pero sí para otras cuestiones, como la presentación de informes trimestrales de liquidación, por lo que debemos pensar que siendo obligatorio para cuestiones secundarias deba remitirse también para la principal, como es la apertura de la liquidación o convenio.

La publicidad de la fase de liquidación y su reflejo en los diferentes registros públicos, conforme al artículo 24 LC, al que se remite el artículo 144 LC, no es ni mucho menos pacífica. La apertura de la liquidación supone la suspensión de las facultades del concursado, sin perjuicio de que mantenga ciertas competencias representativas, actuando por el concursado la administración concursal.

Es conveniente llevar a cabo un estudio de los actos de naturaleza concursal que deben acceder al Registro de la Propiedad, conforme a lo dispuesto en el

artículo 24 LC. Siguiendo la clasificación realizada por PAU PEDRÓN¹, pueden enumerarse los siguientes supuestos:

- a) La apertura de la fase de liquidación. Según los casos, la declarará el juez mediante auto o mediante sentencia. En la inscripción se hará constar el nuevo régimen de suspensión (caso de que antes rigiera el de intervención), y el nombramiento de administrador concursal (caso de que antes hubiese existido un convenio).
- b) Los negocios de administración, disposición y gravamen. El artículo 147 LC dispone que, durante la fase de liquidación, continuarán los efectos de la declaración de concurso.

En cuanto a los negocios sobre la masa activa, empezará a regir el régimen de suspensión, y respecto de los actos de administración, disposición y gravamen hay que distinguir según exista o no «plan de liquidación»:

- Si existe plan de liquidación, se estará a lo dispuesto en el plan. El plan puede contemplar la posibilidad de venta directa de los bienes, pero deben quedar siempre a salvo las reglas especiales del artículo 155 LC cuando se trate de bienes gravados con hipoteca. Por tanto, para el acceso al registro de estos actos dispositivos de administración o gravamen deberán ajustarse a la forma determinada en el plan de liquidación.
- De no haberse aprobado un plan de liquidación, o no contener éste reglas sobre los bienes, dispone el artículo 149 que las enajenaciones se harán mediante subasta. Ahora bien, la regla de la subasta tiene dos excepciones o matizaciones, que se refieren a los negocios del «giro o tráfico» y a la enajenación de los inmuebles hipotecados. Salvo estos dos supuestos será necesario que la enajenación se haya realizado por medio de subasta.

Por último, hay que advertir que en ningún caso es posible la constitución de hipotecas, porque ello supondría una mejora en el rango del crédito concursal que se garantiza, lo que no puede tener lugar durante la tramitación del concurso.

- c) La aprobación del plan de liquidación. El plan de liquidación debe contener reglas sobre la enajenación de los bienes. Doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado obliga a llevar a cabo todo acto

¹ PAU PEDRÓN, Antonio: «Procedimiento Concursal y Registro de la Propiedad», 16 de febrero de 2105, www.notariosyregistradores.com.

dispositivo por medio de la forma prevista en el plan de liquidación. Entre otras resoluciones del mencionado órgano, donde se confirma la inscribibilidad del plan de liquidación, está la de 5 de septiembre de 2014.

- d) La terminación del concurso y su reapertura. Según el artículo 141 LC, *«al auto de conclusión del concurso se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley»*. Lo que no es posible bajo ninguna circunstancia es que sea el registrador quien realice de oficio la cancelación de la inscripción de concurso. Además, el artículo 83 LH establece que *«las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria»*.

Una última posibilidad es que se produzca la reapertura del concurso, que dará lugar a la correspondiente inscripción registral. Según se trate de personas físicas o jurídicas hay que diferenciar: si es física, se llama reapertura al nuevo concurso que se abre dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior *«por inexistencia de bienes o derechos»* y si es jurídica, se llama reapertura al concurso que se abra después de concluido otro *«por inexistencia de bienes o derechos»*, con independencia del tiempo en que concluyó el anterior.

- e) Anotaciones de demanda, de prohibición de disponer y otras medidas cautelares, accesorias de procedimientos distintos del concursal.

II. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

1. Efectos sobre el concursado

El efecto principal de la apertura de liquidación será el de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la presente Ley, como establece el artículo 145.1 de la Ley Concursal. Y por supuesto, la consecuente asunción por la administración concursal de dichas facultades.

A continuación, la Ley Concursal diferencia los efectos según se trate de persona física o jurídica en los apartados segundo y tercero del artículo 145 LC, respectivamente.

1.1. Efectos sobre el concursado persona física

- i. Sobre la extinción de las facultades de administración y disposición hay que matizar su extensión, comprendiendo todos los bienes derechos y

obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, que correspondan al deudor de la sociedad conyugal. Sin embargo, no comprenderá los bienes y derechos de carácter personal y sin contenido patrimonial, ni los bienes de contenido patrimonial que sean legalmente inembargables.

- ii. Extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa. Siendo ésta la regla general, la LC prevé medidas correctoras de este efecto, en aras de salvaguardar unos mínimos vitales para la subsistencia de la persona, estableciendo la posibilidad de mantener el derecho a los alimentos cuando fuere imprescindible para atender a las necesidades del concursado y de su cónyuge o pareja de hecho inscrita, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 LC, y descendientes bajo su potestad. Para que proceda el derecho de alimentos, como señala CUENA CASAS², es necesario que concurra en el concursado y su familia un estado de necesidad como requisito indispensable. Sin embargo, en ocasiones, la jurisprudencia, incomprensiblemente, no ha exigido este estado de necesidad, como sucede en el Auto del Juzgado Mercantil de Bilbao de 24 de marzo de 2009.

La misma autora³, partiendo del artículo 145 LC y de la reforma que operó en dicho artículo la Ley 38/2011, afirma que la cuantía de los alimentos durante la fase de liquidación y cuando se declara la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa debe limitarse al salario mínimo interprofesional.

En caso de que el concursado tenga un sueldo, debe ponerse en relación el derecho de los alimentos con las cantidades inembargables y que por tanto no forman parte de la masa del concurso y, según el artículo 40 LC, están sujetas a las limitaciones dispositivas del concursado, por lo que no sería necesario reconocer el derecho de alimentos contra la masa. En este sentido se pronuncia el Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao de 30 de septiembre de 2009.

Volviendo a las personas a las que la Ley reconoce el derecho de alimentos, llama la atención que el legislador omita a las personas en análoga relación de afectividad que al cónyuge en dicha excepción a la extinción del derecho de alimentos. Sin embargo, en materia de clasificación de créditos, en el artículo 93 LC sí comprende como personas especialmente relacionadas con el concursado a «*las personas que convivan con análoga*

² CUENA CASAS, Matilde: *El derecho de alimentos del concursado tras la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, publicada en www.eprints.ucm.es, 2014.

³ CUENA CASAS, Matilde: obra citada.

relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso». Podría plantearse a la luz de estos artículos si cabe extender la aplicación del artículo 145 LC a las personas en análoga relación de efectividad. Sin embargo, dicha omisión, aunque pudiera parecer un error del legislador no es así. La Ley Concursal, en su artículo 47 LC, donde se regula el derecho de alimentos, tampoco hace mención a las personas en análoga relación de afectividad que el cónyuge.

- iii. Otro posible efecto parte de la extensión del artículo 145 LC, que se refiere a la disolución de la sociedad, al ámbito de las personas físicas. Está claro que se refiere a la disolución de la persona jurídica y no es de aplicación a las personas físicas. No obstante, este precepto extrapolado al ámbito de la persona física plantea la posibilidad de que la persona física tuviera que cesar su actividad profesional o empresarial. A todas luces, la respuesta debe ser negativa porque la finalidad del concurso en este ámbito busca garantizar un mínimo para la subsistencia del deudor, y la misma idea parece deducirse de la segunda oportunidad recientemente regulada. La denominada Ley de segunda oportunidad pretende la continuación por parte de la persona física de su actividad profesional o empresarial y la aplicación de este precepto a las personas físicas frustraría dicho fin.
- iv. La liquidación se realizará con los bienes del deudor existentes en el momento de la formación de la masa activa. Si no nos encontraríamos con que aquel concursado persona física que siga desarrollando una actividad profesional o empresarial remunerada que haga ingresar nuevos bienes en su patrimonio, nunca podría concluir el concurso convirtiéndose éste en indefinido. Así lo confirma la sentencia del Juzgado Mercantil de Málaga número 2, de 4 de octubre de 2013.

Esta postura puede chocar con el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC. Sin embargo, como han afirmado tanto la doctrina como la jurisprudencia: limitar la liquidación a los bienes existentes en el momento de la formación de la masa activa se entiende sin perjuicio del artículo 1911 del CC, y la responsabilidad del deudor derivada de este artículo. En cuanto a la persona física, no se puede continuar sin hacer una breve referencia a la segunda oportunidad y los efectos que produce a favor del concursado persona física, cuando pueda acogerse al beneficio de la liberación de las deudas conforme al artículo 178 bis de la LC. La segunda oportunidad ha supuesto una importante reforma que conlleva una serie de efectos sobre la fase de liquidación, objeto de estudio en este capítulo.

La posibilidad de acogerse a la exoneración del pasivo insatisfecho puede darse: (i) Por haber fracasado el acuerdo extrajudicial de pagos, teniendo el mediador concursal que solicitar la declaración del concurso consecutivo con apertura de la fase de liquidación, como dispone el artículo 242 bis LC. Es aquí donde el mediador concursal, una vez declarado el concurso consecutivo con apertura de la liquidación y aportada la documentación requerida, deberá pronunciarse sobre si concurren los requisitos del artículo 178 bis y procede solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho o solicitar la apertura de la sección de calificación. (ii) Por acudir al mismo durante la liquidación sin haberse solicitado previamente el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque en este caso los efectos pueden variar, como se verá a continuación. En el caso de que proceda la exoneración del pasivo insatisfecho, la liquidación se regirá por las reglas generales, pero con algunas particularidades:

- En materia de vivienda habitual gravada con hipoteca dependerá de la actitud del acreedor durante la vigencia del acuerdo extrajudicial de pagos. Si comenzó la ejecución en ese momento, se procederá a la ejecución hipotecaria. Sin embargo, de no haber iniciado la ejecución antes de la apertura de la fase de liquidación, el acreedor hipotecario perdería su derecho a ejecución separada, liquidándose la vivienda dentro del procedimiento concursal, conforme al artículo 57.3 LC.
- La concesión definitiva de la liberación de deudas produce además una limitación del alcance del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC. Los acreedores no podrán exigir el pago de las deudas condonadas, no pudiendo dirigir contra el acreedor ninguna acción de cobro (artículo 178 bis.5 LC). Si se ha acudido previamente al acuerdo extrajudicial de pagos, el concursado quedará exonerado de la totalidad de los créditos ordinarios y subordinados. Si no se acudió previamente a este acuerdo sólo se le condonarían el sesenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y la totalidad de los subordinados.

Para un estudio más profundo de esta materia nos remitimos a otro artículo de esta obra colectiva.

- v. Una última cuestión planteable referida a las personas físicas es si el embargo de bienes dentro del ámbito del concurso, ya sea en la fase de liquidación como en la de convenio, facultaría al cónyuge concursado para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales en función a lo dispuesto en el artículo 77 LC, en relación con los artículos 1373 y 1393 del CC.

El artículo 77 LC regula los efectos del concurso sobre los bienes conyugales, regulando los efectos sobre los bienes de la sociedad conyugal cuando se trate de un régimen de sociedad de gananciales o cualquier otra forma de comunidad de bienes. En estos casos se habilita al cónyuge del concursado para solicitar la disolución de la sociedad conyugal. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 1393 *in fine* del CC, el cual se remite, para los supuestos de embargo por deudas de uno de los cónyuges, a lo dispuesto en el artículo 1373 CC, que concede al cónyuge del deudor embargado el derecho a solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales. Como cabe la posibilidad de ir directamente al convenio y así lo permite la Ley Concursal, lo dispuesto en el artículo 77 LC será aplicable a la solicitud de concurso con apertura de la fase de liquidación. Esta interpretación es también recogida por un auto del Juzgado Mercantil de Segovia de 7 de enero de 2016, en el cual, abierta la liquidación, concede el juez al deudor la posibilidad de pronunciarse sobre la disolución de la sociedad de gananciales al amparo de los mencionados artículos 77 LC, 1373 y 1393 del CC, además de en los artículos 144 RH y 541 LEC.

1.2. *Efectos sobre el concursado persona jurídica*

En el caso de las personas jurídicas, la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación conlleva la declaración de disolución y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores. Todas las facultades del órgano de administración de la concursada recaen desde ese momento en la administración concursal.

No obstante, la sustitución de facultades, el órgano de administración vigente a la fecha de declaración de concurso, mantendrá facultades de representación de la concursada en el concurso y en los incidentes, así como la obligación de colaborar con la administración concursal en lo que fuera necesario para el buen fin del concurso. La desaparición del órgano de administración, privado ya de sus funciones principales, supondría en la mayoría de supuestos la imposibilidad de realizar una liquidación eficiente ante el desconocimiento de los detalles de los activos.

La negación de la legitimación en los aspectos señalados, además del perjuicio para el concurso, supondría la imposibilidad de tomar parte en incidentes, favoreciendo la posición de posibles demandantes que fácilmente verían estimadas sus pretensiones sin la intervención de la contraparte y ante la imposibilidad de la administración concursal de conocer en muchos casos los detalles de las relaciones de la concursada con sus acreedores.

En este sentido se pronunció ya un auto del Juzgado Mercantil de Madrid número 4, de 28 de septiembre de 2005. Sus fundamentos de derecho destacan que, aunque el artículo 145.3 de la Ley Concursal (en relación con el art. 48.1 del mismo texto) prevea, alcanzada esa fase, el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la Constitución. No puede sino concluirse que existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los arts. 51.2 y 54.3 de la LC).

También se ha puesto de manifiesto la importancia de estas facultades, que permanecen en el órgano de administración para el buen fin de la liquidación, como se puede comprobar en el auto de 25 de marzo de 2015 de declaración del concurso de Banco de Madrid, S.A.U., que ordenaba a la Junta general el nombramiento de un nuevo órgano de administración que pudiera sustituir a los interventores del Banco de España que ejercieron interinamente el cargo de administradores de la entidad, de manera que tanto el Juzgado como la administración concursal pudieran tener un interlocutor que pudiera realizar estas labores de colaboración.

Mantienen del mismo modo su legitimación para la intervención en la pieza de calificación en el caso de que se vieran afectados por la solicitud de calificación culpable del concurso, sean o no las personas afectadas por la calificación a título particular.

El único efecto que quedaría por exponer sería el previsto en el artículo 145, que se refiere a la disolución de la sociedad. Conforme a lo previsto en los artículos 361.2 y 370 de la Ley de Sociedades de Capital, la disolución de la sociedad por concurso supone su disolución de pleno derecho, lo cual imposibilita la reactivación de dicha sociedad. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 9 de junio de 2014, no ha encontrado en el tenor de dichos preceptos óbice alguno para la inscripción de tal reactivación, posibilidad que debe contemplarse en aquellos concursos en que, abierta la liquidación, no concluya por agotamiento de ésta, sino por pago de todos los acreedores o por lo que se ha venido a denominar «unipersonalidad crediticia sobrevenida».

El resto de efectos son los establecidos en el Título III de la Ley, relativos a la declaración del concurso.

2. Efectos sobre los créditos concursales

Además de los efectos propios del concurso, como son la imposibilidad de iniciar nuevos procedimientos declarativos ante los Juzgados civiles o sociales, o nuevas actuaciones de embargos, la prohibición de compensación, no devengo de intereses y demás efectos que se producen en el momento de declaración del concurso, contemplados en los artículos 49 a 60 LC, que permanecen en fase de liquidación.

Como especialidad, el artículo 146 LC señala que la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

Son dos los efectos recogidos en el párrafo anterior. Uno de ellos supone el vencimiento anticipado de los créditos concursales, independientemente de la naturaleza de éstos. La consecuencia directa es que, abierta la fase de liquidación, se dan por vencidos todos los créditos, procediéndose a su conversión en dinero, segundo de los efectos establecidos por el artículo 146 LC.

La conversión en dinero que contempla el artículo 146 LC *in fine* debe conectarse con el artículo 88 del mismo cuerpo legal, el cual dispone que en el informe, a los solos efectos de cuantificación del pasivo, todos los créditos se computarán en dinero. Los créditos que tengan por objeto prestaciones futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración del concurso, actualizándose en función del tipo de interés legal vigente en ese momento. Los créditos que tengan por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones dinerarias determinadas se computarán por el valor de la prestación o del bien a la fecha de declaración del concurso. Por tanto, la valoración de dichos créditos se realizará tomando el valor determinado por el informe de cuantificación del pasivo.

Ahora bien, este vencimiento anticipado no es absoluto. La Ley Concursal contempla excepciones, como puede ser la transmisión del bien hipotecado con subsistencia de la garantía y subrogación del adquirente, que habrá de contar con el beneficio del plazo (artículo 155.3 LC). La conversión en dinero no tiene otra finalidad que la realización de la masa activa para la satisfacción del pasivo. Esto es, pagar a los acreedores insatisfechos afectados por el principio de la *par conditio creditorum*, según las reglas derivadas de la clasificación de créditos (arts. 89 a 93 LC) y de los créditos contra la masa. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra por auto de 25 de mayo de 2012, donde expresa que los acreedores cobran sus créditos por el orden derivado de la clasificación de créditos, exceptuando aquellos que tengan su crédito garantizado con una garantía real, tengan derecho a exigirlo a los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, en el

caso de optarse por tal forma de realización, porque de otro modo se alteraría la *par conditio creditorum*.

Otros dos aspectos que deben señalarse son: en primer lugar, que el vencimiento de los créditos opera *ope legis*, de forma automática y ello independiente de cuál sea el origen del aplazamiento, debido a que la LC no prevé excepción alguna. Y, en segundo lugar, hay un último efecto no contemplado en el artículo 146 LC, pero que no puede obviarse por la remisión a las reglas del Título II de la LC, que será la pérdida del derecho a ejercitar acciones individuales no iniciadas antes de la declaración del concurso.

3. Otros efectos

Durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de la Ley Concursal en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo. Estos efectos son los relativos a la declaración de concurso.

III. DE LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

Centrándonos ya en las operaciones de liquidación ordinarias propiamente dichas, al margen de la venta de la unidad de negocio como opción prioritaria en los supuestos que sea posible, debemos partir del plan de liquidación, que regirá la forma de enajenación de los activos y que, una vez aprobado, podríamos decir que se convertirá en la ley de la liquidación.

1. Plazo de presentación del plan de liquidación

La administración concursal debe presentar, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 148.1 LC, el plan de liquidación en el plazo de quince días hábiles desde la apertura de la liquidación. Este es el plazo habitual, en la gran mayoría de los concursos, en los que la fase de liquidación no se abre en la resolución de declaración de concurso; no obstante, existen excepciones:

1.1. Apertura de la liquidación en la propia declaración de concurso

Cuando el acreedor conoce, en el momento de la solicitud de concurso, la imposibilidad de llegar a un acuerdo con sus acreedores que permita la viabilidad de un convenio, puede instar que la apertura de la liquidación se produzca en la misma resolución que declare el concurso de acreedores.

En estos supuestos, al no existir regulación especial, era necesario presentar el plan de liquidación en el plazo de quince días desde la declaración del concurso, momento en el que no había concluido ni siquiera el plazo para la elaboración del informe. Por ello, tras las últimas reformas, se ha superado esta deficiencia y el artículo 148 de la Ley Concursal dice expresamente que el plan se presentará bien a los quince días de la apertura de la fase de liquidación, o en el plazo fijado para la presentación del informe provisional. El legislador, con la reforma del artículo 148 LC, salva la incongruencia de tener que elaborar un plan de liquidación, que presupone el conocimiento de la concursada y sus activos, sin que hubiera vencido el plazo que concede la LC para la elaboración del informe provisional.

La actual redacción parece dejar claro que en los supuestos en los que venza antes el plazo para la presentación del plan que el del informe provisional, el plan de liquidación debe presentarse conjuntamente con el informe y no antes.

Sin embargo, persiste un problema similar, en caso de apertura por incumplimiento de convenio, en el que la administración concursal debe hacer un informe sin conocer la masa activa y pasiva resultante tras el período de vigencia del convenio. Por eso hay resoluciones que ya han incluido la posibilidad de que este plazo de quince días no se abra hasta la presentación de la lista actualizada.

1.2. Solicitud de concurso con plan de liquidación

Se contempla la posibilidad de que el deudor incluya no sólo la solicitud de liquidación en la demanda de concurso, sino también un plan de liquidación. En tal caso, el concurso se tramitará siempre por el procedimiento abreviado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190.3 de la Ley Concursal. En estos supuestos, en los que no es la administración concursal la que formula el plan, sino el propio deudor, se le concede a la misma un plazo de diez días para la valoración del plan, el análisis de los contratos que fuera necesario resolver y la elaboración de un inventario de la masa activa.

Se ha criticado la brevedad de los plazos en los que debe valorarse un plan de liquidación, sin conocer la compañía ni sus activos, y más en los casos en los que se incluyan unidades de negocio que requieren un mayor estudio. No obstante, esta vía pretende primar la celeridad en una situación en la que el propio deudor conoce de antemano la falta de viabilidad y donde seguramente la rapidez en la liquidación sea la mejor opción para maximizar el recobro y la única para mantener la actividad.

En estos casos, más allá de la tramitación, siempre como concurso abreviado, son de aplicación las mismas normas que para los planes elaborados por la administración concursal, incluidas las relativas a las ventas de unidades de negocio.

2. Contenido

La Ley Concursal, en el artículo 148, deja gran libertad a la administración concursal para la elaboración del plan de liquidación, con escasas normas imperativas al respecto y limitándose a señalar reglas subsidiarias para lo no comprendido en el plan. Sí se impone la obligación de intentar, en los casos en los que fuera posible, la venta unitaria del negocio. No se trata de una norma imperativa, pues en ocasiones, aun existiendo una unidad de negocio, no es factible la venta o no es viable la actividad ni siquiera para una venta de estas características.

Para la valoración de estos extremos es importante la información que se haya acompañado al informe provisional. El artículo 75 de la Ley Concursal, en esta misma línea de buscar la continuidad de la actividad, exige que se acompañe al informe provisional una *«valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación»*. Es indubitado que el valor de un negocio en actividad es muy superior al que tendría la liquidación de los activos individualmente con la actividad ya cesada, y por eso se prioriza la transmisión como un todo de la actividad. Por su importancia, analizaremos en profundidad la venta de las unidades de negocio más adelante.

El plan de liquidación, por su parte, además del inventario de la masa activa, deberá contener las normas que permitan la enajenación de todos los activos, de forma concreta y detallada, planteando distintas alternativas y fases, así como la estimación del tiempo y coste que supondrá llevar a cabo la liquidación.

El plan debe prever distintos procedimientos de liquidación atendiendo a la distinta naturaleza de los activos. Es habitual que se establezcan fases sucesivas, con progresiva reducción de los umbrales de precio, para evitar que quede bloqueado algún activo por la imposibilidad de que el mercado llegue al precio estimado inicialmente en el plan de liquidación aprobado por el juez. Especial trascendencia tiene el detalle en la descripción de los activos, cuando se trata de la venta de una unidad de negocio que incorpora, ya no sólo activos, sino trabajadores, clientela, contratos, compromisos y toda una serie de elementos que en una venta por lotes no serían susceptibles de transmisión.

¿Debe el plan señalar fechas y plazos concretos? La Audiencia Provincial de Madrid ha considerado que la no inclusión de ese calendario no es un defecto invalidante del plan (AAP de Madrid de 29 de junio de 2006 AC 2006\1885). Pero pongamos que estamos ante un supuesto típico de establecer tres meses de venta directa y después subasta. ¿Qué sucedería si, por ejemplo, sale una oferta para venta directa a los cuatro meses?, ¿se podría autorizar esa venta o sólo se puede vender ya por subasta? Debemos entender que, en aras de la maximización del recobro y entendiendo que la venta por el medio establecido como prioritario

supondrá un importe más alto, debería ser admitida esta enajenación, al no estar ante unos plazos procesales tasados y sólo ante unos orientativamente.

Además de la venta de las unidades de negocio, que ya hemos visto anteriormente y que debe establecerse como forma prioritaria en los casos en los que sea posible, existen otras cuestiones que podrían incorporarse al plan de liquidación a las que aludimos a continuación y que por su especialidad merecen que nos detengamos, aunque sea brevemente, en ellas.

2.1. Afección a la plantilla

El plan de liquidación deberá respetar en todo caso los formalismos previstos para la extinción de puestos de trabajo. De manera que la inclusión en el plan de actuaciones que conlleven modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe realizarse de lo recogido en el artículo 64 de la Ley Concursal, con la necesaria convocatoria de los trabajadores a un período de consultas, la fundamentación de la medida y el trámite previo ante la autoridad laboral.

La situación de liquidación abre en la mayoría de los casos, si no se ha hecho ya, y salvo que se plantee la venta de unidad de negocio, la necesidad de adecuar la plantilla a la nueva situación que concluirá en la extinción y disolución de la sociedad y, por tanto, en la extinción de todos los puestos de trabajo. Si no se hubiera realizado con carácter previo será necesario plantear un expediente de regulación de empleo que, normalmente, será de extinción total y progresiva, adecuándose a la finalización de las labores de liquidación que afecten a los trabajadores que queden en plantilla.

Esto hará que necesariamente se prolongue la aprobación del plan por el período de consultas y el traslado a la autoridad laboral, por lo que sería aconsejable el planteamiento de forma separada para evitar que los plazos del expediente de regulación de empleo impidan la aprobación del plan y el comienzo de la liquidación.

2.2. Cesión de derechos

El artículo 148.5 LC permite la posible inclusión de la cesión de bienes en pago o para pago de créditos, salvo que se trate de créditos de derecho público, que no pueden ser objeto de esta forma de pago y sin perjuicio de la regulación concreta de los créditos con privilegio especial que veremos más adelante.

¿Qué sucede si el plan de liquidación ha previsto la venta y se realiza una dación en pago? Es decir, ¿es posible celebrar una dación en pago no prevista en

el plan de liquidación? La Dirección General de los Registros y Notariado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en Resolución de 28 de junio de 2016, entendiendo que: *«La pretensión de considerar un sistema de liquidación no previsto en el plan de liquidación aprobado judicialmente «está necesariamente condenada al fracaso».*

Si el plan de liquidación ha previsto la realización de los bienes del concursado, por ejemplo, como este caso concreto, mediante la venta directa y con ciertas condiciones, en modo alguno puede considerarse implícita en tal previsión una autorización para otorgar una dación en pago. El sistema adoptado por el legislador en la Ley Concursal muestra una voluntad clara de evitar discrecionalidad en el modo de realización del valor de los elementos de la masa activa. En esta materia no cabe aplicación analógica alguna, ni argumentar una insuficiencia del plan de liquidación que, de producirse, debe colmarse con la aplicación supletoria de las reglas legalmente previstas (art. 149.1 Ley Concursal).

3. Publicidad

Este plan de liquidación elaborado por la administración concursal debe recibir la máxima publicidad posible, pues se convertirá, como vimos, prácticamente en la ley de la liquidación, y por tanto deben los acreedores, como máximos interesados, poder tener conocimiento del mismo para, en su caso, formular alegaciones si entendieran que las fórmulas propuestas no son las idóneas para la realización de los activos. El plan se comunicará a los personados en el procedimiento, se publicará en la Oficina Judicial, así como a través de los medios que se consideren necesarios. Es habitual que sea remitido por la administración concursal a todos los acreedores a través de correo electrónico y publicado en sus páginas *web* cuando las tuvieran.

Proveído el plan, se concede un plazo de diez días a los acreedores, a la plantilla de trabajadores o a cualquier persona que alegue interés legítimo para formular las alegaciones que tenga por conveniente respecto a la forma de enajenación propuesta por la administración concursal.

4. Aprobación del plan

Con las observaciones presentadas, sobre las que la administración concursal no tiene trámite de audiencia, resuelve el juez mediante auto fundamentando la modificación o no del plan según las alegaciones recibidas, así como modificando lo que considere en interés al concurso, o cuando el contenido propuesto sea contrario a la Ley. Es a partir de la firmeza del auto de aprobación del plan de liquidación cuando podrá comenzarse la liquidación de los activos, siendo las ventas anteriores a este momento excepcionales.

Una vez aprobado el plan de liquidación, además de por los cauces procesales pertinentes, se impone la obligación de su publicación en el Registro Público Concursal, junto con toda la información que pueda resultar de interés para facilitar la difusión y venta de los activos.

Los problemas aparecen cuando el auto de aprobación es impugnado y no alcanza firmeza. Esta situación paraliza la liquidación, pues no podrán formalizarse operaciones de venta en la forma dispuesta por el plan hasta que el recurso sea resuelto, lo que es **lógico** respecto de los activos cuya forma de enajenación ha sido impugnada. Sin embargo, carece de sentido que la impugnación paralice la venta no sólo de los bienes afectos por las cuestiones o medio de enajenación impugnados, sino la de toda la masa activa de la concursada. Esta situación se ha planteado de forma evidente en el concurso de Banco de Madrid, S. A., con el recurso de apelación planteado frente al auto de aprobación del plan de liquidación, que impugna el hecho de que no contemple la posibilidad de hacer pagos inmediatos. Esta impugnación en nada afecta a la forma de enajenar activos y, sin embargo, al no permitir la firmeza del auto, no es posible que se pueda proceder a la transmisión plena o no condicionada de los activos.

Por último, señalar que el juez, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar en el auto de aprobación la consignación de hasta un quince por ciento de lo que se obtenga en cada una de las enajenaciones de los bienes y derechos, para hacer frente al pago de los créditos pendientes de pronunciamientos judiciales. Se trata de una fórmula que permite el pago a los acreedores ya reconocidos sin tener que esperar a que se resuelvan los procedimientos judiciales que afectarían al pasivo y cuya resolución es más que probable que se prolongara demasiado en el tiempo. De la misma manera que se consigue no demorar la conclusión del concurso al garantizar el hipotético derecho de cobro de los créditos contingentes.

5. Transmisión de la unidad de negocio

Como venimos señalando, a pesar de que la mayoría de concursos de acreedores concluyen en liquidación, se ha buscado la vía para el mantenimiento, en la medida de lo posible, de la actividad y de la plantilla. Para lograr la efectividad de esta medida, la regulación de la transmisión de la unidad productiva contenida en el artículo 146 bis LC ha sido objeto de modificación por la Ley 9/2015.

La transmisión de las unidades de negocio de las empresas como un todo permite aunar todos estos intereses. Es difícil dar una definición única de unidad de negocio o unidad productiva, pero en palabras de la propia Ley Concursal, en su artículo 100.2, puede decirse que es el *«conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional»*.

Esta venta puede producirse en fase común a través de la autorización judicial que establece el artículo 43.2 LC, o mediante un convenio que prevea esta circunstancia (artículo 100.2 LC). No obstante, la forma más habitual, y a la que ha prestado mayor atención el legislador, es la venta en fase de liquidación, y en esta sede es donde se ha introducido la regulación de la venta de la unidad de negocio, concretamente en el artículo 146 bis, introducido por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en Materia Concursal.

Alrededor de estas ventas se han planteado determinadas cuestiones que analizamos a continuación.

5.1. *¿Cuándo y quién define la unidad de negocio?*

Sin perjuicio de que, en el informe provisional, la administración concursal deba analizar la posible existencia de unidades de negocio, así como realizar una valoración estática y dinámica del activo, es la administración concursal o el propio deudor, en los supuestos del artículo 190.2 LC, los que en el plan de liquidación deben configurar los elementos que integran la unidad productiva.

Será, por tanto, el plan de liquidación el que defina el perímetro de la unidad de negocio, que se pretende transmitir como un todo. No obstante, nada impide que, en el marco de las negociaciones para la venta, las partes acuerden la no subrogación en algún contrato o licencia.

Por último, no podemos dejar de comentar que, en ocasiones, en una misma concursada existen diferentes ramas o líneas de actividad que constituyen unidades de negocio independientes, siendo posible que algunas de ellas constituyan unidades susceptibles de transmisión a través de esta vía del artículo 146 bis, mientras que otras no presenten la viabilidad suficiente y deban ser liquidadas a través de la venta de los activos individualmente.

5.2. *¿Qué efectos produce?*

Con carácter general, para definir la unidad de negocio, nos podemos remitir al Estatuto de los Trabajadores, que incluye dentro de la unidad el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Es decir, incluirá no sólo los activos materiales, sino que es mucho más amplia, incorporando también contratos, licencias, marcas, plantilla o *know-how*.

El adquirente obtiene todos los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, subrogándose, sin necesidad de consentimiento de la contraparte, así como las licencias y autorizaciones administrativas necesarias para la continuidad de la actividad.

5.3. *¿Asume el comprador las deudas anteriores a la adquisición?*

Esta es una de las principales ventajas que ofrecen estas operaciones, y es que el adquirente no se hace cargo de las deudas anteriores a la formalización de la compra, salvo que se pactara lo contrario.

No obstante, esta exclusión no es de aplicación cuando la adquisición se produzca por parte de las personas especialmente relacionadas con el concursado, enumeradas en el artículo 93 de la Ley Concursal. Se pretende evitar que los antiguos gestores acudan al concurso únicamente con la finalidad de readquirir su negocio a bajo coste y limpio de cargas.

5.4. *¿Qué ocurre con las deudas de Seguridad Social de los contratos laborales transmitidos con la unidad de negocio?*

La venta de las unidades de negocio, como veremos, excluye los efectos de sucesión de empresa, salvo a efectos laborales y de Seguridad Social. Esta nueva redacción del artículo 149 LC viene a solucionar la reiterada duda de si el adquirente asumía sólo las deudas salariales de los trabajadores subrogados o también las de Seguridad Social asociadas a esos contratos. El tenor literal actual no deja dudas de que el adquirente debe responder por los dos conceptos. Tan sólo se contempla la posibilidad de que el juez acuerde la no subrogación en los salarios o indemnización que sean asumidos por el Fondo de Garantía Salarial, no estableciéndose previsión alguna respecto a la deuda de Seguridad Social.

Con todo ello, el legislador ha fortalecido la posición de la Tesorería General de la Seguridad Social. No han faltado las críticas hacia esta reforma, que rompe la línea de favorecer y facilitar la venta de las unidades de negocio como vía para la salvaguarda de la actividad, los puestos de trabajo y máximo recobro de los trabajadores.

5.5. *¿Está sujeta al IVA?*

Los elementos patrimoniales transmitidos en estas ventas son activos necesarios para el desarrollo del negocio correspondiente, constituyendo ***una unidad económica autónoma***.

Según el artículo 7.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, no estará sujeta al impuesto la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporeales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos. Por tanto, mientras se acredite por el adquirente la intención de mantener dicha afectación al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, la operación no estará sujeta al IVA.

5.6. *¿Existen normas supletorias específicas?*

Sí, el artículo 149 LC dedica un apartado especial para el caso de que el plan de liquidación no hubiera previsto determinados aspectos del proceso de venta de una unidad de negocio. Así, regula:

— El plazo de presentación de ofertas para la subasta, que es la vía subsidiaria establecida.

— Datos que debe aportar la oferta que se presente: oferente, descripción de los bienes por los que se oferta, precio, forma de pago, afección de la plantilla.

Por último, se incluye entre las normas supletorias la afirmación de que, en los casos de transmisión de una unidad de negocio, se considerara, salvo que el juez en la propia resolución por la que autorice la venta module los efectos, que hay sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social. Con esta redacción se superan, por un lado, las dudas respecto a la asimilación de las deudas laborales y de Seguridad Social, y por otro parece señalar, que si nada se dijera en contrario, existirá siempre en este tipo de compraventas efectos de sucesión de empresas en materia laboral y de Seguridad Social.

6. Reglas supletorias de liquidación

La liquidación, como hemos visto, se rige por plan de liquidación presentado, normalmente por la administración concursal, con las modificaciones que, en su caso, pueda establecer el juez en el auto de aprobación, ya sean de oficio o a instancia de acreedores concursales a través de las alegaciones que pueden formular.

No obstante, la diversidad de activos, las diferentes situaciones en las que se encuentran y la evolución del mercado hacen necesario la previsión de unas normas subsidiarias de aplicación en los siguientes casos: que el plan de liquidación no sea

aprobado por el juez; que no se presente plan de liquidación; que se haya omitido algún activo en el plan; o que el propio plan se remita a estas reglas supletorias.

Para estos casos, se establece una normativa general de remisión en el artículo 149 de la Ley Concursal, que pasamos a sintetizar.

6.1. Venta a través del procedimiento de apremio

Para estos supuestos, en los que el plan no contemple la forma de enajenación, y sin perjuicio de lo dispuesto respecto a unidades de negocio, se fija la enajenación a través del procedimiento de apremio de los artículos 634 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En síntesis, para no extendernos mucho, ya que se trata de un procedimiento poco habitual en sede concursal:

— Metálico y bienes fácilmente realizables. Se integran en la masa.

— Acciones y participaciones sociales. Si estuvieran admitidas a cotización, se venderán según la normativa del mercado correspondiente. Si no lo estuvieran, la venta será notarial.

— Resto de activos. En concurso parece de difícil aplicación la venta por convenio entre deudor y acreedores, por lo que lo habitual será la enajenación por entidad especializada o, en su defecto, en subasta.

6.2. Venta de unidades de negocio

Se establece el mecanismo de la subasta, y la preceptiva audiencia de los trabajadores antes de autorizar cualquier venta de este tipo. Se permite, no obstante, que el juez, atendiendo a cada caso concreto, y previa valoración de lo expuesto por la administración concursal en su informe provisional, donde como decíamos ya debe identificar las unidades de negocio, acuerde la venta directa o a través de entidad especializada, así como cuando la subasta resulte desierta.

Se concede al juez la potestad de adjudicar la unidad de negocio a una oferta que, no siendo la más alta, no difiera más de un 15% respecto a la mejor, pero que garantice en mayor medida el mantenimiento de la actividad y de la plantilla.

6.3. Bienes con privilegio especial

Cuestión más controvertida es la de los bienes afectos a privilegio especial, para los que el plan de liquidación debe respetar lo dispuesto en el artículo 155 LC.

Además, el propio artículo 149 de la Ley Concursal contiene una serie de normas para los casos de que estos bienes fueran parte de una unidad productiva, disponiendo las siguientes reglas, dependiendo de si el plan de liquidación ha optado por la venta con subsistencia o no de la garantía:

- a) Transmisión con extinción de la garantía: corresponde al acreedor privilegiado la parte del precio obtenido correspondiente con el valor de la garantía otorgada.

Si el precio de la transmisión no alcanzase a la garantía, será necesario que presten su consentimiento a la operación los acreedores con privilegio especial que representen al menos el 75 por 100 del pasivo con privilegio especial afectado por la venta.

- b) Transmisión con subsistencia de la garantía: el adquirente se subroga en la obligación del deudor, sin que sea preceptivo el consentimiento del acreedor privilegiado, con excepción de los créditos tributarios y de Seguridad Social en los que no se produce la subrogación del adquirente, aunque subsista la garantía.

6.4. Cancelación de cargas concursales

La aprobación por parte del juez de la venta de cualquiera de los activos, sea de la forma que sea, deberá incluir la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso en favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial y se hayan transmitido con subsistencia de la carga.

GONZÁLEZ BILBAO⁴ aporta un poco de luz a la controversia surgida en este punto, que no ha estado exento de problemas en la práctica (como se pone de manifiesto en las diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han tenido que dictarse sobre este asunto), por entender que, tras la promulgación de la Ley 9/2015, podría haber quedado resuelta, se exige la necesidad de consentimiento. Aunque no han faltado autores que han planteado otras líneas interpretativas sobre esta cuestión, y a pesar de que la redacción de la Ley Concursal deja abierta estas dudas, parece que la intención del legislador es fortalecer la posición de los acreedores con privilegio especial haciendo necesario su conformidad.

Prescindiendo de los antecedentes legislativos que sembraron la controversia, los cuales no son tan lejanos, pues derivan del RD-Ley 11/2014, hay que

⁴ GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «¿Es realmente necesario el consentimiento del acreedor privilegiado en la venta unitaria directa o subasta con cancelación de cargas, conforme a la nueva Ley Concursal?», 28 de mayo de 2015, blog www.administradoresconcursales.org.

centrarse en la nueva Ley 9/2015, donde la cuestión parece complicarse como pone de manifiesto GONZÁLEZ BILBAO: *«Por un lado, el nuevo artículo 149 determina en su apartado primero el carácter supletorio de dichas reglas. Sin embargo, a continuación, el apartado segundo recoge la misma redacción que el 149.1, regla tercera, introducido por el RD-Ley 11/2014. Si bien precisa que las reglas para la transmisión de bienes que estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto se aplicarán, en «todo caso»».*

Por tanto, de lo anteriormente expuesto, la cuestión parece solventarse considerando que es necesaria la conformidad de los acreedores privilegiados en caso de que el precio no alcance el valor de la garantía, siempre en el caso de transmisiones unitarias.

7. Bienes y derechos litigiosos

Los bienes o derechos, sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida cuestión litigiosa (art. 150 LC) podrán enajenarse con tal carácter, quedando el adquirente a las resultas del litigio. La administración concursal comunicará la enajenación al Juzgado o tribunal que esté conociendo del litigio. Esta comunicación producirá, de pleno derecho, la sucesión procesal, sin que pueda oponerse la contraparte y aunque el adquirente no se persone.

Resulta difícil la valoración de estos activos, pues es complicado cuantificar las expectativas de resolución de los litigios que afectan a los activos. En la práctica, la transmisión de un bien en estas condiciones supondría una depreciación muy considerable. En este sentido, para la valoración de la masa pasiva, se establece el criterio de la fijación del crédito como contingente sin cuantía, precisamente por la aleatoriedad de la valoración de los mismos. Por eso, en estos casos habrá que estar al criterio y valoración de la administración concursal en cada caso concreto, sin poder generalizar.

8. Prohibiciones

Se ha otorgado a la administración concursal, como hemos visto, una gran libertad en la elección de la forma de enajenación de los activos, incorporando tan sólo una serie de normas supletorias para los supuestos no comprendidos en el plan. No obstante, se ha querido evitar que la administración concursal se aproveche de las amplias facultades conferidas y se realicen adjudicaciones fraudulentas o por debajo del precio de mercado.

Para ello se regulan una serie de prohibiciones en el artículo 151 LC. Así, se prohíbe, sin excepciones, que los administradores concursales adquieran directa o indirectamente activos del concurso, incluso en subasta, a pesar de que con la subasta judicial electrónica concurren todas las partes en igualdad de condiciones e información.

No menciona el artículo la figura del auxiliar delegado de la administración concursal, en los concursos en los que se hubiera designado. Sin embargo, el propio artículo 31 LC, que regula esta figura, la somete al mismo régimen de responsabilidades y prohibiciones que a la administración concursal, por lo que deben entenderse comprendidos en esta prohibición de adquirir.

En caso de infracción de esta prohibición de adquirir, el juez resolverá mediante auto, que se publicará en el Registro Público Concursal, la inhabilitación para el ejercicio del cargo, así como la restitución del activo adquirido y la pérdida de los derechos contra el concurso si los tuviera.

9. Informes de liquidación

9.1. Informes trimestrales de liquidación

Durante la fase de liquidación, la administración concursal debe mantener informado tanto al Juzgado como a los acreedores sobre el estado de las operaciones de liquidación anunciadas en el plan. Para ello, el artículo 152 LC establece la obligación de presentación de un informe detallado.

Este informe debe detallar el estado de las operaciones de liquidación, con especial atención en el grado de cumplimiento del plan de liquidación, la estimación del tiempo que se prolongará la liquidación, así como una relación detallada de los cobros y pagos del período, junto con un listado de los créditos contra la masa pendientes, si los hubiera. También podrá contener otra información como la situación de los activos litigiosos e incluso sustituir al escrito de comunicación de modificación de los textos definitivos, en los supuestos que permite el artículo 97 bis de la Ley Concursal.

A este informe, que debe emitirse cada tres meses desde la apertura de la fase de liquidación, se le ha pretendido otorgar la máxima publicidad posible, por lo que, además de notificación a los personados en el procedimiento, se pone de manifiesto en la oficina judicial y debe ser remitido por correo electrónico a todos los acreedores que hayan comunicado su dirección en el seno del concurso.

El control de la administración concursal y de su diligencia en la gestión de estas actuaciones está sometido a la supervisión del juez del concurso, que podrá

exigir las responsabilidades que correspondan por el incumplimiento de esta obligación, así como decretar la separación del cargo con las consecuencias derivadas de la misma.

Alrededor de estos informes trimestrales surgen una serie de dudas:

i. ¿Pueden sustituir a las cuentas anuales estos informes trimestrales?

Una vez abierta la liquidación de la persona jurídica, el artículo 147 LC realiza una remisión a las reglas generales sobre los efectos de la declaración de concurso, que a efectos contables se hayan contenidos en el artículo 47 LC, mientras no se opongan a las reglas específicas establecidas para la liquidación. El artículo 152 LC impone a la administración concursal una serie de obligaciones, expuestas en los párrafos anteriores, que podemos resumir en la presentación de los informes trimestrales de liquidación y la presentación del balance final de liquidación. Como señala GARCÍA VILLARRUBIA⁵, las previsiones del artículo 46 LC sobre formulación, auditoría, aprobación y depósito de las cuentas anuales son diferentes de las establecidas en el artículo 152 LC y compatibles con éstas. Y considera que los administradores concursales estarán obligados a cumplir tanto lo dispuesto en el artículo 46 LC como lo dispuesto en el artículo 152 LC.

Plantea este autor la relevancia de esta cuestión, porque junto a aquellos autores que sostienen la necesaria formulación, auditoría y depósito de las cuentas anuales, existen otros autores que han venido afirmando que, una vez abierta la liquidación, decae la obligación de formular, auditar y aprobar cuentas anuales. El principal argumento esgrimido por estos autores es que el deber de información al que se encuentra sujeta la sociedad en la liquidación debe ser el de reflejar la relación ordenada de los activos y pasivos de la sociedad y de las operaciones tendentes a su liquidación. Por tanto, como expone GARCÍA VILLARRUBIA, para este autor, «(...) la obligación de presentar cuentas anuales se entiende sustituida por los informes trimestrales y por la aprobación del balance final que son propios de la fase de liquidación de la sociedad»⁶.

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, con la finalidad de aportar luz a esta cuestión, publicó la Resolución de 18 de octubre de 2013 sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, que se decanta por confirmar la obligación de presentar cuentas anuales en el período de liquidación. Según la norma

⁵ GARCÍA VILLARRUBIA, Manuel: «Los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora», *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, núm. 27, 2015.

⁶ Así lo entendía, por ejemplo, LARA GONZÁLEZ, R.: «El deber de la sociedad concursada de auditar cuentas anuales en fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pp. 347 y ss., comentario emitido a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra de 10 de noviembre de 2008, que también mantenía esa posición.

cuarta de la citada Resolución, *«las cuentas anuales deberán ser formuladas por el empresario, los administradores o las personas sobre las que recaiga dicha obligación de acuerdo con la legislación mercantil. Del mismo modo, las cuentas anuales deberán ser en su caso auditadas, aprobadas por la Junta general y depositadas en el Registro Mercantil de acuerdo con las normas generales. En cuanto a la supervisión o intervención de cuentas por los administradores concursales o por los interventores también se estará a lo previsto en la legislación mercantil»*. Este criterio viene a ser confirmado por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 2013 y reiterado en otras con posterioridad donde la misma Dirección General confirma que es necesario formular y auditar las cuentas anuales. En este sentido, la Resolución de 6 de julio de 2016.

ii. *¿Es necesario presentar el informe de liquidación si no ha sido aprobado el plan de liquidación?*

Con la apertura de la fase de liquidación comienza el plazo de quince días para la elaboración del plan. El trámite de alegaciones y el posterior auto de aprobación del plan, junto con el plazo para su firmeza, es habitual que se prolongue más allá de los tres meses fijados para la emisión del primer informe trimestral de liquidación. En estos supuestos, en los que no ha sido posible, por regla general, realizar ninguna operación al no gozar de consentimiento pertinente, es discutible la necesidad de comunicar al Juzgado que no se ha realizado operación alguna.

iii. *¿Es impugnable el informe trimestral de liquidación?*

Este informe, además de las operaciones de liquidación, debe incluir un listado de créditos contra la masa. No contiene la Ley Concursal previsión al respecto, por lo que se ha planteado el debate de su impugnabilidad, ya que si bien es cierto que puede defenderse que deberían impugnarse los actos de liquidación en sí mismos y no el informe que los contiene, el silencio legal deja la puerta abierta. Y esta parece la opinión más acertada, pues lo no prohibido debe estar permitido. Y en este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Álava en sentencia de 22 de enero de 2015:

«Pero fuera de la previsión expresa de oposición a la conclusión del concurso o a la rendición final de cuentas, no hay disposición en el art. 152 que contenga la posibilidad de impugnar vía incidental el informe trimestral a que alude su apartado 1. Tal falta de previsión no significa, sin embargo, prohibición o imposibilidad de que se discuta. La razón es que las normas procesales generales que contiene la LC contribuyen a la convicción opuesta, en tanto que el art. 192.1 LC dispone que “todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal”.»

«Lo que prohíbe el art. 192.3 LC son los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad. Pero no estamos ante un acto de esa naturaleza, sino ante la aparente pretensión del Fogasa (luego se analizará más detenidamente lo que solicita) de que se incluyan en un informe trimestral créditos contra la masa que entiende que debieran estar indicados en tanto que están vencidos y pendientes de pago.

Ese conjunto legal permite concluir que cualquier actuación en el concurso que no sea un acto de administración o que no haya sido expresamente excluida puede verse afectada por la interposición de un incidente concursal que, como en el caso que nos ocupa, también cabe contra el informe trimestral a que alude el art. 152.1 LC.»

9.2. Rendición de cuentas

A la finalización de la liquidación, la administración concursal deberá presentar un último informe, una memoria con la relación de las operaciones realizadas no sólo en la liquidación, sino en todas las fases del concurso, con justificación del uso de las facultades de intervención y suspensión conferidas, relación de los pagos y cobros, así como, por supuesto, de las actuaciones de liquidación llevadas a cabo.

No es un informe exclusivo de la liquidación, ya que es preceptivo también en los supuestos de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio o en los de revocación del auto de declaración del concurso. De hecho, su regulación no la encontramos en sede de liquidación, sino que debemos acudir al artículo 181 LC.

La rendición de cuentas incluirá, en todo caso, la solicitud de conclusión del concurso. Si existiera oposición a las cuentas o a la solicitud de conclusión, estando legitimados los acreedores y la concursada para ello, se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La no aprobación de las cuentas, con independencia de las acciones de responsabilidad que se pudieran interponer contra los administradores concursales por los trámites pertinentes, conlleva en todo caso una resolución judicial por la que se inhabilitará a la administración concursal para el ejercicio del cargo por plazo que determine el juez en cada caso, valorando las circunstancias.

En esta materia, destaca PONS ALBENTOSA⁷ la relevancia de la sentencia de la AP de Álava (sección 1.ª) de 9 de enero de 2013. Ésta supuso una novedad

⁷ PONS ALBENTOSA, Leopoldo: «La alteración del orden de pago y la rendición de cuentas de la administración concursal antes y después de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal. Un recorrido jurisprudencial a la misma», 1 de mayo de 2013, www.elderecho.com.

jurisprudencial, pues por primera vez se inhabilita al administrador concursal por la no aprobación de la rendición de cuentas por una alteración del orden de pagos. El citado autor, en consonancia con la doctrina expuesta anteriormente, pone de manifiesto que la inhabilitación del administrador concursal, en el grado de la mínima que señala el artículo 181.4 LC, trae su fundamento en una causa suficiente como es la alteración del orden de pago realizado en beneficio de la administración concursal, dejando de atender créditos que notoriamente eran anteriores a los abonados y, lo que es más importante, sin exponer razón alguna para justificar tal modificación en el orden de pagos. En términos literales dispone la sentencia:

«El art. 181.4 dispone la inhabilitación de los administradores concursales durante el plazo que tal norma dispone de 6 meses a 2 años, para ejercer como tales en otros concursos. La doctrina de Jugados (JM n.º 3 de Barcelona de 23 de mayo de 2007, Inc. Conc. 189/2007) y Audiencias Provinciales (SAP Valencia sección 9.ª de 21 de enero de 2009, ROJV 499/2009 —EDJ 2009/54629— o 28 noviembre de 2011 —EDJ 2011/344816—, SAP Bizkaia Secc. 4.ª, de 23 de julio de 2010, AC 2012/1644 —EDJ 2010/256752— o SAP Zaragoza, Secc 5.ª, de 13 de febrero de 2012), consideran que tal sanción es desproporcionada, cuando la cuestión es jurídicamente discutible.

Pero nos encontramos en una situación en que la alteración de orden de pagos dispuesta legalmente se hace en beneficio de la Administración Concursal, dejando de atender créditos que notoriamente eran anteriores a los abonados, sin exponer razón alguna para justificar tal modificación, pues si se operaba en interés del concurso al realizar la alteración del orden dispuesto en el art. 154 LC —EDL 2003/29207— hasta su reforma en octubre de 2011, alguna razón debió darse sin que conste al rendir cuentas ni durante las incidencias de oposición.

Ello determina la imposición de la inhabilitación para ser designado administrador concursal durante 6 meses, que es la mínima que señala el art. 181.4.»

Finalmente, señala PONS ALBENTOSA⁸ que: *«de esa lectura altamente recomendable se infiere que de ninguna forma procedería la inhabilitación automática y que en cualquier caso siempre nos moveremos en el período correspondiente anterior a la reforma de la Ley 38/2011».*

El último paso en la rendición de cuentas se refiere a la aprobación, que en el momento en que se produzca, motivará el auto de conclusión del concurso, y en el caso de que se hubiera producido sin oposición, no será susceptible de recurso de apelación.

⁸ PONS ALBENTOSA, Leopoldo: *op. cit.*

10. Plazos para llevar a cabo la liquidación

Las operaciones liquidatorias son de muy distinta naturaleza y no es posible establecer la duración apriorística de esta fase, que dependerá mucho del tipo de activos y sus características. La ley considera como razonable y marca como plazo genérico el de un año, pero lo hace de forma indirecta, al señalar que a partir de este momento cualquier interesado puede solicitar el cese de la administración concursal. Más breve es aún el plazo para los concursos abreviados para los que se marca, en el artículo 191.6 de la Ley Concursal, el de tres meses, prorrogables por un mes más.

En caso de acordarse la separación por esta causa, la administración concursal perderá el derecho a percibir nuevas retribuciones, así como vendrá obligada a devolver lo percibido durante la fase de liquidación.

Este plazo de un año, no obstante, parece excesivamente corto en la mayoría de los concursos. Es loable el intento de no prolongar innecesariamente las fases de liquidación, ya que, por regla general, los acreedores no obtendrán recobro alguno hasta su conclusión, pero no podemos priorizar la velocidad frente a la maximización del recobro.

Esta apuesta por la agilidad en la liquidación tiene una nueva manifestación, esta vez en relación a la limitación de honorarios de la administración concursal. Como novedad, en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social, en su Disposición Transitoria Tercera se establece una limitación temporal aplicable desde el pasado 30 de julio de 2015 en cuanto a las retribuciones en la fase de liquidación, estableciendo la norma que hasta la aprobación del proyecto de Estatuto de la administración concursal se aplicará una limitación máxima en la remuneración de la administración concursal de doce meses, a partir de la cual no se puede devengar retribución alguna por la misma, aunque con la posibilidad de solicitar prórrogas trimestrales que se concederán por parte del juez, sin que puedan superar en total los seis meses y atendiendo siempre a las circunstancias del caso.

No obstante, sin perjuicio de que en una mayoría de concursos sea posible la finalización de la liquidación en un plazo de doce o dieciocho meses, parece demasiado estricta esta previsión, que puede desincentivar la adopción de medidas que se prolongarían en el tiempo suponiendo trabajo no remunerado para la administración concursal, a pesar de que implicarían un mayor recobro.

Pensemos, sin ir más lejos, en la venta de las unidades de negocio. La apertura de un proceso competitivo en el que los interesados puedan tomar conocimiento de la compañía a través de una *due diligence* que permita poner en valor la

unidad de negocio, junto con los posteriores trámites para la realización de ofertas y su definitiva formalización, llevará en la práctica totalidad de los casos más de un año. Porque, además, no olvidemos que el proceso no podrá comenzar hasta la aprobación y firmeza del plan de liquidación, que únicamente por los plazos procesales es habitual que no se produzca hasta varios meses más tarde de la apertura de la liquidación. Si la intención es intentar buscar la venta sin, o al menos con la menor, depreciación posible que conlleva cualquier venta en un proceso de liquidación, deberían flexibilizarse más los plazos cuando esté suficientemente justificado. Por no mencionar el comentado supuesto de la impugnación del auto de apertura de liquidación o de aprobación del plan, en cuyo caso será inviable la conclusión, pues no podrán iniciarse las labores de liquidación hasta la resolución de la Audiencia Provincial correspondiente, con todos los problemas que, como hemos visto, esta situación acarrea.

IV. DEL PAGO A LOS ACREEDORES

1. Pago de créditos contra la masa

Los créditos contra la masa son aquellos devengados desde la declaración del concurso, incluso en los casos de apertura de concurso, por imposibilidad de cumplir el convenio, se consideran contra la masa los generados durante la vigencia del convenio. Estos créditos tienen un carácter especial, ya que no se consideran concursales, gozan de preferencia sobre todos los demás, a excepción de los privilegiados especiales sobre los bienes que constituyan la garantía, y por eso deben pagarse con carácter previo a los créditos concursales.

Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal, según dispone el artículo 154 LC, deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer estos créditos. El orden de pago de los créditos contra la masa viene marcado por la fecha de devengo.

El abono de los créditos contra la masa se trata de una prioridad para el legislador, hasta el punto que la reforma de la Ley 38/2011 introduce un artículo 176 bis, que dispone que la administración concursal deberá pedir la conclusión del concurso tan pronto conozca la imposibilidad de pagar los créditos contra la masa devengados o por devengar. En estos casos, de la literalidad del artículo podría desprenderse que el concurso concluye con la resolución judicial que aprecia esta situación; no obstante, parece lógico, como veremos en el último epígrafe, que la liquidación deberá proseguir hasta la enajenación de los activos. Se introduce también para estos supuestos una prelación dentro de los créditos contra la masa, que no deberán de abonarse por fecha de vencimiento, sino en el siguiente orden y a prorrata dentro de cada grupo:

1. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
2. Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
3. Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
4. Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.
5. Los demás créditos contra la masa.

En estos casos del artículo 176 bis, ¿existe algún crédito que tenga carácter preferente a los créditos contra la masa? La prelación expuesta tiene una excepción, que se introduce antes de la enumeración transcrita al indicar «*salvo los necesarios para la liquidación*». No existe, sin embargo, una relación de cerrada de créditos con esta consideración, sino que queda al arbitrio de la administración concursal. Y por ello, el principal debate ha nacido en torno a la consideración de los honorarios de la administración concursal como necesarios para la liquidación o como gastos judiciales de los concursos integrados en el punto 5.º de la prelación. Aunque no es unánime, ni la doctrina ni la jurisprudencia, parece imperar el criterio de distinguir entre los que corresponden a esta fase de conclusión prematura y el resto que pudieran estar pendientes. Así, señala GONZÁLEZ NAVARRO⁹: «*La retribución de la administración concursal en un caso del artículo 176 bis 2 se devenga, exactamente como en las fases anteriores, por el trabajo desempeñado por quien administra el concurso, algo de lo que, como dicen los artículos 36 y 181, debe rendir cuentas y por lo que está sujeto a responsabilidad. No hay motivo alguno para entender que, si ello es imprescindible para que el proceso concursal exista y avance, ha dejado de serlo para practicar las diligencias de enajenación de activos y pago de los créditos contra la masa, debiendo entenderse incluidos sus honorarios en la excepción que el artículo 176 bis 2 impone al orden de pagos de los mismos. El juez del concurso podrá fijar esos honorarios en esa fase de conclusión (que no de liquidación), considerando que, aunque en rigor ya está abierta o la fase común o una fase temprana de liquidación, se trata de una liquidación sólo para créditos contra la masa y como causa específica de conclusión: la misma retribución que en la liquidación propiamente dicha, a prorata, como dice para los demás créditos contra la masa del artículo 176 bis 2... Soluciones racionales y adecuadas al caso concreto: todo antes de negar el derecho a cobrar por el servicio que se presta.*»

⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Blas A.: «Los honorarios de la administración concursal en caso de conclusión anticipada por insuficiencia de masa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013.

2. Pago de créditos con privilegio especial

A continuación, el artículo 155 LC regula el pago de los créditos con privilegio especial, que constituyen en cierta medida una excepción a la ejecución universal que supone el concurso de acreedores, puesto que su cobro viene ligado a la enajenación de los bienes y derechos concretos que garantizaban ese crédito.

Son créditos con privilegio especial: los refaccionarios, aquellos con garantía de valores anotados en cuenta, los derivados de contratos de arrendamiento financiero o compraventa con precio aplazado y especialmente los garantizados prenda, hipoteca o anticresis. Se caracterizan porque su abono viene vinculado a la realización de los activos sobre los que se ostenta la garantía, incluso con independencia de la fase concursal en la que nos encontremos, pudiendo ser abonados en fase común si los bienes o derechos afectos fueran objeto de ejecución.

No obstante, se ponen limitaciones a la ejecución singular. Así, el artículo 56 LC impide la ejecución singular de bienes necesarios para la actividad, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Y paraliza las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso hasta la apertura de la fase de liquidación.

Dentro de la singularidad de estos créditos, la Ley Concursal permite que el pago se produzca en fase común, sin realización del activo. En este caso habrá de satisfacer de inmediato el total de la deuda asociada vencida y comprometer el pago del resto con cargo a la masa, quedando para el titular del crédito la opción de instar la ejecución en caso de impago de estas cuotas pendientes.

La cuestión más discutida es la enajenación de los activos sujetos al privilegio especial y, en concreto, el carácter imperativo o no de las normas del artículo 155 LC. Este precepto señala la subasta como forma de realización, salvo que el juez, autorice otra forma de venta siempre que el precio obtenido cubra el privilegio especial o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. En estos casos, el precio deberá superar el privilegio, salvo acuerdo con acreedor privilegiado y concursado, y siempre que se haga a un precio de mercado. Incluso, el apartado tercero del artículo 155 permite que el juez autorice la venta de estos activos con subsistencia de la garantía. En la enajenación de estos activos afectos al privilegio, el acreedor hace suyo el precio obtenido hasta donde alcance la deuda originaria, ingresando el resto en la masa activa del concurso.

Se ha planteado reiteradamente la cuestión de si, con el artículo 155 LC, estamos ante una norma imperativa o el plan de liquidación debe prevalecer en el caso de que haya previsto una vía diferente de enajenación. A pesar de que la contro-

versia sigue planteándose, debemos entender que ha sido resuelta por la jurisprudencia a favor de considerar la enajenación de los activos afectos a un privilegio especial según lo dispuesto en el artículo 155 LC como imperativa. Es clarificador el auto de 3 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Córdoba en su Fundamento de Derecho Sexto, que recoge la línea marcada por el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de julio de 2013 y señala:

«De lo expuesto se deduce resumidamente que, en fase de liquidación, los requisitos para que proceda la autorización de venta directa se desprenden del mencionado art. 155.4 LC y son: a) que el precio de venta sea superior al mínimo pactado; b) que el pago sea al contado; y c) que a la operación se le dé la misma publicidad que a la subasta —lo que implica la aplicación supletoria de los arts. 645 y 688 LEC—. En relación con este precepto, se planteó en la práctica judicial si en el plan de liquidación pueden obviarse tales requisitos, estableciendo otros (generalmente, más flexibles), existiendo posturas diferentes, representadas, a título de ejemplo, por el Auto de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona de 1 de febrero de 2012 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 29 de abril de 2011. Existiendo también una postura ecléctica, a la que se adscribía este tribunal, representada por el Auto de la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 5 de mayo de 2012, según la cual únicamente podría alterarse el régimen legal si no había oposición del acreedor con garantía real, pues de lo contrario habría de estarse a los estrictos términos del artículo 155.4 LC, que devenían imperativos. No obstante, dicha controversia fue finiquitada por la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 491/2013, de 23 de julio, que casó la antes citada de la Audiencia Provincial de Lugo, y que aunque resolvió sobre la aplicación del artículo 155.3 y no específicamente sobre el artículo 155.4, estableció doctrina general en la materia, al indicar que “El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el art. 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, respecto del pago de su crédito, en el art. 155 LC”. Por lo que debe analizarse lo sucedido en el supuesto que nos ocupa, a la luz de tales consideraciones.»

Por último, se nos plantea la posibilidad de que la delimitación de una unidad de negocio que vaya a ser vendida como un todo incluya bienes o derechos afectos a un privilegio especial. En estos supuestos, la práctica habitual es que la administración concursal incluya la solicitud de autorización de venta en la propia propuesta de plan de liquidación, resolviendo el juez sobre los créditos con privilegio especial al tiempo que aprueba el plan de liquidación. También cabría la posibilidad que contempla el artículo 155.3 LC de venta con subsistencia de la carga.

3. Pago de créditos con privilegio general

Una vez hayan sido abonados los créditos contra la masa y los que gocen de privilegio especial con cargo a los bienes afectos a la garantía, se procederá al pago de los créditos con privilegio general por el orden de prelación establecido en el artículo 91 LC, y a prorrata dentro de cada número (artículo 156 LC). En este caso, a diferencia de lo que sucedía con los créditos contra la masa se prescinde del criterio temporal. Los créditos con privilegio general deben abonarse por orden y a prorrata dentro de los siguiente grupos:

1. Los créditos por salarios con los límites legales y capitales, coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado.
2. Retenciones tributarias y de Seguridad Social
3. Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.
4. Los créditos tributarios y demás de Derecho público, hasta el cincuenta por ciento de su importe.
5. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual.
6. Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.
7. Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Destacar que se permite que el pago se produzca sin esperar a que concluyan las operaciones de liquidación, estando aún pendientes las impugnaciones promovidas, siempre que se adopten las medidas necesarias para el pago de los créditos contra la masa que se vayan generando.

4. Pago de créditos ordinarios

El pago de los créditos ordinarios, regulado en el artículo 157 LC, tiene lugar en el momento en el concluyan todas las operaciones de liquidación, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.

El problema práctico con el que nos encontramos habitualmente es que las liquidaciones se prolongan en el tiempo a pesar de las sucesivas reformas que han intentado acortar a un año como máximo esta fase. Sin embargo, en la práctica sucede que es imposible liquidar de manera eficiente en este plazo, ya que, especialmente en el caso de los activos inmobiliarios, la maximización del precio va en contra de las urgencias. Eso sin olvidar la habitual existencia de activos litigiosos cuyo plazo de liquidación depende de las resoluciones judiciales en los tribunales.

Por ello se habilita por parte del legislador la posibilidad, con el límite de que estos pagos a cuenta sean como mínimo del 5% del importe de los créditos, de pago anticipado de créditos ordinarios cuando se estime que está cubierto el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Los autores han valorado positivamente la concesión de esta opción. En este sentido, señala GARRIDO¹⁰: «(...) la Ley ha contemplado la existencia de situaciones en las que una administración ordenada y previsoramente del concurso pueda estar en condiciones de decidir y determinar la realización de pagos a los acreedores ordinarios con anterioridad a la finalización de los pagos a los acreedores privilegiados, de modo que concede al juez, a solicitud de la administración concursal, la facultad de autorizar la realización de pagos a los acreedores ordinarios, siempre que estime que los créditos contra la masa y los créditos privilegiados quedan suficientemente cubiertos con los bienes y derechos que queden en la masa activa tras la realización de los pagos autorizados. Obviamente, la Ley no deja en manos del juez la alteración de la graduación concursal, sino que le faculta tan sólo a permitir la realización de pagos anteriores en el tiempo a favor de los créditos ordinarios, sin alterar el orden de graduación ni los respectivos derechos de pago de los acreedores de cada clase. Se trata, pues, de una excepción temporal: los acreedores ordinarios pueden cobrar una parte de sus créditos antes de que los acreedores con privilegio general reciban una satisfacción total. Las razones por las que la Ley prevé esa posibilidad han de hallarse en la situación de algunos de los acreedores ordinarios, que pueden necesitar la obtención de un pago parcial por escasez de liquidez. Desde el punto de vista de la masa concursal, puede resultar de interés el pago de aquellos créditos ordinarios que tengan un vencimiento posterior a la fecha de liquidación, porque se resolvería con un descuento a favor de la masa (art. 159) e incluso, más en general, porque la masa activa del concurso cuente con abundante liquidez».

Se establece también la posibilidad de que el juez, en la resolución por la que autorice el pago, ordene la retención del 10% para el pago de los créditos contingentes. Como vemos, se trata de evitar que cuestiones que representan un pequeño porcentaje del pasivo bloqueen el cobro de la mayoría de los acreedores.

¹⁰ GARRIDO, José María: comentario del «artículo 157 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ROJO, A. (Coord.), Ed. Civitas, Madrid 2004, página 2.475.

5. Otros pagos

Concluiremos con el pago en situaciones especiales, debiendo destacar que se trata de los pocos aspectos que conservan su redacción original de 2003, sin que hayan sido afectados por las constantes modificaciones de la Ley Concursal.

5.1. Pago de créditos subordinados

Los créditos subordinados son los que, enumerados en el artículo 92 de la Ley Concursal, tienen alguna característica que motiva que deban ser postergados al resto, alterando la *par conditio creditorum*, ya sea por corresponder a personas especialmente relacionadas al concurso, por haber sido comunicados tardíamente, por proceder de sanciones o recargos o simplemente porque se haya pactado así entre las partes.

En estos casos, el pago no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Se establece además prelación entre los distintos epígrafes del artículo 92, de modo que el pago se realizará por el orden establecido en los apartados del referido artículo y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.

Se ha planteado la duda respecto a los créditos que debiendo calificarse como subordinados gozaran de alguna garantía real. En opinión de GARRIDO¹¹: *«la condición de crédito subordinado es incompatible con la de crédito con privilegio. Por ello, en los escasos supuestos en los que pueda presentarse el conflicto entre la calificación de crédito subordinado y la existencia de una garantía real, el juez del concurso debe proceder a la cancelación de las correspondientes garantías, del mismo modo que la Ley prevé para los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor»*.

5.2. Pagos anticipados

Dispone el artículo 159 de la Ley Concursal: *«Si el pago de un crédito se realizare antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación, se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal.»*

Este precepto recoge el denominado pago anticipado. Refleja la regla del descuento que obliga, según el tenor literal del precepto, a aplicar una tasa o descuent-

¹¹ GARRIDO, José María: «La cancelación de garantías de los créditos subordinados», *Anuario de Derecho Concursal* núm. 8/2006.

to por pago anterior a su vencimiento, siendo varios los métodos utilizados por la doctrina para su cálculo.

La doctrina viene entendiendo que el artículo 159 LC adopta el denominado «método Carpzov», habitual en el sistema de descuento bancario de letras de cambio, pues no disponiendo la norma opción expresa ninguna, el descuento deberá aplicarse sobre el valor nominal del crédito entre un *dies a quo* (el de la apertura de la liquidación) y un *dies a quem* (el expresado para el vencimiento).

Como este modelo está pensado para plazos temporales cortos, la doctrina considera que, cuando se trate de plazos muy largos o superiores al habitual en el descuento bancario de efectos mercantiles, sería más razonable acudir a los denominados «método Hoffman» (método de descuento a interés) y «método Leibnitz» (método de descuento a interés compuesto); aunque el legislador, al optar por el descuento atendiendo al interés legal sin referencia alguna al capital de referencia, parece remitirse al primero de los métodos expresados.

Centrándonos en la finalidad y efectos de este precepto, la regla del descuento tiene por finalidad el equiparar el tratamiento concursal entre los créditos con cláusula expresa de devengo de intereses y los créditos cuya retribución en el tiempo se incluye junto al principal en los pagos periódicos. Y esto es así porque la declaración de concurso perjudica más a los primeros créditos mencionados que a los segundos, ordenando por ello la aplicación del descuento en los pagos anticipados a la fecha ordinaria de su vencimiento, tomando como día inicial el de la apertura de la liquidación y como día final el del vencimiento contractual pactado.

5.3. Derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario

El artículo 160 LC regula el caso de que el acreedor obtuviera el pago parcial de su crédito a través de la ejecución de las garantías anexas al mismo, en cuyo caso tendrá derecho a comunicar en el concurso el diferencial que le faltara por percibir del total.

El supuesto de hecho contemplado en el artículo citado regula el cobro por el acreedor antes de la declaración concursal de una parte del crédito con cargo a un deudor solidario, fiador o avalista del deudor principal, luego convertido en concursado. Ordena la norma que en tales casos el acreedor que hubiera cobrado parte de su crédito no pueda recibir dentro del concurso cantidades que, sumadas a aquél, excedan del importe total del crédito. Este precepto se halla en consonancia con lo dispuesto en el artículo 87 LC, pues si éste recoge el pago acumulado desde la perspectiva del reconocimiento de créditos, el artículo 160 LC lo hace de la perspectiva del pago.

Esta coordinación entre ambos preceptos hace necesario que se distinga cuando se aplica uno u otro. Debe recordarse, en primer lugar, que tanto antes como después de la declaración del concurso, el acreedor conserva las acciones que pudiera tener frente a los deudores solidarios, avalistas o fiadores del deudor concursado, de tal modo que, si el pago parcial se produce antes de la declaración concursal, estaremos ante el supuesto del artículo 160 LC y si dicho pago parcial por fiador o avalista se produce durante el concurso se aplica el artículo 87 LC, minorando el crédito del acreedor e incluyendo al fiador avalista o deudor solidario por el importe o cuota de solidaridad que le corresponda.

Entrando en el estudio de los efectos de este pago parcial, la doctrina destaca que del mismo resulta un doble efecto obligacional, pues subsistiendo el crédito del acreedor en la cantidad no satisfecha, surge antes del concurso el derecho de crédito o crédito de regreso del fiador avalista o deudor solidario frente al deudor principal ya concursado. Esta nueva situación plantea un problema de colisión entre ambos créditos, el nacido del pago parcial y el preexistente. Para determinar la preferencia entre ambos hay que acudir al artículo 161.3 LC, que manteniendo lo dispuesto el precepto anteriormente examinado, otorga preferencia al acreedor para el cobro de su crédito frente al fiador, avalista o deudor solidario convertido en nuevo acreedor.

El último problema que plantea el artículo 160 LC es que sucede con la imputación de pagos cuando los pagos parciales recibidos por el acreedor del fiador o avalista y los recibidos de la liquidación sean superiores al importe total del crédito. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2012, tras citar el artículo 160 LC, parece dar a entender que los pagos parciales hechos antes de la declaración del concurso se imputarán primero, y el artículo 87.7 LC señala que: «A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda». Ambas normas resultan de la aplicación al concurso del artículo 1.213 del CC. La última, que es la que interesa directamente al recurso, se entiende en el sentido de que, como el acreedor parcialmente satisfecho tiene derecho a cobrar lo que le falte antes de que el tercero subrogado puede exigir que en la lista aparezca su derecho al total de la deuda, aunque aquél no hubiera comunicado su crédito o hubiera perdonado al deudor (...).

5.4. Pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios

En los supuestos en que un crédito constara reconocido en más de un concurso, el artículo 161 LC viene a ser una reproducción de lo dispuesto en el CC para el supuesto de la existencia de varios deudores solidarios.

Se podrá reclamar el crédito en todos los procesos concursales en los que esté reconocido el mismo con carácter solidario, no pudiendo exceder lo percibido en total del importe del crédito y debiendo comunicar a los administradores concursales en todos los procesos concursales en los que conste la deuda que ya ha sido satisfecha.

Se trata de situaciones habituales en concursos de empresas del grupo que no se tramitan de forma coordinada o cuando existen avales, aunque en esta circunstancia suele ser el avalista el que comunica al concurso que ha pagado la deuda, que de figurar como crédito contingente en el concurso pasa a ser ordinario.

Además, hasta que la deuda no haya sido satisfecha por completo, ninguno de los deudores solidarios podrá obtener el pago de los otros deudores solidarios en concurso por el pago parcial realizado.

5.5. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio

Por último, tenemos los pagos realizados desde la aprobación del convenio con los acreedores hasta la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplimiento del mismo. En estos supuestos que contempla el artículo 162 LC, se presumen válidos los pagos realizados en virtud de la actividad ordinaria de la concursada del convenio y al amparo del convenio.

En caso de impugnación de alguno de los cobros recibidos durante la vigencia del convenio, se establece como medida cautelar la exclusión de los pagos que se puedan hacer durante la liquidación, hasta que resulte firme la resolución que califique los recibidos durante el convenio.

V. CONCLUSIÓN DE LA LIQUIDACIÓN

La liquidación concluirá en el momento en el que, enajenados todos los activos de la concursada y efectuado el pago en el orden establecido por la ley, la administración concursal presente el informe de rendición de cuentas, una memoria con la relación de las operaciones realizadas, con justificación del uso de las facultades de intervención y suspensión conferidas, relación de los pagos y cobros, así como por supuesto de las actuaciones de liquidación llevadas a cabo, y se dicte el auto correspondiente acordando la conclusión del concurso, que se publicará en el Registro Público Concursal.

La resolución judicial de conclusión acordará, en el caso de las personas jurídicas, su extinción y la cancelación de su inscripción en los registros públicos correspondientes. Por el contrario, en el caso de las personas físicas, las mismas

quedarán responsables de los créditos restantes, permitiendo el inicio de ejecuciones singulares.

Si bien la conclusión por liquidación no ha planteado demasiadas dudas, más allá de la disparidad entre la situación de las personas físicas y jurídicas, que ha intentado ser paliada a través de la denominada Ley de Segunda Oportunidad, sí se han suscitado con la conclusión del concurso por inexistencia de bienes recogida en el artículo 176 bis.

En estos casos, la imprecisión respecto al momento de la conclusión ha generado dudas en la doctrina, ya que, del tenor literal del artículo podría desprenderse que, una vez detectada la insuficiencia de activos para el pago de los créditos contra la masa, procede la conclusión directa del concurso, incluso aunque quedaran bienes realizables pendientes de liquidar. Especialmente en los supuestos del artículo 176 bis 4, en los que se concluye el concurso en el mismo auto de declaración, sin margen para la liquidación de los activos si los hubiera. Lo más lógico es entender que, a pesar de que se haya comunicado la insuficiencia de bienes e incluso haya recaído la resolución judicial de conclusión, debe mantenerse la obligación de enajenar los activos y repartir el remanente. Así se ha pronunciado GARCÍA VILLARRUBIA¹²: *«La solución parte de admitir que el artículo 178.3 LC es aplicable a todos los supuestos de conclusión del concurso de persona jurídica por insuficiencia de masa activa o, dicho de otra forma, con pasivo insatisfecho, con independencia del momento en que se produzca la declaración. De manera que la consecuencia será, como ordena el precepto, la extinción de la persona jurídica (o, como se ha dicho, una presunción de extinción o una extinción “matizada” o “limitada”) y la cancelación de su inscripción registral. Pero ello no significa que se produzca una condonación de las deudas, ni que los activos subsistentes pasen a ser “res nullius”. Para la solución de las relaciones subsistentes habrá que entender que la sociedad conserva una suerte de personalidad jurídica residual y con ello de capacidad procesal, que en el lado pasivo le permitirá soportar reclamaciones individuales de los acreedores y, en el lado activo, mantener o iniciar acciones frente a terceros. Se trata, en definitiva, de entender que la persona jurídica se mantiene como centro residual de imputación de bienes y derechos para las relaciones previas a la declaración de concurso. Si se produce la aparición de nuevos bienes o derechos, habrá lugar a la reapertura del concurso en los términos del artículo 179.2 LC, al igual que sucederá de la forma prevista en el apartado 3 de la norma en caso de que se den las circunstancias y presupuestos precisos para el ejercicio de acciones de reintegración o la posible calificación de culpabilidad del concurso.»*

¹² GARCÍA VILLARRUBIA Manuel: «La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y el llamado concurso-exprés», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 4/2013, El Derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BASTANTE GRANELL, Víctor: «El deudor de buena fe», en *La Ley de Segunda Oportunidad*, AAVV, Comares, junio 2016.
- CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN y MUÑOZ, Enrique: *El Derecho de la Insolvencia. El Concurso de Acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUENCA CASAS, Matilde: *El derecho de alimentos del concursado tras la ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la ley concursal*, ponencia publicada en www.eprints.ucm.es, 2014.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor; BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro y DÍEZ REVERO, Enrique: *El concurso de las personas físicas*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, abril 2016.
- GARRIDO, José María: Comentario del «artículo 157 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, ROJO, A. (Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 2.475.
- «La cancelación de garantías de los créditos subordinados», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8/2006.
- GARCÍA VILLARRUBIA, Manuel: «Los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora», *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, número 27, 2015.
- «La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y el llamado concurso-exprés», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 4/2013, *El Derecho*.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «¿Es necesario el consentimiento del acreedor privilegiado en la transmisión sin subsistencia del gravamen tras la nueva ley 9/2015?», 28 de mayo de 2015, blog www.administradoresconcursales.org.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas A.: «Los honorarios de la administración concursal en caso de conclusión anticipada por insuficiencia de masa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013.
- GURREA CHALÉ, Aurelio: «La legitimación para solicitar la apertura de la fase de liquidación de la sociedad concursada», *e.dictum* núm. 3, año 2012, www.dictumabogados.com.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín y JUEGA CUESTA, Ramón: *Ley Concursal Comentada*, Lefèbvre, El Derecho, Madrid, junio 2016.

PATÓN GARCÍA, Gema: *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, Bosch, Barcelona, 2014.

PAU PEDRÓN, Antonio: «Procedimiento Concursal y Registro de la Propiedad», 16 de febrero de 2105, www.notariosyregistradores.com.

PRENDES CARRIL, Pedro y PONS ALBENTOSA, Leopoldo: *Practicum Concursal 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, julio 2015.

PONS ALBENTOSA, Leopoldo: «La alteración del orden de pago y la rendición de cuentas de la administración concursal antes y después de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal. Un recorrido jurisprudencial a la misma», 1 de mayo de 2013, www.elderecho.com.

*(Trabajo recibido el 30/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)*

LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO *

MATILDE CUENA CASAS

*Acreditada como catedrática de Derecho Civil, Universidad Complutense
Coeditora del blog ¿hay Derecho?*

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de la nueva regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho introducida en el artículo 178 bis de la Ley Concursal por la Ley 25/2015, de 28 de julio. Asimismo, se expone la doctrina de las primeras resoluciones judiciales dictadas tras la entrada en vigor de la reforma.

Palabras clave: insolvencia, concurso de acreedores, persona física, consumidores, segunda oportunidad, empresarios.

FRESH START

MATILDE CUENA CASAS

*Accredited as Civil Law Professor, Complutense University
Co-editor of the blog ¿hay Derecho?*

ABSTRACT

In this paper we carry out a critical analysis of the new regulation about the «second chance» for insolvent natural persons, introduced by the 25/2015, of 28 July Act in the article 178 bis of the Insolvency Act. In addition, the article presents the doctrine due to judgments rendered by courts after the entry into force of the legal reform previously described.

Keywords: insolvency, arrangement with creditors, natural persons, consumers, second chance. discharge. entrepreneurs.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación I + D: «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 2013-46315), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, de la que soy investigadora principal.

SUMARIO: I.—CONSIDERACIONES PREVIAS. HACIA UN MARCO EUROPEO EN MATERIA DE INSOLVENCIA PERSONAL. II.—LÍNEAS GENERALES DEL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD INTRODUCIDO POR LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO. 1.—Unidad de presupuesto subjetivo en el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho. 2.—El híbrido modelo de exoneración del pasivo insatisfecho escogido por el legislador. III.—REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO PENDIENTE. 1.—Solicitud por el deudor. 2.—Conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa. 3.—Deudor de buena fe. Consideraciones generales sobre el concepto de buena fe. 3.1.—Que el concurso no haya sido declarado culpable. El concurso de persona afectada por la calificación de culpable en otro concurso. 3.2.—Ausencia de condena penal. 3.3.—El intento de acuerdo extrajudicial previo. En particular, la posición jurídica del deudor que no reúne los requisitos del art. 231 LC. 3.4.—Que abone un umbral de pasivo mínimo o se someta a un plan de pagos. 3.5.—En particular, el *plus* de buena fe exigido al deudor que se somete a un plan de pagos. IV.—DEUDAS EXONERABLES. V.—EFECTOS: LA «EXONERACIÓN PROVISIONAL». 1.—Posición de los coobligados solidarios, fiadores o avalistas. 2.—La posición del cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. VI.—RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DEUDAS NO EXONERADAS. EL PLAN DE PAGOS. VII.—LA REVOCACIÓN DEL BENEFICIO DE LA «EXONERACIÓN» DEL PASIVO PENDIENTE. VIII.—«EXONERACIÓN» DEFINITIVA DEL PASIVO PENDIENTE. 1.—Por el transcurso de cinco años. 2.—«Exoneración» definitiva por cumplimiento parcial del plan de pagos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. HACIA UN MARCO EUROPEO EN MATERIA DE INSOLVENCIA PERSONAL

Nuestra Ley Concursal (LC) ha sido un claro ejemplo de ineficiencia en muchos ámbitos, pero particularmente en el atinente a la persona física insolvente y muy culpable de la situación de inestabilidad económica y también política que actualmente vivimos en España. No cabe duda que condenar al ciudadano a la exclusión social tiene un coste político.

La LC fue construida sobre el principio de satisfacción de los intereses de los acreedores, con un enfoque claramente *pro creditoris*, donde la recuperación del deudor estaba en un segundo plano¹. Así se explicitaba en la Exposición de Moti-

¹ En este sentido, OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso», en Rojo/Beltrán (dirs.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 31-47. «El modelo “satisfactorio” de los acreedores adoptado por nuestra LC no excluye, sino que ordena jerárquicamente, otras finalidades, instrumentales o secundarias, en el concurso. La satisfacción de los acreedores se persigue a través de una doble vía de soluciones: el convenio o la liquidación. La LC prioriza la primera; como prima la finalidad conservatoria sobre la liquidatoria en la política jurídica. Pero la conservación no es fin esencial ni absoluto, sino sometido al de satisfacción de los acreedores».

«La satisfacción de los acreedores alcanza en el sistema concursal español un valor de interpretación teleológica como pauta del art. 3.1 CC: “Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. La finalidad de satisfacción de los acreedores es, pues, guía hermenéutica de todo el sistema concursal y de las normas que lo integran, cuyo sentido ha de orientarse en función de esa finalidad esencial. En ese plano interpretativo ha de descifrarse también, a mi juicio, el concepto jurídico indeterminado del “interés del concurso”, vinculado necesariamente a su finalidad esencial, la máxima satisfacción de los acreedores, por encima de otros intereses involucrados en el procedimiento. Es, en definitiva, un criterio ordenador de jerarquía de intereses. La finalidad conservativa pudiera, en casos concretos, ser de interés para los trabajadores, para proveedores y clientela, para la economía en general, pero perjudicial para los acreedores y, en ese concreto conflicto, el interés del concurso ha de decidirse a favor de éstos.»

vos de la LC recalcando la satisfacción de los intereses de los acreedores como finalidad esencial del concurso. Parece que sólo un marco jurídico favorable a los acreedores podía permitir un bajo coste crediticio y con ello la construcción de un modelo de crecimiento económico sustentado en el sobreendeudamiento privado. Las consecuencias de este planteamiento impulsado por el *lobby* bancario hermanado con el poder político, ya las estamos viviendo. Y también estamos padeciendo el bloqueo político que la mala solución de la crisis ha provocado.

Efectivamente, este modelo es el que ha retrasado la regulación en materia de insolvencia de persona física que ha visto la luz con la Ley 25/2015, de 27 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social² (en adelante, LSO²), una norma reclamada desde instancias internacionales y que se ha promulgado al final de la legislatura de un Gobierno con mayoría absoluta. Tal regulación es fruto de la tramitación como proyecto de ley del RD-L 1/2015, de 27 de febrero.

Un objetivo puramente electoralista ante la inminente convocatoria de elecciones generales es el que la ha impulsado. Buena prueba de ello es la aprobación del RD-L 1/2015, la víspera del debate del estado de la nación donde la propuesta de un régimen de segunda oportunidad fue la única aplaudida por todos los grupos parlamentarios. Aunque estas consideraciones puedan considerarse meta-jurídicas deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar el resultado de la reforma, que sigue siendo tímido y muy defectuoso desde el punto de vista técnico. Una regulación realizada con prisas, impulsada por el Ministerio de Economía y Competitividad, que ha prescindido en gran parte de las sugerencias realizadas por expertos desde el Ministerio de Justicia. Detrás de esta ley hay un problema político, no jurídico ni económico. Creo que este aspecto debe ser resaltado.

Hasta la reforma de 2015, la situación de las personas físicas insolventes era insostenible y tenía un gran impacto económico. No hay que perder de vista que la persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa³. El 51,82% de los empresarios son persona física. La condena a la exclusión social, a la que se veía abocada la persona física insolvente por la aplicación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), estaba afectando de manera notable a nuestro tejido empresarial. No se trata sólo de un problema que perjudicara al consumidor cuya única dificultad –se dice– es el pago del préstamo hipotecario concertado para adquirir su vivienda habitual⁴.

² Procedente del RD-L 1/2015, de 27 de febrero.

³ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2013.pdf

⁴ CARRASCO PERERA, A.: «El despropósito de la “segunda oportunidad” de los consumidores sobreendeudados», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 911/2015 BIB 2015/4858.

La vigencia indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal abocaba a la liquidación del patrimonio del concursado, obstaculizando la salida convencional de la crisis. Los acreedores no tenían ningún estímulo a negociar, pues queda aparentemente abierta la puerta a la agresión de los bienes futuros y sus balances contables no se ven afectados. Con un régimen de segunda oportunidad o exoneración del pasivo insatisfecho se permite la extinción de las deudas pendientes tras la liquidación del patrimonio del deudor y al mismo tiempo se estimula el acuerdo incluso fuera del proceso concursal *porque el* acreedor tiene «algo que perder» si se procede a la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal.

De ahí la conveniencia de que el establecimiento de un régimen de liberación de deudas o exoneración del pasivo insatisfecho vaya acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis, como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial por el «efecto llamada» que una medida de esta naturaleza puede generar. Este es el planteamiento de la nueva regulación que también modifica el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos, enfoque que hay que aplaudir.

El fracaso de la regulación anterior a la Ley 25/2015 es incuestionable y buena prueba de ello fueron los escasos concursos de persona física que se han producido a pesar de encontrarnos en un contexto de crisis económica⁵.

Un escaso avance se produjo con la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre de 2013 (en adelante, LE) que introdujo el régimen de segunda oportunidad con requisitos muy exigentes⁶. La regulación fue ineficiente y una forma de pretender cumplir formalmente las exigencias del Fondo Monetario Internacional respecto a la necesidad de instaurar en España un régimen de insolvencia personal⁷.

La regulación, fruto de la reforma operada por la Ley 25/2015, parece estar teniendo algún efecto porque, en un contexto de «recuperación» económica, los

⁵ Los datos de un año duro, como fue el 2013, son muy reveladores del escaso uso que se ha hecho del procedimiento concursal por parte de las personas físicas insolventes en un contexto de crisis económica severa.

En España, de un total de 9.750 concursos, sólo 999 lo fueron de persona física (231 con actividad empresarial y 768 sin actividad empresarial). Un 10 %.

El contraste con otros ordenamientos es llamativo: En USA, en el año 2013, de 1.107,99 insolvencias, 1.072.807 lo fueron de persona física (91%).

En Alemania, de 151.200, 115.337 lo fueron de persona natural (76 %); <https://www.destatis.de/EN/FactsFigures/Indicators/ShortTermIndicators/Insolvencies/ins110.html>. Francia: 223.012. <http://www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics-france>.

En 2014, de 7.038 concursos, sólo 849 lo fueron de persona física (12 %).

⁶ Cfr. CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas», *ADCo* n.º 31, 2014, pp. 123 y ss.

⁷ IMF Country Report No. 13/244, Article IV Consultation, 2013, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13244.pdf>, p. 16.

concurso de persona física están aumentando⁸, efecto que creo cabe adjudicar a la mejora de la regulación. El aumento no es espectacular porque la norma tiene todavía poco recorrido y sigue planteando dificultades técnicas. No obstante, creo que se puede concluir que el número de concursos personales está más relacionado con la calidad de la regulación que en factores macroeconómicos.

Con todo, la regulación que se va a explicar en las páginas que siguen tiene los días contados. La Comisión Europea ha puesto en marcha el 23 de marzo de 2016 una iniciativa para crear un marco común europeo en materia de insolvencia. Está previsto que, a finales del mes de octubre, contemos con una regulación que abarque, entre otros aspectos, un nuevo régimen de segunda oportunidad.

El punto de partida de esta iniciativa se encuentra en el escaso seguimiento por parte de los Estados miembros de la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Se proponía que se incluyera un régimen de segunda oportunidad para empresarios en un plazo no superior a tres años. Se adoptaba el modelo de *fresh start*, ganado tras un período de buena conducta. Aunque la Recomendación iba dirigida a empresarios, se señalaba que las mismas pautas de regulación podían establecerse para los consumidores.

El informe sobre la evaluación de la implementación de dicha Recomendación por los Estados miembros, elaborado por la Comisión de 30 de septiembre de 2015⁹, recalca que subsisten diferencias importantes entre los Estados miembros que sólo parcialmente han asumido las directrices de la Recomendación. Entre ellos, España es citada específicamente en relación con la extensa duración del plan de pagos y con ella de la revocación de la exoneración, que es de cinco años y no de tres, como sugería la Recomendación, sugeriendo que sí fue asumida por la propuestas que sobre la reforma hizo el Ministerio de Justicia.

El informe concluye que la Recomendación no ha tenido el impacto deseado en orden a facilitar la reestructuración empresarial y conceder una segunda oportunidad real a los empresarios. Ello tiene un evidente impacto en las decisiones de inversión porque una disparidad en los regímenes de insolvencia en la UE genera

⁸ En 2015, la cifra total de concursos continúa bajando, si bien el porcentaje de concursos personales aumenta levemente: de un total de 5.510, 594 concursos lo fueron de persona física sin actividad empresarial y 175 concursos de persona física con actividad empresarial. Un 14% son concursos de persona física. El ascenso se mantiene en 2016. Según los últimos datos publicados respecto al segundo trimestre de 2016, de un total de 1.171 concursos, 146 lo fueron de persona física sin actividad empresarial y 45 de personas con actividad empresarial. El porcentaje de concursos personales respecto al total de concursos asciende al 16,31%. Fuente: www.ine.es.

⁹ DIRECTORATE-GENERAL JUSTICE & CONSUMERS OF THE EUROPEAN COMMISSION, *Evaluation of the implementation of the Commission Recommendation of 12.03.2014 on a new approach to business failure and insolvency* http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_recommendation_final.pdf.

imprevisibilidad para las inversiones transfronterizas, tal y como se puso de relieve en el *Libro Verde sobre la Unión de mercados de capitales*¹⁰. Evidentemente, las decisiones de inversión están condicionadas por la posición jurídica que el inversor tenga en caso de dificultades financieras de la empresa en la que invierte. Si antes de hacer una inversión no es posible predecir con claridad lo que sucederá con la inversión a lo largo de su ciclo de vida, tampoco es posible identificar, cuantificar y gestionar los riesgos que pueden afectar¹¹. La disposición de los inversores para apoyar a nuevos empresarios depende en gran medida de las reglas que operan en materia de fracaso empresarial y éstas a su vez inciden en la decisión de emprender, ya que la propensión a hacerlo depende de si se pone o no en riesgo el patrimonio personal¹².

Por ello, la iniciativa europea que se ha puesto en marcha para crear un mercado único de capitales¹³ requiere como instrumento imprescindible un marco legal europeo en materia de insolvencia y ésta es la iniciativa que ha tomado la UE¹⁴, abriéndose un período de consultas a los Estados miembros el 23 de marzo de 2016, con la idea de que a finales de este año se cuente con una propuesta europea en esta materia.

Asimismo, se ha constatado que las divergencias entre los Estados miembros en materia de insolvencia personal generan riesgos adicionales para las empresas que contactan con clientes de otros Estados miembros, sobre todo cuando se trata de conceder crédito: las dificultades para evaluar el régimen de insolvencia personal constituyen un obstáculo para estas operaciones que, sin duda, inciden en el mercado único.

¹⁰ GREEN PAPER Building a Capital Markets Union COM/2015/063 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0063>.

¹¹ http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-economic-analysis_en.pdf, p. 75 Commission Staff Working document. Economic Analysis Action Plan on Building a Capital Market Union.

¹² Destaca la vinculación entre el régimen de insolvencia y las decisiones de inversión World Bank «Insolvency reform for Credit, Entrepreneurship, and Growth», World Bank Journal of Public Policy https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/regulatory-simplification/debt-resolution-and-business-exit/upload/Viewpoint_343_Debt_Resolution.pdf.

¹³ «Action Plan on Building a Capital Markets Union», Brussels, 30.9.2015 COM(2015) 468 final http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-action-plan_en.pdf. A través de dicho plan se pretende afrontar la escasez de inversiones, aumentando y diversificando las fuentes de financiación para las empresas europeas. Disponer de fuentes de financiación complementarias a la bancaria favorece la creación de empresas y de empleo, evitando repercusiones en las empresas de problemas que pueda tener el sector bancario. La Comisión desea eliminar los obstáculos a las inversiones transfronterizas en la UE, de modo que las empresas y los proyectos de infraestructuras puedan financiarse más fácilmente, con independencia del lugar en que estén ubicados. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5731_es.htm.

¹⁴ Consultation on an effective insolvency framework within the EU http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm.

Este aspecto se ha resaltado en la *reciente iniciativa europea en materia de servicios financieros al por menor*¹⁵, en la que se pretende favorecer el mercado interior de servicios de crédito a los consumidores, dado que en la actualidad sólo un 3% de los consumidores utiliza servicios financieros de entidades pertenecientes a otro Estado miembro¹⁶. Este objetivo que se pretende lograr con esta regulación requiere también como instrumento necesario un marco legal uniforme en materia de insolvencia personal. Tal y como se hace constar en el Libro Verde sobre servicios financieros al por menor, «**es necesario una convergencia de los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, tasación de bienes y ejecución de garantías**»¹⁷.

Por otro lado, el problema de los *ficheros de solvencia patrimonial* también entra dentro de estas medidas puestas en marcha por la UE. Como se señala en el Libro Verde de Servicios financieros al por menor, «sin acceso a información sobre los consumidores a las empresas les resulta difícil ofrecer productos financieros (en particular créditos o seguros) en otros mercados, ya que no pueden evaluar los riesgos a los que estarían expuestas. Tampoco pueden evaluar los riesgos de los consumidores móviles cuyos datos están disponibles en otro Estado miembro». «El incremento del uso de los datos ofrece grandes oportunidades para reducir los precios para muchos clientes (...)». Correcto enfoque global del sobreendeudamiento privado.

En fase de corrección de pruebas del presente trabajo, se ha publicado la Propuesta de 22 de noviembre de 2016 de la Comisión Europea sobre la Directiva para la armonización de los procedimientos de reestructuración temprana, insolvencias y mecanismos de segunda oportunidad¹⁸. Siguiendo la línea marcada por la Recomendación de 12 de marzo de 2014, y en lo referente al régimen de segunda oportunidad, la propuesta de regulación afecta exclusivamente a empresarios, dejando fuera a los consumidores.

Se reconoce que el sobreendeudamiento del consumidor tiene un gran impacto económico y social. El 11,4% de los ciudadanos europeos tienen retrasos en los pagos frecuentemente por deudas derivadas de servicios básicos. Ello es debido —según se señala en la memoria explicativa— a circunstancias macroeconómicas desfavorables en un contexto de crisis económica (por ejemplo, desempleo) combinado por circunstancias personales (divorcio, enfermedades). La falta de tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor tiene efectos eco-

¹⁵ *Green paper on retail finance services. Better products, more choice, and greater opportunities for consumers and businesses*. 10.12.2015 COM (2015) 630 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0630&from=EN> p.28.

¹⁶ BOUYON, S. y LANO, K.: «Relaunching the European Retail Finance Market», ECRI Commaire n.º 20, 15 de diciembre de 2015, p. 2.

¹⁷ *Green paper on retail finance services. Better products, more choice, and greater opportunities for consumers and businesses*. 10.12.2015 COM (2015) 630 final, p. 28.

¹⁸ 2016/0359 (COD) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:723:FIN>

nómicos indeseables, como es el incremento de los costes para los estados en cobertura social y reducción de la actividad económica por ralentización del consumo.

Pues bien, a pesar de este reconocimiento, la UE no ha dado un paso al frente y obliga a los Estados a adoptar medidas uniformes en materia de segunda oportunidad para los empresarios y se limita a «recomendar» su adopción también para los consumidores. La justificación de ello es que no en todos los Estados miembros hay un régimen único aplicable a todo deudor persona natural y en algunos Estados tienen periodos muy largos de exoneración de deudas para consumidores. La Comisión evaluará la implementación de la directiva y los marcos regulatorios resultantes para valorar en un futuro la necesidad de abordar una regulación uniforme para la insolvencia de los consumidores.

Así mismo se reconoce que es muy difícil en muchas ocasiones delimitar las deudas de consumo de las deudas empresariales. No obstante, se entiende que un régimen de segunda oportunidad para empresarios no puede ser efectivo si el deudor tiene que acudir a dos procedimientos separados, con diferentes condiciones de acceso, distintos periodos de exoneración para liberar deudas empresariales y personales. Aunque la directiva solo va dirigida a empresarios, se señala que los Estados miembros deberían aplicar la regulación de segunda oportunidad también a los consumidores (Considerando 15).

¿Quién es empresario?

Se libera solo de deudas empresariales.

II. LÍNEAS GENERALES DEL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD INTRODUCIDO POR LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO

1. Unidad de presupuesto subjetivo en el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho

La LSOp afronta la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho en el nuevo art. 178 bis LC. Los destinatarios de la SOP son las personas físicas y no sólo los empresarios tal y como se pretendía inicialmente. El enfoque es correcto. Sólo sobre la persona natural tiene graves consecuencias el principio de responsabilidad patrimonial universal y ello al margen de cómo se gane la vida¹⁹: el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

¹⁹ Para DE LA CUESTA RUTE, J. M.: «Persona física y consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAYLLA, JL, Cizur Menor, 2009, p. 115.

Acertadamente, el legislador no ha diseñado un sistema especial para empresarios, sino un régimen de SOP único. Si bien existen diferencias en la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), a las que haré mención, lo que debe aclararse es que el régimen de exoneración del pasivo pendiente es único y común para toda persona natural.

Yo aplaudo esta decisión del legislador²⁰, cuya idea inicial era diseñar un régimen sólo para empresarios. El tratamiento general de la insolvencia de la persona natural es la perspectiva adoptada por el Banco Mundial en su extraordinario informe sobre la insolvencia de las personas naturales, que se centra en los aspectos más relevantes para las personas naturales como deudores, ya sean empresarios o no. Y ello por considerarse que las personas naturales insolventes se enfrentan a un núcleo común de cuestiones clave, con independencia de que la actividad empresarial sea una parte importante del contexto de esa insolvencia²¹. Efectivamente, hay un *elemento humano* que se encuentra presente en este tipo de insolvencias que hace que el principio fundamental básico que inspira toda regulación concursal, que es la satisfacción de los intereses de los acreedores, se tenga que compatibilizar con la rehabilitación y recuperación del deudor.

Pero es que además hay razones prácticas que aconsejan este tratamiento unitario: exonerar sólo al empresario trae como dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceden de su actividad empresarial y, si todas le pueden ser condonadas, entonces la discriminación negativa al consumidor sí sería, a mi juicio, insostenible²². Como ha señalado el Banco Mundial, «a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son «consumidores puros» y los deudores que son empresarios o «no empresarios». La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en proveedores de servicios autónomos»²³.

²⁰ CUENA CASAS, M.: Una segunda oportunidad, ¿sólo para empresarios? <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresarios/>

²¹ BANCO MUNDIAL: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo n.º 31, enero-abril 2014, p. 338. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>: «Una sociedad multinacional, sin duda, presenta similitudes importantes con un individuo propietario de un restaurante en cuanto a la regulación de la insolvencia empresarial. Sin embargo, las características comunes son al menos tan importantes, si no mucho más, entre el propietario del restaurante y un consumidor «puro» que no desarrolle actividad empresarial alguna».

²² Trato de esta cuestión y su incidencia en el Derecho Italiano, en mi trabajo «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2012, pp. 97 y ss.

²³ «Informe sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 222.

Acierta el legislador español²⁴ con este enfoque, que es además coherente con el planteamiento inicial de la LC: distinguir entre personas físicas y jurídicas al margen de la realización o no de actividad empresarial del deudor, abandonando planteamientos pasados en nuestro derecho de la insolvencia.

Sin embargo, esta unidad sustantiva de régimen se ha perdido en el orden procesal. Sorprendentemente, la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, priva a los jueces de lo mercantil de la competencia para resolver concursos de consumidores, atribuyéndosela a los Juzgados de Primera Instancia. Se introduce el apartado 6 al artículo 85, que concede competencia a los Juzgados de Primera Instancia en el orden civil, sobre *«los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora»*. Por su parte, el art. 86 ter.1 LOPJ señala que *«los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6»*.

Por tanto, se disocia la competencia judicial en los concursos de persona natural: los Juzgados de lo Mercantil conocerán de los concursos de empresarios y los Juzgados de Primera Instancia en el orden civil de los concursos de consumidor. Parece que, de nuevo, es la «comodidad» lo que justifica este cambio. Tal y como se sostiene en la Exposición de Motivos, se trata de *«equilibrar la distribución de asuntos»* sin reparar en la preparación que se exige para conducir un procedimiento concursal, complejidad que ya se reconocía en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, justificando así la especialización de la jurisdicción mercantil. Un concurso de consumidor puede ser complejo y los problemas de delimitación subjetiva se van a plantear a buen seguro. Tras más de diez años de especialización en la materia por parte de los jueces mercantiles parece poco oportuno que los jueces de Primera Instancia tengan que enfrentarse a una disciplina compleja que por su especificidad ha sido objeto de una jurisdicción

²⁴ Este es el planteamiento mantenido en la Guía legislativa UNCITRAL http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf p. 334: *«si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar la actividad empresarial y asumir sus riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas. Si el criterio consiste en imponer restricciones drásticas a esos deudores y permitir la exoneración solamente al cabo de mucho tiempo y después de que hayan cumplido numerosas condiciones, cabrá deducir que la finalidad subyacente es castigar a los deudores, en vez de promover su rehabilitación. Sería más apropiado imponer restricciones y condiciones cuando el deudor no haya obrado con honradez, no haya cooperado con el representante de la insolvencia o no haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen o, en casos más extremos, cuando haya incurrido en una conducta delictiva»*.

especial²⁵. Lo razonable habría sido invertir recursos para dotar de más medios a los jueces mercantiles y no sobrecargar de trabajo a los juzgados de primera instancia. Las consecuencias de este despropósito las padecerá, como siempre, el ciudadano.

No obstante, se mantiene la unidad en apelación dada la asignación de competencia a las secciones especializadas en lo mercantil de los Audiencias Provinciales de la competencia para atender *«de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas (...)»* (nuevo art. 82.2 LOPJ).

Con todo, no hay que olvidar el específico concepto de persona física empresaria a efectos concursales que se recoge en el art. 231 LC, al que parece remitirse el art. 85.6 LOPJ. En dicho precepto se consideran empresarios personas naturales *«no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos»*. Puede suceder, pues, que tenga la consideración de empresario un deudor que no realice actividad económica, como, por ejemplo, aquella persona que tenga dada de alta en la Seguridad Social a una empleada de hogar (art. 10.1.7.º RD 84/1996, 26 de enero, y art. 1.3 RD 1620/2011, 14 de noviembre). También quedarían fuera del concepto de consumidor aquellos que estén dados de alta como autónomos a efectos de la legislación de la Seguridad Social. Sólo el trabajador por cuenta ajena parece quedar fuera. Obsérvese que no se atiende a la naturaleza del pasivo, sino a la condición del deudor. Por tanto, puede acogerse al procedimiento para consumidores quien fue empresario y tiene deudas profesionales, pero en el momento de iniciar el procedimiento ya no lo es. A su vez, puede ser que un deudor empresario sea insolvente, no por consecuencia de fracaso en su actividad, sino por otras razones, como, por ejemplo, un divorcio. En España eso es irrelevante, a diferencia de otros países, como es el caso de Francia, en el que los procedimientos se delimitan en función de la naturaleza del pasivo y no por la condición del sujeto²⁶.

2. El híbrido modelo de exoneración del pasivo insatisfecho escogido por el legislador

El hecho de que España afronte esta regulación con evidente retraso respecto de otros ordenamientos de nuestro entorno podría haber supuesto una ventaja en

²⁵ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, E.: «Paradojas de una reforma procesal», <http://hayderecho.com/2015/09/03/paradojas-de-una-reforma-procesal/>.

²⁶ Art. 330 del Código de Consumo francés, prevé un procedimiento específico para personas físicas por deudas no profesionales.

la medida en que contaba con la experiencia de los modelos comparados. Sin embargo, no ha sido así. Poco se han tenido en cuenta y el resultado es un sistema híbrido que no responde a una filosofía clara.

Son varios los sistemas actualmente vigentes en materia de insolvencia personal²⁷. El denominado *modelo de mercado*, propio de países anglosajones (USA, Canadá, Inglaterra, Escocia, Gales, Australia y Nueva Zelanda), que conceden una exoneración de deudas al deudor de buena fe insolvente, inmediata, sin plan de pagos. Se considera el sistema de insolvencia como una consecuencia del mercado, fruto del riesgo inherente al mercado crediticio, expandiendo a todos los acreedores los costes del incumplimiento de los deudores²⁸. Se trata de lograr la rápida rehabilitación del deudor para que inicie una actividad económica productiva y se parte del sobreendeudamiento como una fenómeno económico estructural propio del sistema capitalista. En el caso de USA, se recoge en el *chapter 7* (USA Bankruptcy Code) y coexiste con otro modelo en el que se logra una exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos en el que no existe liquidación del patrimonio (*chapter 13*). El recurso a una u otra vía se hace previo análisis de los medios disponibles del deudor, de forma que no se vea abocado al cumplimiento del plan de pagos sin recursos para llevarlo a cabo²⁹. Obsérvese que en este caso el plan de pagos excluye la liquidación del patrimonio.

Otro modelo presente es el denominado «*modelo de responsabilidad o también denominado de rehabilitación*», presente en Alemania, Austria, Portugal y que es en el que parece haberse inspirado el legislador español en la reforma operada por el LSOp, si bien, como veremos, desnaturalizado. Se trata de lograr la exoneración tras el cumplimiento de un período de buena conducta, tras infructuosos intentos de acuerdo. Se concede provisionalmente el beneficio de la exoneración y, tras el período de buena conducta, se logra la exoneración definitiva del pasivo que no haya podido abonar el deudor tras la entrega a un fiduciario de sus ingresos embargables, estableciéndose un umbral de inembargabilidad específico. Pero obsérvese que no se fija un umbral de pasivo mínimo, sino que durante un período de tiempo (3 ó 5 años) el deudor debe intentar pagar sus deudas y las que no logre satisfacer quedan exoneradas, con la excepción de algunas que en ningún caso se exoneran y respecto de las cuales los acreedores pueden iniciar

²⁷ Relevantes en este ámbito son los trabajos de KILBORN, J.: «Behavioral Economics, Overindebtedness & Comparative Consumer Bankruptcy: Searching for Causes and Evaluating Solutions», 22 Emory Bankr. Dev. J. 13 (2005); «Comparative consumer bankruptcy, Durham, NC, Carolina Academic Press, 2007; RAMSAY, I.: «Models of consumer bankruptcy. Implications for research and policy», Journal of Consumer Policy, 20 (2), pp. 269-287.

²⁸ JAN-OCKO HEUER: «Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems», p.9 https://www.academia.edu/3992692/Social_Exclusion_in_European_Consumer_Bankruptcy_Systems

²⁹ Análizo el sistema americano en mi trabajo «Fresh Start y mercado crediticio», *Revista InDret*, julio 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf.

ejecuciones singulares transcurrido el período legal. Sólo en Austria se exige pagar un mínimo (gastos del procedimiento y el 10% de los créditos) y de ahí que se haya dicho que este sistema deja fuera a los denominados NINA (*no income no assets*) que no pueden hacer frente al plan de pagos. Se ha demostrado que el 80% de los deudores sujetos al plan de pagos no pueden hacer frente más que al 10% de los créditos, razón por la que se arguye que este sistema es poco eficiente³⁰.

El tercer modelo es el de «*merecimiento*» (Francia, Bélgica, y países escandinavos), que se caracteriza por conceder margen de maniobra al juez a la hora de decretar la exoneración de deudas, previo paso por un procedimiento comandado por órganos administrativos (Comisiones de Sobreendeudamiento)³¹, en donde se intenta lograr un acuerdo. Se caracteriza por la flexibilidad, pudiendo adaptarse a las necesidades de los deudores y tiene en cuenta el comportamiento del acreedor en la concesión del crédito, analizándose específicamente las causas del sobreendeudamiento y el comportamiento del deudor.

Pues bien, el legislador español mezcla varios sistemas, siendo la regulación aprobada un sistema sin coherencia interna.

La primera premisa que debe aclararse es que, para lograr una exoneración de deudas, es necesario abonar con carácter previo las deudas que la ley declara no exonerables. Se sigue exigiendo el abono de un umbral de pasivo mínimo. Este planteamiento ya evidencia el carácter restrictivo del sistema, puesto que en otros

³⁰ JAN-OCKO HEUER: «Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems», cit., p.14.

³¹ Este sistema parece inspirar la *Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética*, aprobada en Cataluña, que establece un régimen de segunda oportunidad para los consumidores, con un proceso extrajudicial en manos de Comisiones de Sobreendeudamiento y un posterior procedimiento judicial simplificado. Normativa de dudosa constitucionalidad por falta de competencia legislativa y difícilmente compatible con la regulación contenida en la LC. La indefinición de esta regulación es patente. Los destinatarios son los consumidores insolventes no por cualquier causa, sino por la imposibilidad de pago de la vivienda. Se requiere que el consumidor resida en Cataluña, aunque la vivienda esté fuera de dicha Comunidad Autónoma. El consumidor y también los acreedores podrán (no es obligatorio) iniciar un procedimiento extrajudicial (mediación) ante las Comisiones de sobreendeudamiento, de naturaleza administrativa, las cuales pueden establecer planes de pago y reestructuración de la deuda que serán revisables por el juez, si bien no se especifica la jurisdicción competente. Fracuada la vía extrajudicial, el juez, analizadas las causas del sobreendeudamiento y del fracaso del acuerdo, puede imponer un plan de pagos. En caso de incumplimiento de dicho plan, el acreedor puede pedir la liquidación de activos y el juez, a la vista de las circunstancias personales del deudor, puede acordar la cancelación de la deuda insatisfecha, de la que también se beneficiará el fiador, pero no cualquier fiador, sino sólo aquél que tenga una relación de parentesco por afinidad o consanguinidad hasta el tercer grado. Ninguna mención a las deudas que se exoneran, a las circunstancias y requisitos que tiene que reunir el deudor, a las circunstancias que puede valorar el juez. Indeterminación absoluta y difícil compatibilidad con la regulación contenida en la LC. El sistema diseñado en la regulación catalana se aproxima al modelo de merecimiento propio del Derecho francés.

ordenamientos que también declaran algunas deudas como no exonerables no configuran su abono como *conditio sine qua non* para que se perdonen las deudas que sí se exoneran. De esta forma, en otras legislaciones, el deudor obtiene la exoneración y la particularidad reside en que, respecto de las deudas no exonerables, el acreedor puede ejercitar su derecho de crédito, pero la falta de satisfacción de éste no bloquea la extinción de las deudas exonerables.

Esto no sucede en la norma española. *Se supedita la extinción del pasivo exonerable al abono del no exonerable*, algo que ya se introdujo por la LE en la reforma del art. 178 LC. La novedad que aporta la LSOp (art. 178 bis LC) radica en la forma en que la ley exige la satisfacción de ese pasivo no exonerable. Se mantiene la posibilidad anteriormente existente de abono del total de pasivo no exonerable para lograr la extinción del pasivo (art. 178 bis 3.4.º LC), pero se añade la posibilidad de que el deudor, alternativamente, pueda satisfacer tales deudas en un período de cinco años tras el cumplimiento de un plan de pagos (art. 178 bis.3.5.º LC). Existen, pues, *dos modalidades de exoneración*: una tras el abono inmediato del pasivo no exonerable y otra tras un plan de pagos que debe cumplirse en un período de cinco años.

A mi juicio, esta opción del legislador me parece criticable y no encuentra reflejo en los modernos sistemas de insolvencia. La regulación es más exigente que en los modelos de rehabilitación presentes en el Derecho comparado, como el alemán o el portugués, donde no existe tal condicionamiento al abono de tal umbral de pasivo. Allí, el deudor paga «lo que puede» con los ingresos que proceden de su salario embargable sin que se ponga un techo máximo. El que el legislador español haya optado por tal condicionamiento priva a la medida de eficacia práctica. No supone un incentivo al cumplimiento, sino que priva al deudor de estímulo para la realización de actividades productivas, dado que el esfuerzo para cumplir el plan de pagos puede ser desmesurado.

Por otro lado, resulta insólito que un deudor pueda proponer un plan de pagos cuando ya se ha liquidado su patrimonio y «no tiene nada». El planteamiento es, a mi juicio, absurdo.

Es un sistema sumamente restrictivo que deja fuera a los deudores que se encuentran en situación más precaria, es decir, a los que carecen de activo o bien no han podido generarlo a lo largo de los cinco años. No se va a dar una segunda oportunidad a los que más lo necesitan, que son los que menos tienen. Aunque como señalaré posteriormente, el art. 178 bis.8 LC suaviza esta rigidez en un supuesto particular, la interpretación de tal norma es muy dudosa y aunque rebaja el umbral de pasivo mínimo en un supuesto especial, lo cierto es que, a mi juicio, al final sigue exigiéndose el pago de parte de las deudas no exonerables. Lo razonable habría sido permitir que los derechos de créditos excluidos del régimen de SOP siguieran vivos y la exoneración de las deudas exonerables fuera

inmediata. Lo que no es de recibo es que el incumplimiento del plan de pagos de deudas no exonerables pueda provocar la revocación (art. 178 bis.7b) LC de la exoneración de las deudas que sí pueden ser extinguidas.

III. REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO PENDIENTE

1. Solicitud por el deudor

Tanto en caso de liquidación del patrimonio embargable, como en los casos de insuficiencia de masa activa, el deudor puede optar por obtener la exoneración del pasivo insatisfecho.

El mismo debe ser *solicitado por el deudor* (art. 178 bis.2 LC y 176 bis. 3 LC). De la solicitud se dará traslado por el secretario judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación con la concesión del beneficio (art. 178 bis.4 LC).

A diferencia de lo que acontece con la solicitud para lograr un AEP, no se ha especificado en la LC el contenido que debe tener la solicitud, ni se predispone formulario al efecto. La solicitud la efectúa por escrito el deudor tras la conclusión del concurso por liquidación del activo o por insuficiencia de masa (art. 178 bis.1 LC) y debe hacerlo dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido, de conformidad con lo establecido en el art. 152.3 LC, relativo al plazo de rendición de cuentas (art. 178 bis.2 LC). Cuando el concurso concluye por insuficiencia de masa activa, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en el plazo de audiencia concedido a las partes tras la conclusión (art. 176 bis.3 LC).

El art. 152.3 LC no establece un plazo específico, por lo que habrá que entender aplicable el de quince días a que alude el art. 181.2 LC, relativo al plazo de oposición a la rendición de cuentas en caso de reapertura del concurso³². En dicha solicitud deberá alegarse la concurrencia de los requisitos legales para la obtención de la exoneración de deudas, dándose traslado de la misma a los acreedores y al administrador concursal por el secretario judicial. Algunos datos ya constarán en la propia tramitación del concurso consecutivo, como es el caso del carácter culpable o no del concurso, y el pago del pasivo privilegiado o contra la masa. La falta de comisión de tipos penales deberá acreditarse con un certificado de antecedentes penales. Con todo, como se tratará posteriormente, la comisión de algu-

³² FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Barcelona, 2015, ED: Bosch, p. 277.

nos delitos no impide el acceso al régimen de SOP. En su caso, deberá acreditar que se intentó el AEP, aunque lo cierto es que este requisito se da por cumplido cuando se ha desembocado en un concurso consecutivo.

¿Debe aportarse el plan de pagos en la solicitud inicial de la exoneración? No se dice explícitamente en la LC. En principio, el deudor deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para su obtención y, en su caso, la aceptación a someterse a un plan de pagos. Con este alcance se habilita un trámite de oposición a los acreedores (art. 178 bis.4 LC), quienes sólo podrán hacerlo con base en la concurrencia de los presupuestos contemplados en el art. 178 bis.3 LC. Una vez acordada la exoneración (art. 178 bis.6 LC), oídos los acreedores, el juez aprobará el plan de pagos sin que se conceda en tal momento plazo al deudor para aportarlo. De ahí que se haya entendido que hay que aportarlo en la solicitud³³ (sentencias del Juzgado Mercantil de León de 14 de octubre de 2015 (JUR/2016/47759) y del Juzgado Mercantil de Logroño de 25 de febrero de 2016 (JUR/60193)).

En la sentencia del Juzgado Mercantil de Murcia de 22 de octubre de 2015 (JUR/2015/279477) se deniega la exoneración del pasivo pendiente solicitada por considerarse muy escueta la solicitud formulada, en la que sólo el deudor manifestaba «estar dispuesto a someterse a un plan de pagos», sin aportar ninguno. Aunque parece que hay que entender que en la solicitud debe incorporarse el plan de pagos, me parece desmesurada la solución a la que se llega en la sentencia citada y bien podría haberse concedido plazo de subsanación en la medida en que la LC no establece este requisito de manera expresa y clara. Así sucedió en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 8 de septiembre de 2015 (JUR 2016/5522), decreta la exoneración provisional del pasivo insatisfecho y da un plazo al deudor para aportar el plan de pagos con posterioridad a la solicitud inicial realizada por éste. En el mismo sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Palma de Mallorca, de 2 de diciembre de 2015, permite que el deudor en la contestación a la oposición a la exoneración planteada por los acreedores, pueda aportar el plan de pagos.

Con todo, y visto lo visto, es más que recomendable incorporar el plan de pagos en la solicitud, aunque sea como petición subsidiaria, para el caso de que no se estime satisfecho el umbral del pasivo mínimo del art. 178 bis.3.4.º LC. Y

³³ Así lo considera «HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*, Madrid, 2015, Ed: Lefèbvre El Derecho, p. 111. Es además el criterio mantenido en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, donde se acuerdan unos criterios generales de interpretación del art. 178 bis LC. Los mismos no se dictan con base en el art. 264 LOPJ, por lo que su valor es de meras propuestas de soluciones a los problemas de interpretación que suscita el art. 178 bis LC. <http://www.advocatsreus.cat/wp-content/uploads/2016/07/ACUERDOS-15-6-16-Juzgados-mercantil-Barcelona-Exoneració-del-passiu-insatisfet-art.-178-bis-LC-1.pdf>.

ello porque no se ha previsto de manera expresa un plazo de subsanación de la solicitud, a diferencia de la previsión contenida en el art. 232.3 LC, que concede un plazo de cinco días o el art. 106 LC para la subsanación de defectos de solicitud de propuesta anticipada de convenio, en donde se concede un plazo de tres días. Cabría por analogía aplicar el plazo previsto en el art. 232.3 LC, de forma que el secretario judicial pueda conceder un plazo de subsanación de cinco días³⁴. Hay que entender que debe tratarse de fallos que no impliquen valoración de la concurrencia o no de los requisitos. Así, por ejemplo, haya olvidado la aceptación de la constancia registral de la eventual exoneración del pasivo pendiente, subsanación de errores o requerimiento de documentos.

Si formalmente la solicitud reúne los requisitos legales, hay que entender que deberá ser admitida a trámite por el secretario judicial, debiendo ser los acreedores o el administrador concursal los que se opongan a la misma (art. 178 bis.4 LC). Si no hay oposición, el juez concederá la exoneración. De la lectura del precepto parece deducirse que, si no hay oposición, el juez carece de margen para denegar la exoneración provisional³⁵. Por un lado, el art. 178 bis.4 LC dispone que los acreedores personados y la Administración concursal podrán alegar «lo que estimen oportuno» en relación con la concesión del beneficio, si bien la oposición sólo podrá fundarse en la inobservancia de alguno de los requisitos del art. 3. Luego entonces no pueden oponerse alegando lo que estimen oportuno, sino que las alegaciones tienen que estar relacionadas con la falta de concurrencia de requisitos legales. La redacción deja mucho que desear.

2. Conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa

La exoneración de deudas debe solicitarla el deudor tras la conclusión del concurso por liquidación del activo o por insuficiencia de masa (art. 178 bis.1 LC). Dado que el deudor debe intentar un AEP, lo normal es que la exoneración se plantee en el marco del concurso consecutivo (art. 242 y 242 bis LC) y se haya procedido a la liquidación del patrimonio del concursado.

³⁴ Es el criterio mantenido en los criterios de interpretación emanados del Seminario de Jueces de lo Mercantil, cit., p. 5: «*la existencia de algún defecto de forma en la solicitud o la ausencia de algún documento justificativo podrá ser apreciada de oficio por el Juez del concurso y se entenderá subsanable*».

³⁵ Entiende HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «*La segunda oportunidad...*», cit., p. 111, que «únicamente cuando resulte evidente la ausencia del requisito de buena fe, así como cuando el concurso haya sido declarado culpable, es posible que se proceda a la inadmisión de la solicitud sin necesidad de audiencia a la administración concursal y a los acreedores personados». No creo que el trámite de audiencia a los acreedores y al administrador concursal pueda excluirse unilateralmente por el juez. Aunque pudiera ser razonable que ello sucediera, no hay base legal.

El fundamento de ello es que debe maximizarse el pago de los acreedores de manera que se satisfagan el mayor número posible de créditos. Por tanto, no se puede producir la exoneración de deudas sin la previa liquidación del patrimonio (a salvo, claro está, de los bienes inembargables, art. 76 LC), la cual debe producirse también en los casos de insuficiencia de masa activa tras la nueva redacción que ha recibido el art. 176 bis LC.

Ello afecta también a las ejecuciones hipotecarias, dado que el acreedor pierde su derecho de ejecución separada una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3 LC). Por tanto, no se puede plantear el hecho de que se pueda exonerar la deuda con garantía real, sencillamente porque ésta se tiene que haber ejecutado. Cosa distinta es el remanente de deuda que eventualmente pueda quedar pendiente tras la ejecución, la cual podrá ser exonerada, tal y como trataré posteriormente (art. 178 bis.5.2.º LC).

Sin embargo, este extremo no parece estar claro. En el auto del Juzgado mercantil n.º 10 de Barcelona, de 14 de abril de 2015, se concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RD-L 1/2015) sin haberse ejecutado la hipoteca, lo cual se publicó en los medios como una buena noticia³⁶. Pues bien, entiendo que esto no se puede hacer con arreglo a la ley vigente (ni tampoco según el texto anterior a la reforma), pues la exoneración de deudas exige la liquidación del patrimonio³⁷. Aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar³⁸ del régimen de SOP.

³⁶ <http://www.lavanguardia.com/economia/20150511/54431160334/jueces-facilitaran-hipotecados-piso.html#.VVCVo2PY0qg.twitter>

³⁷ Por el contrario, aplauden la resolución citada con argumentos muy llamativos, GRASA, D., REOLON, L., y NORIEGA, M.: «El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual» ADCo, núm 36/2015 BIB 2015/2424. A su juicio, la posibilidad que brinda el art. 155.2 LC de no ejecutar la hipoteca implica que no será necesario el pago del préstamo hipotecario para poder acceder a la exoneración del pasivo pendiente. Se basan en un argumento literal del art. 178 bis.3.4.º LC: «*el adjetivo “íntegro” es predicable de los créditos contra la masa, pero no necesariamente de los créditos con privilegio, dado que, después de la locución “haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa”, el legislador introduce una coma y la conjunción “y” seguida de la expresión “los créditos concursales privilegiados”*». Me parece que el argumento no se sostiene y aplicar el art. 155.2 LC cuando el inmueble vale menos que la deuda pendiente sólo tiene como objetivo evitar que el acreedor hipotecario se vea afectado por la segunda oportunidad respecto del pasivo restante tras la ejecución. De hecho, con la interpretación que mantienen los autores citados, el art. 178 bis.5 LC no se aplicaría nunca, pues en caso de sobrante el administrador concursal podría ejercitar la facultad del art. 155.2 LC. Se trata de una interpretación que favorece a las entidades financieras. Ya lo señalan expresamente los autores citados al decir que no se puede «descuidar ni perjudicar gratuitamente los intereses del acreedor privilegiado, que también son dignos de protección».

³⁸ CUENA CASAS, M.: «La banca ya sabe cómo escapar del régimen de segunda oportunidad» <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-opor-tunidad/>

Efectivamente, en caso de ejecución, el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas. Si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC, que es menos beneficiosa para el deudor. Por tanto, no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no sólo es ilegal, sino que además perjudica al deudor³⁹. Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del AEP, y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no.

3. Deudor de buena fe. Consideraciones generales sobre el concepto de buena fe

El beneficiario de la exoneración del pasivo pendiente debe serlo el deudor de buena fe. Se trata de un requisito medular del régimen de SOP, pues es imprescindible evitar el abuso y que se generen situaciones de riesgo moral, alterándose la cultura de pago y con él la estabilidad del mercado crediticio. En este punto, el legislador tenía que ser extremadamente exigente y cuidadoso, ya que, de lo contrario, la regulación puede ser un incentivo inadecuado para que los deudores actúen de manera irresponsable en el cumplimiento de sus obligaciones.

Aunque el requisito de la buena fe del deudor merecedor de la exoneración ha sido enfocado de manera distinta en los modernos sistemas de insolvencia, en todos ellos el objetivo es preservar la cultura de pago y atajar las consecuencias del sobreendeudamiento pasivo. Es decir, cuando el deudor deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar (por ejemplo, paro, divorcio, enfermedad...), lo cual exige un análisis de la causa de sobreendeudamiento y la actuación del deudor previa a la declaración de insolvencia. No es el caso del Derecho español.

³⁹ No obstante, este es el criterio que sorprendentemente han mantenido los jueces mercantiles de Barcelona (Seminario de Jueces de lo Mercantil, *cit.*, p. 6): En relación con esta cuestión se ha establecido un criterio de interpretación en el sentido de que el juez podrá valorar «*que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía*».

A mi juicio, el legislador debería haber incluido una cláusula de cierre que le permitiera al juez valorar en el caso concreto la actuación del deudor en aras a determinar si es o no merecedor de la exoneración⁴⁰.

El eventual endeudamiento irresponsable del deudor no puede valorarse sin tener en cuenta la actuación del acreedor y el grado de cumplimiento por éste de su obligación legal de evaluación de la solvencia del deudor. Lo que no parece razonable es que el préstamo irresponsable carezca de consecuencias en el procedimiento concursal y, en cambio, sí las tenga para el deudor. El requisito de la buena fe en un régimen de SOP, adecuadamente diseñado, supone un estímulo al préstamo y consumo responsable⁴¹, algo vital para prevenir crisis financieras como la actual. Este sistema es más justo, pero probablemente generaría más trabajo a los jueces, sobre todo porque tampoco tenemos un sistema de información crediticia con ficheros positivos que evite la información asimétrica en la concesión de créditos. Ello dificulta la tarea de verificar el grado de cumplimiento por los prestamistas de su obligación de evaluar la solvencia. Por ello, la concesión irresponsable de crédito goza de cierta impunidad en nuestro Derecho y tiene un nulo efecto en el contrato celebrado con el consumidor⁴². Las consecuencias del préstamo irresponsable deben tener impacto en el proceso concursal, vía subordinación del crédito o por una imposición de la exoneración del pasivo insatisfecho al acreedor negligente. Ya hemos visto los efectos devastadores que puede tener para la economía en general la mala praxis bancaria.

Es obvio que nada de esto se ha tenido en cuenta en la redacción definitiva de la LSOP, donde se denomina «buena fe» a lo que no son sino requisitos de acceso al régimen, los cuales no aluden a la conducta del deudor, y parece irrelevante cuál es la causa de la insolvencia. Decir que un deudor tiene buena fe si consigue

⁴⁰ En los trabajos previos a la elaboración de la LSOP se planteó una propuesta en este sentido emanada del Ministerio de Justicia. La exoneración podía ser denegada «si el sobreendeudamiento del deudor se ha producido como consecuencia de un recurso desproporcionado al crédito respecto de su capacidad patrimonial o por una gestión patrimonial negligente o maliciosa, para lo cual el juez deberá valorar, entre otras, las siguientes circunstancias:

A. La información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial.

B. El carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los ocho años anteriores a la declaración de concurso.

C. El nivel social-profesional del deudor.

D. Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.

E. Si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables».

⁴¹ Así lo expresa el Banco Mundial: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 250: «La posibilidad de que un deudor insolvente tenga acceso a un sistema de tratamiento de la insolvencia agudiza los incentivos de los acreedores para conceder crédito de manera responsable».

⁴² CUENA CASAS, M.: «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, núm. 20, 2014, págs. 161-185

satisfacer un «umbral de pasivo mínimo» o acepte un plan de pagos supone obviar que tal concepto en el ámbito jurídico hace referencia a un modelo de comportamiento que no cabe objetivar. El deudor que no puede aceptar someterse a un plan de pagos porque carece de ingresos o el que no tiene recursos para abonar tales umbrales es de mala fe para el legislador español. Poco tiene que ver pues con el comportamiento honesto que las legislaciones requieren en un deudor merecedor de la exoneración.

Este pésimo tratamiento del comportamiento del deudor es un grave fallo de la LSOp, que puede favorecer insolvencias estratégicas y conductas oportunistas. Como veremos, el incumplimiento imputable del acuerdo extrajudicial de pagos no excluye al deudor del régimen de SOP. Un deudor que haya sido administrador de una sociedad cuyo concurso haya sido declarado culpable, produciéndose derivación de responsabilidad al administrador por las deudas de la sociedad, puede obtener la exoneración del pasivo pendiente. El juez carece de margen⁴³ para valorar la conducta del deudor merecedor de la exoneración, pues se mantiene un concepto normativo y no valorativo de buena fe⁴⁴.

3.1. Que el concurso no haya sido declarado culpable. En particular, el concurso de persona afectada por la calificación de culpable en otro concurso

Como no podría ser de otra manera, y al igual que sucede en todos los ordenamientos que regulan la SOP, es preciso que el concurso no haya sido declarado culpable (arts. 163 y ss. LC). Ello implica que el trámite de la exoneración no puede concluirse hasta que no haya finalizado la sección de calificación, la cual debe abrirse cuando se llega a la liquidación del patrimonio del deudor, presupuesto necesario para llegar a la exoneración del pasivo pendiente. Hay que tener en cuenta que es posible que la sección de calificación puede no abrirse en el supuesto de conclusión de concurso por insuficiencia de masa (art. 176 bis LC). Según lo dispuesto en el art. 176 bis.3 LC, será el administrador concursal el que afirme y razone inexcusablemente *«que el concurso no será calificado como culpable»*⁴⁵.

⁴³ Denuncia este extremo HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit. p. 106, quien considera que un deudor puede ser considerado de buena fe a pesar de no cumplir los requisitos legales. Aunque definiendo un concepto valorativo de la buena fe, creo que no hay base legal para llegar a tal conclusión con el texto vigente. Le ley no le permite al juez valorar la honestidad del deudor. Es honesto el deudor que el legislador considera que lo es, sin que sea posible ningún margen de maniobra.

⁴⁴ CARRASCO PERERA, A.: «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RD-L 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO* <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/03/El-mecanismo-de-segunda-oportunidad-para-consumidores-insolventes-.pdf>.

⁴⁵ No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 12 de noviembre de 2015, considera innecesario el nombramiento de administrador concursal en un caso de concurso sin masa porque no había bienes que liquidar.

Las causas por las que un concurso puede ser declarado culpable se enumeran en el art. 164 LC, donde se establece una cláusula general en su número primero referida al supuesto de que «*la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales (...)*». En el número segundo se enumeran casos en los que en todo caso se declarará culpable el concurso. El sistema concluye con unas presunciones de culpabilidad enumeradas en el art. 165 LC, objeto de reciente reforma por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, en donde se aclara que la presunción es de culpabilidad del concurso y no de dolo o culpa grave, de forma que se ha generado o agravado con tal acto el estado de insolvencia.

Lo que está claro es que el baremo de conducta que se enjuicia en la fase de calificación es una conducta «grave», merecedora de las sanciones reguladas en el art. 172 LC. En este terreno hay cierto margen para valorar la conducta del deudor, pero siempre en el marco del dolo o culpa grave (intencionalidad o negligencia grave). Fuera de la sección de calificación, al juzgar la procedencia de la exoneración del pasivo pendiente, como ya he señalado, el juez carece de margen de maniobra al haberse objetivado el concepto de lo que para el legislador español es la buena fe. Como se recogía en la Guía Uncitral, cuando se trata de abordar el problema de la exoneración del pasivo pendiente «*podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder que llegue a tener carácter delictivo*»⁴⁶. Para el legislador español, quien no actúa con dolo o culpa grave tiene buena fe. No hay término medio.

Parece desconocerse que el hecho de que el deudor no deba ser sancionado no implica que merezca que sus deudas sean perdonadas. Dada la laxitud con la que se trata el concepto de buena fe, es probable que se aumente el nivel de exigencia en la fase de calificación del concurso y el deudor vea denegada la exoneración y, además, sea sancionado.

La LSOp ha introducido una novedad respecto del RD-L 1/2015. No se considera de mala fe y puede, no obstante, recibir la exoneración del pasivo pendiente el deudor cuyo concurso se ha declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitar el concurso. Se añade un inciso al art. 178 bis.3.1.º: «*no obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1.º, el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave en el deudor*». La nueva redacción es fruto de varias enmiendas⁴⁷, todas ellas tendentes a que el retraso en la declaración de concurso no impida la obtención de la exoneración del pasivo pendiente.

⁴⁶ UNCITRAL, «Legislative guide on Insolvency law», 2005 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf p. 333.

⁴⁷ Durante la tramitación parlamentaria de la LSOp se presentaron varias enmiendas en este sentido. Es el caso de la enmienda núm 81, presentada en el Congreso por el grupo parlamentario de CIU y la número 37 de Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-2, de 10/06/2015 <http://www.congreso.es/>

Parece que se considera que el retraso en la declaración de concurso es un fallo «leve». Muy al contrario, considero que la regulación del régimen de SOP tiene que ser un estímulo al buen comportamiento del deudor. Declararse tarde en concurso puede hacer inviable el AEP y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio de los intereses de los acreedores. El cambio me parece poco afortunado e injustificado y redundante en un fallo grave de la ley: es muy generosa con la conducta del deudor merecedor de la exoneración.

Pero es que, además, esta excepción es difícil de interpretar, pues parece conceder margen al juez para admitir la exoneración si se declaró el concurso culpable por tal razón, siempre que no se apreciara dolo o culpa grave del deudor. Es decir, que el deudor no haya voluntariamente retrasado la declaración de concurso o faltando tal voluntad hubo una infracción grave de la diligencia exigible (*hominum communis natura desiderat*). Si se declaró culpable el concurso por tal razón lo habrá hecho el propio juez y precisamente porque concurre dolo o culpa grave. Por tanto, una de dos: o no declara el concurso culpable por su declaración tardía porque falta dolo o culpa grave o, si lo hace, no podría otorgar la exoneración porque se presupone que han concurrido tales factores de atribución. Por tanto, el cambio de criterio respecto del texto del RD-L 1/2015 no es tan relevante como aparentemente pudiera parecer. Me permito aventurar lo que sucederá: pocos concursos serán declarados culpables por el retraso en la declaración de concurso, dándose vía libre a la exoneración. La redacción del precepto no puede ser más desafortunada.

Por último, conviene destacar que no tiene ningún impacto en el concurso personal del deudor el que, por ejemplo, haya sido declarado culpable el concurso de la sociedad de la que el deudor fuera administrador, fiador o socio, y se hubiera visto afectado por tal calificación o los casos en los que el deudor ha sido declarado cómplice (art. 166 LC) en otros concursos en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación de concurso como culpable. Efectivamente, no serán pocos los casos en los que la insolvencia personal venga provocada por la derivación de responsabilidad por deudas de la sociedad (art. 172 bis LC). Por tanto, la gestión imprudente o gravemente maliciosa de la sociedad no tiene formalmente impacto en el concurso personal, pudiendo el deudor exonerarse del pasivo pendiente que puede en gran parte estar integrado por ese déficit concursal derivado del concurso de la sociedad. De poco vale diseñar un sistema de responsabilidad concursal, que pretende estimular el buen comportamiento de los administradores de una sociedad, si las consecuencias del mismo devienen inocuas por culpa de un régimen de SOP mal construido.

Para salvar estos inconvenientes, se ha señalado que el haber sido el deudor persona afectada por la calificación culpable de otro concurso o cómplice del mismo podría subsumirse en la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC⁴⁸. De esta forma se expandiría la calificación de culpable del concurso de la sociedad a la del concurso de persona física, por cuanto el deudor ha agravado su insolvencia precisamente por causa de la actuación negligente en la gestión de la sociedad que provoca la responsabilidad concursal ex art. 172 bis LC. Es esta sanción la que agrava la insolvencia del deudor persona física y creo que la propuesta, aunque bienintencionada, supone una interpretación amplia de una norma restrictiva de derechos. Como se ha señalado, el requisito de la buena fe se vincula a la calificación del propio concurso y no parece que la actuación irregular en otro concurso pueda estimarse que por vía de sanción se ha agravado la propia insolvencia⁴⁹.

Debería haberse aceptado la enmienda presentada en el Congreso que venía precisamente a evitar este despropósito, que introducía un párrafo en el art. 178 bis.3.1.º LC exigiéndose que «en el caso de que el deudor fuera administrador, fiador o socio, que el mismo no se haya visto afectado por dicha calificación». Como acertadamente se señalaba en la justificación de la enmienda, *«no tiene sentido que el administrador de una sociedad mercantil pueda conseguir la segunda oportunidad si su empresa se ha declarado culpable en un concurso por alzamiento de bienes, irregularidades contables, ocultación o falseamiento de datos»*⁵⁰.

De haberse incluido en la LSOp la posibilidad de que el juez valorara la conducta del deudor atendiendo a determinadas circunstancias, este efecto indeseable no se produciría.

Sin embargo, ya se han alzado voces desde la judicatura que tienden a evitar este efecto perverso, a pesar de que la ley no lo regula de manera expresa. Se abre el campo a la inseguridad jurídica. Buena prueba de ello es la argumentación mantenida en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León de 14 de octubre de 2015 (JUR/2016/47759). El deudor solicita la exoneración del pasivo pendiente con base en el art. 178 bis LC, a lo que se opone uno de los acreedores (BBVA), que entendía que no concurría el requisito de la buena fe del deudor, al haber sido calificado culpable el concurso de la sociedad de la que el deudor era administrador, condenado como afectado por la calificación.

Consciente el juez de que este supuesto no se encuentra expresamente contemplado en el art. 178.bis LC, se plantea el problema del «carácter abierto o

⁴⁸ Entiende SENENT, S.: «El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RD-L 1/2015», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 23, 2015, p. 153.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: *op. cit.*, p. 234.

⁵⁰ Enmienda n.º 48, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-2, de 10/06/2015.

cerrado de la relación de requisitos que para la apreciación de la exigencia de buena fe se contiene en el art. 178 bis.3 LC». A su juicio, *no parece razonable entender que pese a advertirse la concurrencia de un supuesto en el que pueda descartarse la buena fe del deudor, la falta de inclusión del mismo en los recogidos en el referido precepto deba determinar la apreciación de la concurrencia de tal presupuesto, por lo que una interpretación razonable de aquél exige entender que los requisitos relacionados en el apartado 3 del artículo 178 bis constituyen un mínimo para la apreciación de la buena fe del deudor, que puede no obstante descartarse por la concurrencia de otras circunstancias. Del mismo modo que en la regulación del instituto penal de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de cuyas fuentes bebe la figura introducida en el artículo 178 bis de la LC, el Código Penal establece unos mínimos que deben concurrir en todo caso, pero que por sí mismo no son suficientes, en la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho, la concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado 3 del precepto constituye un mínimo en sí mismo insuficiente, que precisa además de la falta de advertencia de cualquier circunstancia que pueda descartar la buena fe del deudor; entre las que, no parece haber lugar a la duda, debe incluirse la condena como afectado por la calificación de otro concurso.*

Y en segundo lugar, que tratándose la figura de una norma no sólo no sancionadora, sino todo lo contrario, resulta necesario el recurso a la analogía, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, en cuya virtud «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Y parece obvio que el apartado 3 del artículo 178 bis de la LC no ha contemplado la posibilidad de previa condena del concursado como afectado en la calificación de otro concurso culpable de una sociedad como supuesto de exclusión del requisito de la buena fe, no obstante lo cual existe total identidad de razón entre el supuesto previsto y el concurrente en el caso litigioso, y por tanto resulta de aplicación por vía analógica».

La argumentación no tiene desperdicio. Como al juzgador no le parece bien que no sea causa de denegación del beneficio el concurso culpable de la sociedad de la que el deudor era administrador, entiende que los requisitos legales para apreciar la buena fe no son *numerus clausus*, sino que entiende que son *requisitos mínimos* y ello con base en una interpretación «razonable» (para él, sin duda) al margen de los criterios legales de interpretación del art. 3.1 LC. Así, entiende que el juez puede imponer otros requisitos que considere oportunos teniendo en cuenta «otras circunstancias». En el art. 178 bis, LC no se le da margen al juez para valorar otras circunstancias que las expresadas en el apartado tercero de dicho precepto al efecto de valorar la buena fe. Es un concepto normativo, no valorati-

vo⁵¹, lo cual es criticable⁵², pero es la opción escogida por el legislador que el juez debe respetar so pena de que él mismo infrinja la norma que es lo que, a mi juicio, hace en la sentencia citada.

Acudir a la aplicación analógica creo que no es razonable en este caso. Los requisitos impeditivos de la obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho son normas restrictivas de derechos que en ningún caso pueden justificar una aplicación analógica con base en el art. 4 del CC. Si en el art. 178 bis no se ha contemplado como causa impeditiva de la exoneración el concurso culpable de la sociedad, por mucho que tal solución no le guste al juez, no puede, a mi juicio, recurrir a la aplicación analógica con el requisito de que el concurso del deudor sea culpable y menos aún entender sin fundamento alguno que los requisitos que el juez debe valorar para apreciar la buena fe son mínimos. No está de más recordar que los jueces están sujetos a la ley y no pueden interpretar las normas que no les gustan al margen de los criterios legales de interpretación. Hacer lo contrario es abonar el terreno para la más absoluta inseguridad jurídica.

En suma, el legislador debería haber incluido expresamente este supuesto de concurso culpable de la sociedad y además una cláusula de cierre que le permitiera al juez valorar en el caso concreto la actuación del deudor en aras a determinar si es o no merecedor de la exoneración.

3.2. Ausencia de condena penal

El deudor que reclame la exoneración del pasivo insatisfecho no debe haber sido condenado por determinados tipos penales. Esta exigencia es obvia y está presente también en otros ordenamientos.

La LSOp ha mejorado notablemente la regulación en este aspecto, ya que en la redacción del art. 178.2 LC dada por la LE, sólo se especificaba el tipo penal recogido en el art. 260 CP y respecto al resto de los tipos penales se hacía una referencia genérica a otros delitos singularmente relacionados con el concurso, lo cual planteaba dificultades interpretativas evidentes.

Por el contrario, ahora se especifica que el deudor debe haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o

⁵¹ CARRASCO PERERA, A.: «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RD-L 1/2015: realidad y mito». Revista CESCO <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/03/El-mecanismo-de-segunda-oportunidad-para-consumidores-insolventes-.pdf>

⁵² Por las razones que ya apunté en mi trabajo, «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 37, 2016, pp. 11-63

contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. La enumeración de tipos coincide con la realizada en el art. 231.2 LC, para impedir al deudor para intentar un AEP. Esta equiparación merece una valoración positiva.

La condena penal tiene que haberse producido en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Es la fecha de la sentencia firme de condena la que determina el inicio del plazo de los diez años. Creo que tal extremo se deduce claramente del texto del art. 178 bis.3.1.º LC⁵³. Deben haber transcurrido diez años, y ello a pesar de que el deudor haya logrado la cancelación de los antecedentes delictivos por cumplir los requisitos del art. 136 CP⁵⁴.

Se ha introducido una novedad que merece una valoración positiva y es que si al concluir el concurso existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme (art. 178 bis.3.3.º LC) y ello porque el juez penal no se ve vinculado por la calificación del concurso (art. 163.2 LC). Se evita así que pueda decretarse la exoneración cuando todavía no hay resolución firme en el ámbito penal, interpretación que había sido mantenida por jueces mercantiles⁵⁵. Se excepciona la regla contenida en el art. 189 LC, de forma que el concurso no puede concluir hasta que no lo haya hecho el proceso penal.

⁵³ En contra, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 87, entiende que habrá que estar a la fecha de la comisión de los hechos.

⁵⁴ En contra, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p.238, “quien defiende que aquellas personas que hubieran cancelado sus antecedentes penales puedan optar a la remisión, ya que no tiene sentido que operando estos mecanismos liberatorios en la jurisdicción penal, sin embargo, se prive al deudor del acceso a los mecanismos exoneratorios de la LC cuando ya ha satisfecho completamente las responsabilidades penales». En el mismo sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: *op. cit.*, p. 89. También así lo entienden los jueces de lo mercantil en el seminario celebrado de 15 de junio de 2016, cit., p. 4. A mi juicio, creo que no deben mezclarse ambos aspectos, pues en ningún caso la LSOp hace depender la exoneración del cumplimiento o no de las penas y de las responsabilidades civiles. Ese comportamiento pasado no le hace «merecedor» del perdón, por más que el reproche penal haya cesado. Lo importante es haber sido condenado por tales delitos. No creo que sea razonable hacer interpretaciones extensivas de la norma para dar entrada a deudores cuyo comportamiento patrimonial ha sido reprochable. Sería llamativo que un ex delincuente pudiera ver exoneradas las deudas, y otro que no ha delinquido, pero, por ejemplo, no ha cumplido (sin dolo o culpa grave) los deberes del art. 42 LC no pudiera beneficiarse de la exoneración.

⁵⁵ Así se hizo constar en las Conclusiones de la reunión de los magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLe-EmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf> ¿Qué ocurrirá si al momento de decidir sobre la exoneración del pasivo se está instruyendo o juzgando al deudor concursado por uno de esos delitos? La mayoría de los firmantes señaló que «se trata de una norma impeditiva de la obtención de un beneficio, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, y dado que el art. 178.2 LC exige la condena, dicha situación no puede ser impedimento para la concesión de la exoneración». Con el texto vigente esta interpretación ya no se puede mantener.

3.3. El intento de acuerdo extrajudicial previo. En particular, la posición jurídica del deudor que no reúne los requisitos del art. 231 LC

Especiales problemas plantea el requisito de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos que no puede entenderse como meramente formal y limitador de la eficacia del régimen de SOP. Está presente en la mayoría de los ordenamientos, ya que la posible exoneración del pasivo pendiente actúa como estímulo positivo al acuerdo. Ello tiene indudables ventajas, pues una salida convencional extrajudicial de la crisis evita que el deudor entre en concurso y que un dato negativo de solvencia pueda obstaculizar el acceso al mercado crediticio, máxime en un sistema de información financiera como el español, que pone serios obstáculos a la circulación de información positiva⁵⁶. Supone también ahorro en términos de costes, pues son menores que los generados en un procedimiento judicial. Como se ha señalado, el deudor puede tener un incentivo para hacer una oferta superior a los acreedores para evitar las molestias del procedimiento judicial, lo que beneficiaría a los acreedores. Asimismo, la solicitud que llega a los tribunales después de un intento fallido de negociación puede estar ya bien preparada y, por tanto, es más fácil de procesar⁵⁷.

No basta que el deudor carezca de bienes y derechos (insuficiencia de masa) para eximirse de tal requisito para acudir directamente a la exoneración. Creo que no hay base legal para afirmar, como se ha hecho, que basta que el deudor carezca de bienes e ingresos para eximirle de la necesidad de acudir al AEP por entenderse que «la aplicación estricta de la norma le fuerza a un peregrinaje por el previo intento de acuerdo extrajudicial que necesariamente habrá de fracasar ante la inexistencia de ingresos y bienes con el que poder hacer frente a los posibles acuerdos con los acreedores»⁵⁸. A mi juicio, siempre es posible un acuerdo, aunque sea un aplazamiento. Pero aunque parezca inútil la norma, hay que cumplirla. No hay base legal para convertir un requisito general en excepcional, ya que no serán pocos los casos en los que el deudor llega sin masa al concurso. Así se ha entendido en la sentencia de la AP de Pontevedra de 25 de enero de 2016 (JUR 2016/29419). En la actualidad, tras la crisis, es lógico que los deudores lleguen sin patrimonio. La idea es que en el futuro los deudores lleguen con posibilidades de alcanzar un acuerdo y su conducta en esta fase debe tener

⁵⁶ Sobre el acceso al crédito tras la obtención de una exoneración de deudas, cfr. CUENA CASAS, M.: «Fresh Start y mercado crediticio». *InDret*, julio 2011 <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>. Y también CUENA CASAS, M.: «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Cizur Menor, 2015, pp 62 y ss.

⁵⁷ Banco Mundial: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo n.º 31, enero-abril 2014, p. 254. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct-2012DRAFT.pdf>

⁵⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 147.

impacto en la valoración de la buena fe a efectos de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho.

La aplicación práctica del requisito de intento de AEP presenta no pocos problemas, porque se establece este presupuesto general para inmediatamente excepcionarlo en el art. 178 bis.3. 4.º LC para el deudor que abona un umbral de pasivo mínimo. La técnica es lamentable porque se ha querido mantener el régimen anterior introducido por la LE, en el que bastaba la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo para lograr la exigua exoneración que se contemplaba y en la que no se exigía como requisito el acceso a un procedimiento para lograr el AEP, entre otras cosas porque los consumidores no podían acudir a él. Por ello, no se configuró como requisito general. Tan sólo se trató de estimular la salida convencional de la crisis fijando un umbral de pasivo mínimo más generoso para aquel deudor que intentara el acuerdo.

En el art. 178.2 LC, en su redacción dada por la LE⁵⁹, se establecía un umbral de pasivo mínimo general del pasivo contra la masa privilegiado y el 25% pasivo ordinario y este último era excepcionado si el deudor había intentado acuerdo extrajudicial.

A este sistema se ha querido añadir, como si de un *collage* se tratara, el nuevo régimen que prevé el abono de deudas no exonerables a través de un plan de pagos. Cuando el planteamiento inicial es erróneo, el resultado es el que tenemos. A pesar de la similitud, el planteamiento del art. 178 bis es distinto. Al margen de la opción del plan de pagos, se mantiene la posibilidad de obtener la exoneración abonando un umbral de pasivo mínimo, si bien *el umbral de pasivo mínimo satisfecho establecido con carácter general es el pago del pasivo privilegiado y contra la masa*. El abono del 25% del pasivo ordinario se diseña para el deudor que no intenta un acuerdo extrajudicial de pagos, pudiendo hacerlo.

El principal problema que se plantea es la *posición jurídica en la que se encuentra el deudor que no puede intentar un AEP* por no cumplir los requisitos del art. 231 LC. Este supuesto no es infrecuente en la práctica, dado que son muchos los deudores que avalan con su patrimonio personal las deudas de una

⁵⁹ Artículo 178.2 de la LC en su redacción dada por la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre de 2013. «*La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.*»

sociedad, de forma que, en caso de insolvencia de ésta, un importante pasivo puede recaer sobre el deudor persona natural, pasivo que puede superar los cinco millones de euros, lo cual le vetaría el acceso al procedimiento para lograr un AEP.

Por razones obvias y porque lo dispone expresamente el art. 178 bis.3.3.º LC, el intento de AEP no es exigible al deudor que no reúne los requisitos del art. 231 LC. El problema es si debe o no en todo caso abonar el 25% del pasivo ordinario en caso de que se acoja a la opción del abono de umbral de pasivo mínimo (art. 178 bis.3.4.º LC). A mi juicio, tal deudor podría también lograr la exoneración abonando los créditos contra la masa y el pasivo privilegiado y, caso de no poder hacerlo, puede aceptar someterse a un plan de pagos. Entiendo que **el requisito general de intentar un AEP es exigible al deudor, que puede acudir a tal procedimiento y se exceptiona si abona el 25% del pasivo ordinario**. El requisito general de intentar un AEP no es un requisito exigible al deudor que opta por abonar un umbral de pasivo mínimo, ya que dicho presupuesto resulta exceptuado de manera expresa en el art. 178 bis.3.4.º LC. Un deudor que reúne los requisitos del art. 231 LC puede no intentar un AEP, pero tendrá que abonar el 25% del pasivo ordinario.

El sentido de la norma (art. 178 bis.3.4.º LC), al igual que sucediera con el art. 178.2 LC en su redacción dada por la LE, es constituir un estímulo positivo al acuerdo, de forma que sólo operaría el requisito adicional de abonar el 25% del pasivo ordinario para el deudor que pudiendo acudir a tal procedimiento no lo hace. Esto no sucede con el deudor que no puede en ningún caso intentarlo por no cumplir los requisitos del art. 231 LC.

No comparto la tesis de aquellos que entienden que la exigencia del intento del AEP es inexcusable para todo deudor que reúne los requisitos del art. 231 LC y que el abono del 25% del pasivo ordinario está reservado precisamente para los deudores que no cumplen tales requisitos y no pueden iniciar un procedimiento para lograr el AEP⁶⁰. El propio tenor literal del precepto desaconseja tal interpretación por cuanto el abono del 25% del pasivo ordinario se reserva para el que «no intentó el acuerdo», no para el que no reúna los requisitos del art. 231 LC, mención que se hace expresamente en el art. 178 bis.3 LC cuando la ley se quiere referir a tal deudor. Siguiendo un criterio puramente gramatical, el verbo «intentar», utilizado en el texto legal, significa, según el diccionario de la RAE: «tener ánimo de hacer algo», preparar, iniciar la ejecución de algo, procurar, pretender. Es obvio que el deudor que no puede, por prohibirlo la ley, acceder al procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, no puede intentarlo, luego la norma no va referida a este tipo de deudores.

⁶⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia», cit., p. 90.; SENENT, S: «El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RD-L 1/2015», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 23, 2015, p. 154.

Atendiendo a un criterio de interpretación teleológico y teniendo en cuenta los antecedentes legislativos del precepto (art. 3.1 LC), el establecimiento de un umbral de pasivo distinto, en función de que se hubiera intentado o no un acuerdo, es una norma que procede de la LE, y su finalidad era estimular la salida convencional de la crisis y es claro que al deudor que no puede acceder al procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos no se le puede valorar su voluntad de resolver anticipadamente su situación, ni tampoco, por tanto, deducir su buena conducta con ocasión de este particular motivo. Equiparar la situación del deudor que pudiendo no lo intenta con la del que no lo intenta porque no puede, violentaría el espíritu y finalidad de la norma, amén de su tenor literal que, como se ha señalado, establece como *umbral de pasivo mínimo general* el abono del pasivo privilegiado y los créditos contra la masa, a diferencia de la regulación anterior que se cita para evidenciar el contraste y el cambio de criterio del legislador.

Por tanto, entiendo que el intento de lograr un AEP no es un presupuesto general aplicable a todo deudor⁶¹ que reúne los requisitos del art. 231 LC cuando opta por el abono de umbral de pasivo mínimo, dada la excepción contemplada en el art. 178 bis.3.4 LC. No así para los casos de concurso sin masa, en los que por concepto no puede el deudor acogerse al art. 178 bis.3.4.º LC por carecer de activo para satisfacer el umbral de pasivo mínimo (sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección n. 4) de 12 noviembre de 2015. Ello lleva a que si el deudor no cumple los requisitos del artículo 231 LC, debe necesariamente abonar el 25% del pasivo ordinario, penalizándose, no su falta de interés en lograr una salida convencional de la crisis, sino el mero hecho de no cumplir los requisitos para acceder al procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos. Ello

⁶¹ En este sentido, PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley* n.º 8538. 13 de mayo de 2015, p. 12 (Smarteca), si bien no se pronuncia sobre la posición del deudor que no puede reunir los requisitos del art. 231 LC; FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: *La reestructuración de las deudas en la Ley de segunda oportunidad*, Madrid, 2015, p. 260; Parece mantener este criterio RUBIO VICENTE, P.: «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 24, 2016, p. 11 (Smarteca), si bien parece ir más allá, postura que no comparto. Entiende que «parece más razonable prescindir por completo de la obligatoriedad de este requisito en todos los supuestos y configurarlo únicamente con un carácter facultativo, aunque atribuyéndole a su cumplimiento la ventaja prevista en el apartado 4.º de no tener que satisfacer en esos casos el 25% de los créditos concursales ordinarios». Y añade: «no tiene ningún sentido que se exija su cumplimiento en aquellos casos en que se puede conocer de antemano que no se va a poder alcanzar un acuerdo alguno aunque se hallen comprendidos entre el elenco de supuestos obligatorios. Circunstancia que, lejos de reportar alguna ventaja, tan sólo conduce a gravar al deudor con un trámite más, pero abocado, sin embargo, al fracaso, un puro formalismo y por tanto retrasar el acceso a la inevitable declaración de concurso». Según lo afirmado, se descarta efecto alguno al art. 178 bis.3.3.º LC, que parece dejarlo vacío de contenido. No hay base legal para excluir la operatividad del precepto si el deudor acepta un plan de pagos. De hecho, a mi juicio, éste es su ámbito natural de aplicación. Entiende no obstante el autor que el deudor que no puede acudir al procedimiento para lograr un AEP, debe abonar el 25% del pasivo ordinario, aunque se muestra crítico con este resultado.

va en contra de la finalidad de la norma y se violentan los criterios de interpretación legales del art. 3.1 CC.

Ahora bien, es obvio que no podemos interpretar un precepto de forma que otro quede sin contenido. El art. 178 bis.3.3.º LC es aparentemente claro: todo deudor debe intentar un AEP si reúne los requisitos del art. 231 LC. Entiendo que el alcance de esta norma es precisamente el convertir tal presupuesto en inexcusable cuando el deudor acepta someterse a un plan de pagos (art. 178 bis.3.5.º LC). Así lo ha entendido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona, de 7 de marzo de 2016 (JUR/2016/ 113222)⁶².

La interpretación propuesta es respetuosa con los criterios legales de interpretación del artículo 3.1. del Código Civil.

Efectivamente, si se entiende que el deudor que no puede acudir al procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos debe en todo caso ser tratado como el que, pudiendo acudir, no lo intenta, debiendo abonar el 25% del pasivo ordinario, cabe plantearse *lo que acontece si opta por acogerse a un plan de pagos*, tal y como autoriza el artículo 178 bis.3.5.º LC y siempre que reúna los requisitos adicionales que en tal precepto se enumeran.

No cabe duda que el deudor que no cumple los requisitos del artículo 231 LC puede aceptar someterse al plan de pagos previsto en el artículo 178 bis.6 LC y el pasivo no exonerable se abonaría en el periodo de cinco años. En ese escenario cabría que se exonerara de todo el pasivo ordinario, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. Por tanto, si se acoge a un plan de pagos, todo el crédito ordinario sería objeto de exoneración. Por el contrario, según la interpretación que se rechaza, en el supuesto de que no se acogiera al plan de pagos y tuviera liquidez para abonar el umbral de pasivo mínimo de manera inmediata, entonces tiene que abonar el 25% del pasivo ordinario.

El resultado al que se llega es absolutamente absurdo y supone un estímulo positivo a que los deudores lleguen sin liquidez al concurso, dado que, si no pueden acceder al procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, si tienen activo deberían abonar el 25% del pasivo ordinario y si no tienen activo y se acogen al plan de pagos, todo el pasivo ordinario sería objeto de exoneración. Interesaría más acudir sin activos al procedimiento concursal, lo cual va contra el

⁶² No queda claro el criterio adoptado por los jueces de lo mercantil en el Seminario de 15 de junio de 2016, cit., p. 3. Se limitan a decir que en el supuesto del art. 178 bis.3.4.º LC, si no se ha celebrado o intentado celebrar un AEP, el deudor tendrá que abonar el 25% del pasivo ordinario. No se entra en qué sucede si el deudor no puede intentar el AEP. Sorprenden las interpretaciones generosas de los jueces en otros aspectos. Este no lo resuelven de manera explícita o sancionan al deudor que no pueden intentar el AEP con el pago del 25% del pasivo ordinario. Aquí sí hay base legal para mantener otra interpretación que no sea la literal.

fundamento mismo del concurso de acreedores que la rápida satisfacción de los intereses de los acreedores. Estaría en mejor condición el deudor que retrasa el pago cinco años, acogiéndose a un plan de pagos, que aquel que abona de manera inmediata el umbral de pasivo (art. 178 bis.3.4.º LC).

Tal y como está redactado el artículo 178 bis.3.4.º y 5.º LC, el deudor puede optar por el abono de umbral de pasivo mínimo o acogerse a un plan de pagos en el caso de que tal umbral no pueda satisfacerse. De esta forma, de entenderse que el deudor que no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos debe en todo caso satisfacer el 25% del pasivo ordinario, ello no sería obstáculo a que pueda optar por acogerse al supuesto contemplado en el artículo 178 bis.3.5.º LC, aceptando someterse a un plan de pagos. Así, abonados los créditos privilegiados y los créditos contra la masa que serían objeto del plan de pagos, cabría acordar la exoneración provisional del pasivo insatisfecho (todo el pasivo ordinario) sin plan de pagos, dado que se habrían satisfecho las deudas que serían objeto del mismo.

Por tanto, no hay obstáculo legal a que el deudor se acoja a la vía alternativa que ofrece el artículo 178 bis.3.5.º LC, siempre que cumpla con los requisitos adicionales que en tal precepto se enumeran.

La interpretación propuesta ha sido acogida en la *sentencia del Juzgado Mercantil n.º 8 de Barcelona de 16 de octubre de 2015 (JUR 2016/45474)*. Se trataba de un concurso de dos personas físicas iniciado antes de la entrada en vigor del artículo 178 bis LC. Ambos deudores no intentaron el acuerdo extrajudicial de pagos por estar vetado su acceso a los consumidores antes de la entrada en vigor de la Ley 25/2015. Los concursados solicitaron la exoneración del pasivo insatisfecho en tanto que cumplían los requisitos exigidos por el art. 178 bis LC. Los acreedores se opusieron alegando que no se habían cumplido tales requisitos porque el deudor no había satisfecho el 25% del pasivo ordinario. Se entiende que los deudores reúnen los requisitos legales para la obtención de la exoneración, no siéndoles exigible el intento de acuerdo extrajudicial de pagos, dado que no podían acudir a él porque no reunían los requisitos del artículo 231 LC al tiempo de la presentación del concurso. Los deudores habían satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y el 22% del pasivo ordinario.

En la sentencia citada se admite que los deudores se acojan al supuesto del artículo 178 bis.3.5.º (sometimiento a un plan de pagos) en la medida en que los deudores cumplen los requisitos adicionales que en tal precepto se enumeran. Se concluye que «*en la medida que las deudas que se deberían atender conforme al plan de pagos del apartado 5.º ya se han abonado, debo acordar la exoneración provisional del pasivo concursal insatisfecho sin plan de pagos puesto que están satisfechas las deudas que deberían ser objeto del mismo*».

Efectivamente, la posibilidad de acudir al supuesto del artículo 178 bis.3.5.º LC es alternativa, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, «cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos» y sólo se requiere cumplir los requisitos adicionales que se enumeran en tal apartado. Este criterio se sigue en la sentencia citada.

Por tanto, en el caso de que se mantenga la interpretación que critico de que con base en lo dispuesto en el artículo 178 bis.3.4.º LC, el deudor que no puede acceder al procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos debe necesariamente abonar el 25% del pasivo ordinario, ello no es obstáculo a que si no puede hacerlo, se acoja al plan de pagos previsto en el artículo 178 bis.3.5.º LC y por esa vía entender que el mismo resulta exonerado por más que, en su caso, no haya plan de pagos por haberse satisfecho las deudas que debían ser objeto del mismo.

Según la interpretación que estimo correcta, el sistema queda como sigue:

- a) Deudor que no reúne los requisitos de acceso al AEP contemplados en art. 231 LC: Tiene *dos* opciones:
 - 1.ª Abona el crédito privilegiado, crédito contra la masa.
 - 2.ª Se somete a un plan de pagos.
- b) Deudor que sí reúne los requisitos del art. 231 LC. Tiene *tres* opciones:
 - 1.ª Intenta AEP. Logra la exoneración provisional si abona el pasivo privilegiado y los créditos contra la masa.
 - 2.ª No intenta el AEP. Se excepciona el requisito general del art. 178 bis.3.3.º LC. Logra la exoneración provisional si abona el pasivo privilegiado y los créditos contra la masa y el 25% del pasivo ordinario.
 - 3.ª Sólo puede someterse al plan de pagos si intentó el AEP. En este sentido, puede decirse que el requisito previo del AEP es general para los deudores que cumplen las exigencias del art. 231 LC.

De esta forma, no se deja vacío de contenido el requisito general de intento de AEP previsto en el art. 178 bis.3.3.º, que opera siempre y en todo caso para el deudor que, reuniendo los requisitos del art. 231 LC, se somete a un plan de pagos.

Respecto de lo *que deba entenderse por intento para lograr un AEP*, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Logroño de 25 de febrero de 2016

(JUR 2016/49714) considera –a mi juicio– con acierto que no se puede entender intentado el acuerdo cuando la propuesta de acuerdo consistía precisamente en una quita del 100% de la deuda. Tal propuesta *«mal casa con intento serio alguno en tal sentido»*. *«El hecho de haber “tramitado formalmente” un AEP no permite entender que se haya “intentado” el mismo, como exige el número cuatro y, por lo tanto, será necesario exigir el abono del 25% de los créditos ordinarios para acceder a la exoneración por la vía ordinaria, o en su caso cumplir con las formalidades de la alternativa del número 5 de dicho artículo. En conclusión, un AEP donde se propone una quita del 100% de la deuda pudiera cumplir con el requisito del número 3.º “haya celebrado... un AEP”, pero nunca con el número 4, que obliga a abonar, al menos, el 25% de los créditos concursales ordinarios “si no hubiera intentado un AEP previo”»*.

Digno de mención es el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) de 25 de enero de 2016 (JUR 2016/29419). Declarado el concurso de persona física y concluido por insuficiencia de masa, se deniega la exoneración del pasivo insatisfecho por no cumplirse el requisito de haber intentado un AEP. Se había presentado la solicitud ante notario, quien rechazó la apertura del procedimiento, acto del que se carecía de prueba documental. El recurrente pretende entender cumplido el requisito de intento de AEP, por la notificación a los acreedores por burofax del plan de pagos presentado.

Entiende la Audiencia en el auto citado que *«el requisito del previo intento de AEP resulta una carga imperativa para el deudor insolvente que pretende la exoneración, también en los casos en los que no existía en apariencia posibilidad alguna de su obtención. La remisión a los acreedores de una oferta de pago y de remisión de la deuda no se contempla en la norma como alternativa a la exigencia anterior»*. Asimismo, respecto a la prueba de la negativa del notario a abrir el expediente, a juicio del tribunal, tal dificultad probatoria no existe.

A mi juicio, la negativa del notario a abrir el expediente no es suficiente para entender intentado el AEP, aunque la misma pudiera probarse. El deudor deberá dirigirse a otro notario para iniciar el expediente, de lo contrario, sería muy fácil burlar el requisito del intento de AEP.

Lo que no es admisible a mi juicio es que se considere intentado el acuerdo, en los casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar el concurso⁶³. No hay base legal para tal interpretación. Ningún poder le da la ley al mediador en este ámbito ni tampoco pueden dárselo los jueces. Este criterio puede suponer un estímulo a actuaciones fraudulentas y supone sustituir la voluntad de los acree-

⁶³ Es este el criterio de interpretación de los jueces de lo mercantil y Juzgado de Primera Instancia n.º 50 en el texto emanado del Seminario de 15 de junio de 2016, cit., p. 2.

dores por el criterio unilateral del mediador. Indirectamente se estimula a los deudores a llegar tarde al procedimiento para lograr el AEP. Si llegan sin bienes, tienen «premio», ir directamente a la exoneración, sobre todo si se tiene en cuenta que puede no declararse culpable el concurso por declaración tardía (art. 178 bis.3.1.º LC).

Particulares problemas plantean los *concursos que se están tramitando cuando entra en vigor la ley*. Respecto de los mismos, la disposición transitoria primera de la LSOp expresamente dispone la aplicación del régimen de exoneración del pasivo pendiente contemplado en el art. 178 bis LC, así como los apartados 3 y 4 del art. 176 bis y el art. 178.2 LC. Sin embargo, ello plantea dificultades porque faltará el requisito de haber celebrado o intentado un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 178 bis.3.3.º LC). Hay que tener en cuenta que los consumidores no podían siquiera acudir a este acuerdo extrajudicial y no se exceptiona la necesidad de concurrencia de este requisito para la aplicación del régimen a los concursos en tramitación. De ahí que se haya dicho que, si no hay un intento previo de AEP, el deudor sólo podrá optar a la exoneración en el concurso si acredita haber satisfecho el crédito contra la masa, privilegio especial y general, así como el 25% del pasivo ordinario. Si hubiera intentado el AEP podría optar por la vía del plan de pagos⁶⁴. Por tanto, los consumidores cuyo concurso se encontrara en tramitación y los empresarios que no hubieran intentado un AEP no se beneficiarían del régimen que permite la exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos.

No coincido con tal interpretación. La disposición transitoria es defectuosa desde el punto de vista técnico, pues su finalidad (aplicar la norma a los concursos en tramitación) no se logra con la redacción aprobada. Aplicando un criterio de interpretación teleológico, hay que entender que el requisito de haber intentado un AEP no es exigible porque iría contra la finalidad de la norma y llevaría a un resultado absurdo, que es la inaplicación del régimen más favorable contenido en el nuevo art. 178 bis. Afirmar lo contrario implica que sería de aplicación el régimen de segunda oportunidad que ya estaba diseñado en la regulación anterior dada por la Ley de Emprendedores. Es más, sería todavía menos favorable para el deudor la retroactividad por cuanto con el nuevo art. 178 bis LC, toda exoneración (con o sin plan de pagos) es provisional, cosa que no sucedía en la regulación anterior. En conclusión, si el art. 178 bis LC es de aplicación a los concursos en tramitación necesariamente debe excluirse el requisito de haber intentado un AEP, que es un instituto preconcursal. Así se ha hecho en la *sentencia del Juzgado Mercantil n.º 8 de Barcelona de 16 de octubre de 2015 (JUR 2016/45474)* y en la del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 3 de marzo de 2016 (JUR 206/83282).

Es cierto que en la propia disposición transitoria se exceptiona en su apartado segundo la obligación de presentar la solicitud de una AEP en el formulario nor-

⁶⁴ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La reestructuración» cit., p. 324.

malizado a que se refiere el art. 232.2 LC. Pero entiendo que esta excepción es respecto a la formalidad de la solicitud mediante el formulario y sirve para argumentar que se pueda llegar a la exoneración sin intentar un AEP⁶⁵. Yo creo que se debe poder llegar a la exoneración sin haber intentado un AEP, pero porque, como he dicho, de otra forma no se puede aplicar el art. 178 bis a los concursos en tramitación o, si se aplica, sería en un régimen menos favorable para el deudor y eso no tiene ningún sentido.

3.3. Que abone un umbral de pasivo mínimo o se someta a un plan de pagos

Se considera que tiene buena fe el deudor que consigue satisfacer un umbral de pasivo mínimo que varía en función de que haya decidido o no acogerse a un plan de pagos. Ya he criticado este planteamiento. La cantidad de pasivo que satisfaga el deudor nada tiene que ver con el concepto de buena fe. Puede establecerse como requisito, pero no configurarlo como buena fe. Me cuesta trabajo admitir que sea considerado de «mala fe» alguien sólo por carecer de recursos y de liquidez.

Se excepciona el requisito general del intento de AEP antes mencionado y recogido en el art. 178 bis. 3.3.º LC. En ese caso, si abona los créditos contra la masa, los privilegiados y 25% del pasivo ordinario obtendrán la exoneración provisional (art. 178 bis. 4. LC). En el supuesto de que el deudor haya intentado el AEP, entonces basta que abone los créditos contra la masa y el pasivo privilegiado.

La LSOp introduce como novedad el acceso a la exoneración por parte del deudor en los casos de conclusión de concurso por insuficiencia de masa, quienes en ningún caso podrán acogerse a esta opción de abono de umbral de pasivo mínimo. Tales deudores deberán necesariamente someterse a un plan de pagos del pasivo no exonerable. No obstante, antes de la reforma operada por la LSOp, el deudor que satisfacía tal umbral de pasivo obtenía la exoneración definitiva. Ahora, como ya he señalado, obtendrá una exoneración provisional, que sólo se convertirá en definitiva cuando transcurran cinco años si no ha sido revocada. El texto del art. 178 bis.4 LC se refiere a todo deudor que cumpla los requisitos, acepte el plan de pagos o abone el umbral de pasivo mínimo. Cuando el legislador se quiere referir sólo al deudor que se acoge a un plan de pagos, lo hace de manera expresa, tal y como hace en el art. 178 bis.5 LC.

Por último, y como ya se ha señalado, la satisfacción del umbral de pasivo mínimo exige en todo caso la liquidación del patrimonio, de forma que puede suceder que se hayan superado tales umbrales.

⁶⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...» cit., p. 216.

3.4. En particular, el *plus* de buena fe exigido al deudor que se somete a un plan de pagos

El art. 178 bis.3. 5.º LC diseña un régimen alternativo para el deudor que no puede satisfacer los umbrales de pasivo mínimo contemplados en el apartado 4, permitiendo que satisfaga el pasivo no exonerable sometiéndose al cumplimiento de un plan de pagos que durará cinco años (art. 178 bis.6 LC). Para poder optar por este sistema es inexcusable haber intentado un AEP si el deudor reúne los requisitos del art. 231 LC.

El primero de estos requisitos adicionales es *que acepte someterse a un plan de pagos* (art. 178 bis.3.5.º I LC). Ya se ha señalado que, aunque la ley no lo diga de manera expresa, la solicitud debe incluir la propuesta de plan de pagos. El sistema es absurdo porque no se acierta muy bien a entender a qué plan de pagos se puede obligar al deudor cuando no tiene nada y su patrimonio se ha liquidado.

El segundo requisito es *que el deudor no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el art. 42 LC*. Podría considerarse ociosa esta mención por entenderse que el incumplimiento de tales deberes conduciría a la declaración de concurso culpable que por sí mismo veta el acceso a la exoneración (art. 178 bis.3.1.º LC), pero realmente no lo es. Tras la reforma del art. 165.1 LC operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se presume el concurso culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores *«hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal»* (art. 165.1.2.º LC). El cambio se traduce en que ya no se presume dolo o culpa grave, sino que se presume la culpabilidad del concurso. Con todo, sigue siendo una presunción *iuris tantum* y puede no haberse declarado el concurso culpable por esta razón por no haber concurrido dolo o culpa grave. De cara a la obtención de la exoneración de deudas, todo incumplimiento de tales obligaciones, al margen del reproche culpabilístico, puede provocar la pérdida del beneficio aunque sólo para los deudores que se sometan a un plan de pagos. Para el resto no, lo cual, como he dicho, carece de justificación.

Otra exigencia adicional es que el deudor no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años. En la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno⁶⁶, con objeto de evitar situaciones de riesgo moral, se impone un plazo que necesariamente debe haber transcurrido desde que se obtuvo la última exoneración de deudas. La LSO⁶⁷ sigue este criterio fijando este plazo en diez años, pero sólo para el deudor que se somete a un plan de pagos.

⁶⁶ Así, por ejemplo, en Francia el plazo es de ocho años (L 331-7-1 Código de Consumo francés) y en Alemania y Portugal, de diez años (art. 238 Código de Insolvencia portugués, § 290 InsO alemana).

No se acierta a entender qué razón justifica el que el deudor que satisface el umbral de pasivo mínimo no tenga una limitación semejante. Parece que se ha mantenido el sistema anterior instaurado por la LE en el que no existía ningún tipo de limitación, probablemente porque se pensaba ya desde el principio que pocos deudores iban a abusar de un sistema tan restrictivo en cuanto al pasivo exonerable y que exigía tanta liquidez a un sujeto insolvente. Aunque puedan ser pocos los casos en los que el deudor se acoja al sistema de abono del umbral de pasivo mínimo, creo que por coherencia debiera restringirse el segundo acceso al sistema.

Dado que del fracaso se aprende y un régimen de SOP permite que el deudor pueda volver a empezar, lo razonable no es sólo poner un plazo, sino imponer deberes de formación al deudor en el período quinquenal. La educación financiera es otro de los pilares imprescindibles para lograr una efectiva prevención del sobreendeudamiento privado. En España existen muchas limitaciones en este terreno, dada la práctica ausencia de esta materia en la educación obligatoria. Una buena forma de paliar esta carencia es imponiendo al deudor el cumplimiento de la obligación de realizar cursos de educación financiera, tal y como sucede en USA⁶⁷.

En cuanto al cómputo del plazo de los diez años, el mismo sería sencillo si la exoneración fuera directamente definitiva. Al haber optado el legislador por la temporización de la obtención del beneficio en un período de cinco años, cabe plantear si el inicio del cómputo de los diez años se produce con la exoneración provisional o con la definitiva. Si se opta por esta última, en realidad el bloqueo para solicitar una SOP se prolongaría quince años. Es por ello que entiendo que el inicio del cómputo debe situarse en la resolución que declare la exoneración provisional del concurso. No creo que haya que tener en cuenta el momento en el que se efectúa la solicitud, dado que ésta puede ser desestimada. Se trata de que el deudor no *haya obtenido*, no que no haya solicitado.

También ha planteado dudas el término final, es decir, si tiene que haber transcurrido el plazo de diez años cuando se declara el concurso o cuando el deudor formula la solicitud. Entiendo que la restricción temporal afecta a la exoneración.

⁶⁷ En USA, el deudor que se ha beneficiado de una exoneración de deudas debe también llevar a cabo con posterioridad al proceso concursal un curso de educación financiera que deberá certificar una agencia de asesoramiento crediticio acreditada. Estos cursos deben ser financiados por el deudor y tienen un coste aproximado entre 50 y 100 dólares. Si el deudor no lleva a cabo el asesoramiento crediticio que le impone la ley, pierde el derecho a liberar el pasivo pendiente, al margen de las circunstancias del caso concurrentes. Título 11 U.S.C. § 727(a) (11). Cfr. GROSS, K. y BLOCK-LIEB, S.: «Empty mandate or opportunity for innovation? Pre-petition credit counseling and post-petition financial management education», 13 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 549 (2005). KILBORN, J.: «Mandatory Financial Education As Prerequisite to Personal Insolvency Relief: The North American Experience», en *Hacia un préstamo y consumo responsable*, dirigido por CUENA CASAS, M., Thomson Aranzadi, en prensa.

ción de deudas y no al concurso posterior. Es en el momento de la solicitud de la exoneración y no cuando se declara el concurso consecutivo en su caso, el que a mi juicio, ha de tenerse en cuenta. Es posible que el deudor retrase la declaración de concurso sólo para cumplir este requisito, intencionalidad que debe ser detectada por el juez de cara a una eventual declaración de concurso culpable. Aunque esta causa se ha excluido expresamente en el art. 178 bis.1.º, entiendo que habría dolo o culpa grave.

Asimismo, *el deudor no debe haber rechazado una oferta de empleo adecuada dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso*. El rechazo de la oferta de empleo tiene que haberse producido en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso. No obstante, si lo hace durante el periodo de cinco años de duración del plan es también causa de revocación (art. 178 bis.7 a) LC), por lo que hay un control antes de que se decrete la exoneración provisional, como *ex post* durante el plazo de cinco años.

El deudor tiene que hacer todo lo posible por obtener ingresos y satisfacer los intereses de los acreedores, lo cual parece razonable. Ahora bien, este requisito tiene sentido si no se impone como obligatorio el pago de la deuda no exonerable para la extinción de las que sí se exoneran. Se trata de que el deudor se rehabilite y para ello tiene que hacer lo posible para encontrar empleo y tener ingresos. Este es el enfoque de este requisito en el Derecho alemán⁶⁸, que también exige un periodo de buena conducta, pero sin supeditarlo a un plan de pagos preestablecido. El deudor destina sus ingresos futuros a pagar «lo que pueda» a sus acreedores y de ahí que se controle su interés en encontrar empleo.

Por tanto, este requisito tiene sentido cuando el deudor no tiene que cumplir un plan de pagos para lograr la exoneración definitiva, que es lo que exige el Derecho español, que permite la revocación de la exoneración por incumplimiento de plan de pagos [art. 178 bis.7.b) LC]. De hecho, este presupuesto se incluyó en una de las propuestas que se manejaron para elaborar la reforma, en la que no se establecía la obligación de cumplir un plan de pagos. Posteriormente se incluyó esta exigencia, que privaba de mucho sentido al anterior requisito.

La carga de la prueba del rechazo de una oferta de empleo la tienen los acreedores y, en su caso, el administrador concursal, dado que al tratarse de un dato negativo es de imposible prueba por parte del deudor. Serán aquéllos los que, en el trámite de oposición a la solicitud del beneficio (art. 178 bis.4 LC), deberán acreditar que el deudor rechazó una oferta de empleo «adecuada a su capacidad».

⁶⁸ Parágrafo 295 de la Ley de Insolvencia alemana. Durante el periodo de buena conducta, el deudor «*debe desarrollar una adecuada actividad lucrativa y, si está sin empleo, hacer lo necesario para encontrarlo y no rechazar una actividad razonable*».

No creo que se trate de un empleo adecuado a su experiencia, formación o titulación. Nos encontramos con un deudor insolvente, que carece de ingresos para satisfacer los derechos de sus acreedores, que ven cómo han sido expropiados sin justiprecio sus derechos. Debe tratarse de un empleo que el deudor sea capaz de realizar aunque sea de categoría inferior a su preparación. El deudor debe ser «capaz» para realizar tal actividad y no es «capaz» si carece de preparación física o intelectual para ello.

Los acreedores podrán probar el rechazo a una oferta de empleo, por cualquier medio de prueba, si bien, entiendo que podrán solicitar un certificado al INEM en el que se haga constar que el deudor no recibió ofertas⁶⁹.

Por último, *el deudor que se acoja a un plan de pagos deberá aceptar de forma expresa en la solicitud, la constancia de la obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Registro Público Concursal* durante el plazo de cinco años. El deudor que satisfaga el umbral de pasivo mínimo (art. 178 bis.3.4.º LC) y obtenga igualmente la exoneración aparecerá en el Registro Público Concursal⁷⁰. Esta discriminación, a mi juicio, no está justificada, pues los derechos de los acreedores se ven sacrificados en ambos supuestos.

La inclusión de este requisito es criticable y favorece la exclusión financiera del deudor que ha obtenido la exoneración. Indirectamente con esta medida, se está disuadiendo a los deudores para solicitar la exoneración del pasivo pendiente. Si lo que se quiere es rehabilitar al deudor, debe favorecerse su acceso al mercado crediticio y no obstaculizarse aún más. Esta medida es innecesaria, pues el que el deudor haya recibido una exoneración de deudas es un dato negativo en su historial crediticio, que se haría constar en los ficheros de solvencia negativos. Además, al auto de conclusión del concurso ya se le dota de cierta publicidad (art. 177 LC) y el art. 178 bis.8 LC expresamente prevé que la resolución que declare la exoneración definitiva de deudas se publicará en el Registro Público Concursal y ello afectará a todo deudor se acoja o no a un plan de pagos. Si algo sobra en la LSOp es precisamente eso, publicidad.

Como acertadamente se ha dicho, la idea de revelar el propio fracaso, ya sea por escrito o en persona, frente a un administrador público o privado, representa un acontecimiento vergonzoso y estigmatizante. Estos sentimientos actúan como poderosos incentivos para los deudores, que están considerando acudir al auxilio que presta el sistema de insolvencia⁷¹. Pues bien, parece que con esta publicidad de la obtención del beneficio se pretende precisamente eso: que los deudores no recurran al proceso,

⁶⁹ La obtención de tal información no requeriría el consentimiento del afectado y encontraría amparo en el art. 6.2 de la Ley de Protección de Datos personales.

⁷⁰ Regulado en art. 198 LC y desarrollado por el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

⁷¹ BANCO MUNDIAL: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 251.

pues son más los inconvenientes asociados al mismo que las ventajas. Para un empresario insolvente, la obtención de futura financiación es decisiva y esta publicidad adicional favorece su exclusión financiera. No se trata de ocultar el dato negativo, sino que se rija por las reglas generales de los ficheros de solvencia negativos.

Bastaría que el dato conste en los ficheros de solvencia patrimonial (el acceso a los mismos está regulado en el art. 42 del Reglamento de protección de datos) y en la CIRBE que gestiona el Banco de España. Si el dato sólo constara en un fichero privado de solvencia, en principio, y según los criterios de reciprocidad imperantes, podrían acceder a los datos aquellos sujetos que a su vez aporten datos al fichero. Por el contrario, el acceso al Registro Público concursal es más amplio y más abierto.

Por otro lado, no hay que olvidar que el art. 41.2 del Reglamento de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre) dispone que los datos de solvencia negativos se cancelarán por el pago o cumplimiento y en los demás casos cuando se hubieran cumplido seis años, contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico. Pues bien, el cumplimiento del plan de pagos no tiene efectos en la publicidad en el Registro Público Concursal. El dato negativo de haber obtenido una segunda oportunidad permanece cinco años, sin que se excepcione este plazo por cumplimiento previo, lo cual es absurdo. Y además hay que sumar el año adicional que permanecerá en los ficheros de solvencia negativos. Hay una descoordinación en la regulación evidente y sobre todo hay hiperregulación.

No sólo el Gobierno no se ha atrevido a regular los ficheros positivos de solvencia (los que informan del historial de cumplimiento del deudor) que favorecen el acceso al crédito, sino que sigue estimulando la publicidad de datos negativos que provocan exclusión financiera, en contra de lo que se postula a nivel internacional⁷².

Si queremos que el sistema de insolvencia personal cumpla de manera efectiva los beneficios para los que se ha creado, es indispensable introducir cambios en el sistema de información crediticia, de forma que se evite que aquél tenga un impacto negativo en el mercado crediticio⁷³. El coste de los impagos puede propagarse a buenos y malos pagadores, generándose un encarecimiento generalizado del coste crediticio. Es por ello imprescindible una regulación de los ficheros de solvencia positivos, que permita una adecuación del coste crediticio a la prima

⁷² «Banruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs», 2014, p. 70 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=7962&lang=es.

⁷³ Trato de esta cuestión analizando el contraste con el sistema de información crediticio vigente en USA en el trabajo «Fresh Start y mercado crediticio», Revista *InDret*, julio 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

de riesgo real de cada deudor, de forma que el que se benefició de una SOP pague tipos de interés superiores a los aplicados a los buenos pagadores⁷⁴.

IV. DEUDAS EXONERABLES

Una de las variables que determinan la eficacia de un sistema de insolvencia personal es precisamente el pasivo exonerable. Así como hay que ser riguroso con las exigencias de conducta del deudor merecedor del beneficio, con objeto de evitar situaciones de riesgo moral y de fraude, por el contrario, hay que ser generoso cuando de pasivo exonerable se trata. Cuantas más deudas queden excluidas de los efectos de la exoneración, menos eficaz será el régimen de la insolvencia en el logro de la rehabilitación del deudor⁷⁵.

Pues bien, cuando se analizan las deudas que se exoneran en la LSOp se deduce claramente el carácter restrictivo de la norma y se evidencia su marcado carácter electoralista. Son pocas las deudas que se extinguen y además el criterio utilizado para su determinación es muy criticable.

Efectivamente, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, el legislador español no ha establecido una lista en la que se especifiquen deudas no exonerables, sino que ha seguido el criterio de excluir determinados créditos en función de su clasificación en el concurso.

Así, de los dos modelos que acoge la norma, *el deudor que abona un umbral de pasivo mínimo* (art. 178 bis.3.4.º) se exonerará del 75% del pasivo ordinario y el crédito subordinado o del 100% si intentó un AEP. Por tanto, quedan fuera de la exoneración los créditos contra la masa, el crédito privilegiado y el 25% del pasivo ordinario, según se haya intentado o no un AEP.

Por el contrario, *si el deudor se somete a un plan de pagos*, el pasivo exonerable, sorprendentemente, cambia y según lo dispuesto en el art. 178 bis.5 LC, se

⁷⁴ Así sucede en USA, donde no hay restricciones al flujo de información positiva. El recién concursado puede acceder al mercado crediticio, pero con tipos de interés más altos. Cfr. HAN SONG y GENG, LI: «Household borrowing after personal bankruptcy» *Journal of Money, Credit and Banking* n.º 43, 2011, pp 491-517. Son muchos los estudios realizados en USA sobre el impacto de la exoneración de deudas en el acceso al crédito del concursado y cuyos efectos están vinculados al sistema de información crediticia. La exoneración de deudas inmediata mejora en cierta medida el *score* crediticio porque suprime multitud de datos negativos de solvencia del historial del deudor. Y el hecho de que el deudor no pueda volver a declarar en concurso en el plazo de diez años, tal y como establece la legislación en USA, en cierto modo favorece su acceso al crédito, pues el prestamista tiene menos riesgo de perder su derecho de crédito *Vid.* JAGTIANI, Julapa and LI, Wenli: «Credit access after consumer bankruptcy filing: new evidence» 2014 FRB of Philadelphia Working Paper No. 14-25. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2494402> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2494402>.

⁷⁵ BANCO MUNDIAL: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 332.

extiende a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de la conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. En cuanto a los créditos con garantía real enumerados en el art. 90.1 LC, se exonerará la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo que el sobrante no tenga la naturaleza de crédito ordinario y subordinado.

El sistema diseñado en la LSO^p es criticable por varias razones. En primer lugar, un error grave de planteamiento es haber determinado las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso y ello porque los criterios de la clasificación de un crédito como subordinado o privilegiado se sustentan en razones que, sirviendo para determinada finalidad, pueden no ser aptas para justificar una exoneración de deudas. *Fallos cometidos por el legislador en la calificación de un crédito se propagan al régimen de la exoneración*. Tal es lo que acontece con la configuración como subordinados de los créditos del concursado con personas especialmente relacionadas con él a que se refiere 92.5.º LC y que son enumeradas en el art. 93 LC. En España, la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que opera de manera automática⁷⁶ y al margen de los privilegios especiales o generales que tuviera el acreedor, salvo que se trate de créditos laborales (art. 92.5 LC). Se prescinde de la naturaleza del crédito que tales personas ostenten contra el deudor y tal tratamiento jurídico se sustenta sobre una suerte de presunción *iure et de iure* de fraude: en caso de deudor persona natural se parte de la base de que la familia es utilizada para defraudar los derechos de los acreedores y de una suerte de corresponsabilidad de la persona especialmente relacionada en la situación de crisis.

Pues bien, este planteamiento, erróneo a mi juicio y que ya denuncié en otro lugar⁷⁷, conduce a resultados intolerables cuando se vincula a la exoneración de deudas la clasificación del crédito. Así, en España, el impago de pensiones compensatorias por desequilibrio económico a favor de un cónyuge que lo era dentro de los dos años antes de la declaración de concurso es crédito subordinado y, por tanto, exonerable; la indemnización de daños y perjuicios que el concursado debe

⁷⁶ En relación con los *insiders*, se aleja el Derecho español de la *equitable subordination* propia de USA, que da margen al juez para determinar subordinación atendiendo a las circunstancias del caso concreto o del régimen contemplado en la ley de insolvencia alemana en la que la condición de persona especialmente relacionada con el deudor facilita el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa activa, existiendo una presunción de perjuicio patrimonial que favorece la rescindibilidad del acto por el administrador concursal que sólo debe probar que el contrato que se pretende rescindir está celebrado con un sujeto cercano (*nahestehende personen*), así como que tal acto se ha llevado a cabo en el período legal de impugnación. Cfr. FERRÉ FALCÓN, J.: «Los créditos subordinados», en *Estudios de Derecho Concursal*, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2006, p. 328.

⁷⁷ CUENA CASAS, M.: «Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física», *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 7, 2009. pp. 91-112 <http://eprints.ucm.es/9714/>.

a un tercero es crédito privilegiado (art. 91.5.º LC) y no será exonerable, pero si el concursado, por ejemplo, a quien causó daños es a su mujer o a su padre, el crédito es subordinado y, por tanto, podrá ser exonerado con base en el art. 178. bis LC, algo que no sucede en ningún país civilizado.

Afortunadamente, la LSOp ha modificado el art. 91.5.º LC, exceptuando la regla de la subordinación a los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso, los cuales tendrán la consideración de crédito ordinario. Las prestaciones por alimentos que se devenguen con posterioridad a la declaración de concurso son créditos contra la masa y no exonerables en ningún caso (art. 47 y 84.4.º LC). Respecto a las debidas y no pagadas, el deudor podrá exonerarlas *porque se trata de un crédito ordinario* y siempre que no se acoja a un plan de pagos. Sin embargo, si el deudor se somete a un plan de pagos, las deudas por alimentos no se pueden exonerar. ¿Qué razón justifica esta diferencia de trato? La solución y la discriminación es absolutamente injustificada. En ningún país civilizado se exoneran las deudas por alimentos (su impago es ilícito penal, pero no delito contra el patrimonio que impida la exoneración) porque supone eludir la responsabilidad del deudor hacia su familia.

En la mayoría de los países que acogen la SOp se excluyen determinadas deudas de la exoneración, singularmente las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil o las deudas de alimentos⁷⁸, así como las multas y otras sanciones. Aquí la naturaleza de la deuda es irrelevante (salvo para el deudor que se acoge a un plan de pagos). En esta sede no se trata de determinar qué acreedor debe cobrar antes que otro, sino qué deudas merecen o no ser exoneradas por su carácter asistencial, como sucede con los alimentos, o porque denotan un comportamiento reprochable del deudor. El planteamiento debe necesariamente ser distinto, pero se mantienen en este punto errores que ya estaban presentes en la regulación emanada de la LE.

También es censurable el tratamiento que se brinda al crédito de derecho público⁷⁹. El deudor que abona el umbral de pasivo mínimo, podrá exonerarse del

⁷⁸ Así, por ejemplo, art. 142, Legge Fallimentare italiana, art. 245, Código da Insolvência português, L 333-1 Code Consommation francés.

Así se sugiere en la Guía Uncitral: «Algunos tipos de deudas pueden quedar excluidas de la exoneración, por ejemplo, las derivadas de daños extracontractuales o de acuerdos de alimentos o de pensión alimentaria (pagos al cónyuge divorciado o para el sustento de los hijos del deudor); las deudas fraudulentas; las deudas basadas en multas impuestas como sanción sustitutiva de la pena de prisión y las deudas fiscales», UNCITRAL, «Legislative guide on Insolvency law», 2005 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf p. 333.

⁷⁹ Se parte del concepto contenido en el art. 5.2. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria: «Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas». La sentencia del TS de 16 de julio de 2013 (RJ 2013/5199) concreta el concepto de créditos de Derecho público a que alude el art. 91.4 LC: «La ubicación sistemática de esta mención a los “demás (créditos) de derecho

crédito público ordinario y subordinado. Por el contrario, si el deudor se somete a un plan de pagos, todo el crédito público está expresamente excluido (art. 178 bis.5.1.º LC). Esta diferencia de régimen jurídico carece de toda justificación. Resulta lamentable que los créditos por multas y sanciones pecuniarias puedan ser exonerados. Esta es una excepción tradicional a la exoneración de deudas en los países de nuestro entorno⁸⁰.

Por tanto, el crédito público es intocable, aunque sea ordinario o subordinado (salvo cuando el deudor no se sujeta a un plan de pagos) y en la mayoría de los casos porque se trata de crédito privilegiado (art. 91.2.º y 4.º LC). Se incumplen de forma flagrante las recomendaciones del FMI⁸¹ en relación con el crédito público que, en el caso de los empresarios, constituye una partida importante⁸². Como señala el Banco Mundial: excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema. El Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia⁸³.

público”, a continuación de la referencia a los créditos tributarios y antes de que se añada “así como los créditos de la Seguridad Social”, permite equiparar la referencia completa a “(l) os créditos tributarios y demás de Derecho público” con la contenida en el art. 5.2 (LGP) a los “derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal”, que comprende “los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas”. De este modo, los “demás créditos de derecho público” mencionados en el art. 91.4.º LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas».

⁸⁰ Tal es el caso del § 302 *InsO* alemana, art. 142 *Legge Fallimentare* italiana, art. 245 Código da Insolvência portugués L 333-1 *Code de la consommation* francés.

⁸¹ <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>.

⁸² Un estudio reciente del Consejo General de Economistas (*«Análisis de la Pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público»*) pone de manifiesto que la empresa tipo concursada en España es una micropyme con una plantilla de entre 1 a 9 trabajadores y un volumen de negocio inferior a 2 MM €. Las micropymes en España, que representan casi un 60% de los concursos de acreedores, suponen el 95,7 % de todas las empresas, 3,6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%). Mediante un estudio muestral por volumen de concursos, se observa cómo el crédito público —AEAT y Seguridad Social— se concentra especialmente en empresas de menos de 5 MM de pasivo, donde supone un 20% de los créditos. A medida que va creciendo el pasivo, el porcentaje del crédito público disminuye: así, para una empresa con un pasivo entre 5 y 10 MM baja al 6%, y si el pasivo se incrementa de 10 a 50 MM no llega al 2%. En cambio, la incidencia del crédito público en micropymes con un pasivo inferior a 1 MM € supera el 30%. El estudio advierte tanto del lastre que para la pequeña empresa en España supone el peso del crédito público y su marco regulatorio a la hora de encontrar vías eficaces para su refluotación y el mantenimiento del empleo, como de la escasa flexibilidad de la actual normativa de Hacienda Pública y Seguridad Social para los procesos de renegociación de deuda y el consecuente mantenimiento del empleo. (MAIRATA LAVIÑA, J.: «Novedades tributarias en materia concursal introducidas por el RD-L 1/2015: más de lo mismo...» <http://hayderecho.com/2015/04/05/novedades-tributarias-en-materia-concursal-introducidas-por-el-rdl-12015-mas-de-lo-mismo/>)

⁸³ BANCO MUNDIAL: «Informe sobre la insolvencia de la persona natural, cit., p. 240.

No existe un tratamiento especial cuando se trata de garantía real sobre la vivienda habitual del deudor. La única especialidad es, como he dicho, la posible paralización de la ejecución mientras se sustancia el procedimiento para lograr un AEP durante un plazo de tres meses si el deudor es empresario (art. 235.2 LC) y de dos meses si es consumidor (art. 242 bis.1.8.º LC).

No cabe plantearse la exoneración de un crédito con garantía real. En ningún país el régimen de SOP afecta a deudas garantizadas. Pero es que además siquiera cabe plantearlo en la ley española, ya que cuando se valora la procedencia de la exoneración del pasivo, la ejecución hipotecaria ya ha tenido lugar (incluso en los casos de insuficiencia de masa, dado lo dispuesto en el nuevo art. 176 bis.4 LC) y por tanto sólo restará el eventual pasivo pendiente. El deudor deberá en todo caso soportar la ejecución y no se valora la conducta del prestamista a la hora de conceder el préstamo. El incumplimiento de sus deberes legales de préstamo responsable⁸⁴ carece de consecuencias en el proceso concursal, de manera que la LC no actúa como estímulo a la *concesión responsable de crédito* y no juega un papel eficaz en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento y de otra crisis financiera.

No hay técnicamente «dación en pago» como remedio al sobreendeudamiento hipotecario⁸⁵. El deudor soportará el lanzamiento y posteriormente deberá cumplir todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en la nueva regulación de la LC.

V. EFECTOS: LA «EXONERACIÓN PROVISIONAL»

Tanto si el deudor abona el umbral de pasivo mínimo como si se acoge al plan de pagos por carecer de activo suficiente en el momento de la conclusión del concurso, el juez concederá la exoneración provisional. Ello, claro está, siempre que los acreedores no se hayan opuesto a la concesión del beneficio en el plazo de cinco días (art. 178 bis.4 LC).

Como he dicho, no hay base legal, a mi juicio, para entender que el efecto de la exoneración provisional sólo se produzca para el deudor que se acoja al plan

⁸⁴ Artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 y en el art. 18 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Ello a diferencia de lo que sucede en otros países, como por ejemplo Francia, que sí tiene en cuenta la conducta del acreedor en el art. 331-7.4.^a del Código de Consumo, a la hora de valorar las deudas no exonerables.

⁸⁵ Las últimas novedades legales en relación con la ejecución hipotecaria son analizadas en CUENA CASAS, M.: «La insolvencia de la persona física: prevención y solución», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n.º 55, pp. 348 y ss.

de pagos⁸⁶. El texto del art. 178 bis.4 LC se refiere a todo deudor que cumpla los requisitos, acepte el plan de pagos o abone el umbral de pasivo mínimo⁸⁷.

Durante el período de cinco años, los acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de sus créditos (art. 178 bis.5 LC) y las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178 bis.6 LC).

Contra el auto que declare la exoneración provisional cabe recurso de reposición (art. 197.3 LC).

En el caso de que haya oposición, la misma se tramitará como incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio (art. 178 bis.4 LC). Denegada la exoneración se producirán las consecuencias que establece el art. 178.2 LC, por lo que los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares.

1. Posición de los coobligados solidarios, fiadores o avalistas

Los acreedores que se hayan visto afectados por la exoneración provisional del pasivo pendiente podrán acudir frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas (art. 178 bis.5 LC).

Se excepciona legalmente la accesoriedad de la garantía (art. 1.847 CC) y no queda más remedio que hacerlo⁸⁸ porque de lo contrario se desnaturalizaría la

⁸⁶ Así parecen entenderlo los jueces mercantiles en las conclusiones del Seminario celebrado el 15 de junio de 2016, cit., p. 5.: «*si se cumplen los requisitos previstos en el art. 178 bis 3.4.º, la exoneración es definitiva y alcanza a todo el pasivo concursal no satisfecho con la masa activa, así como a los créditos ordinarios y subordinados, aunque no hubieran sido comunicados, al no establecer la LC limitación alguna en cuanto a su alcance*». Esto implica que no tiene que solicitar la resolución definitiva. Ahorro de trabajo para los jueces, pero conclusión que a mi juicio carece de base legal.

⁸⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «La reestructuración de las deudas...» cit., p. 262 y 281. En contra, alegando la interpretación finalista, SERRANO DE NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178 bis.4, LC, (...)» *Revista de Derecho Lex* n.º 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>.

También HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...» cit., p. 126, considera que la exoneración provisional es sólo aplicable al deudor que se acoge a un plan de pagos. No obstante, parece afirmar lo contrario en la p. 178.

⁸⁸ Este efecto ya se sugería en la Guía UNCITRAL. Cabe señalar que la exoneración de un deudor que sea persona física no suele afectar a la responsabilidad de un tercero que haya garantizado las obligaciones de ese deudor. UNCITRAL, «Legislative guide on Insolvency law», 2005 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf P. 335.

esencia y finalidad última de las garantías personales: que el acreedor pueda reclamar al fiador para el caso de que no pueda cobrar del deudor principal. Precisamente por la accesoriedad que caracteriza a las garantías personales, era necesario que expresamente la ley la exceptuara, al igual que sucede en otros ordenamientos y hace el propio art. 240 LC para las quitas que formen parte de un acuerdo extrajudicial de pagos y el art. 135 LC para el convenio.

Lo normal es que el acreedor haya ya reclamado al fiador antes incluso de la exoneración porque en la práctica lo habitual es la fianza solidaria. En ese caso, si el fiador cumplía la prestación, podía insinuar su crédito en el concurso y verse su derecho afectado por la exoneración.

El problema es cuando, concluido el concurso, y firme la exoneración a favor del deudor principal, el codeudor solidario o el fiador cumplían la prestación. En el RD-L 1/2015 no quedaba claro lo que sucedía con la acción de reembolso (art. 1838 CC) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación.

Este extremo ha sido aclarado en la LSOp. Se ha añadido un inciso al art. 178 bis 5 LC, de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán *«subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida»*. El fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal⁸⁹.

No puede, a mi juicio, considerarse injusto el que el fiador o el coobligado solidario soporte las consecuencias de la exoneración del pasivo pendiente y vea cómo le reclaman el pago a pesar de la extinción de la obligación para el deudor principal, impidiéndose el derecho de reembolso. Y es que no se puede olvidar que las garantías personales tienen como finalidad reforzar el derecho del acreedor cuando el deudor es insolvente. Como afirma el Banco Mundial con meridiana claridad, *«cuando los deudores solicitan la iniciación del procedimiento de insolvencia son, obviamente, insolventes y, por lo tanto, la responsabilidad del garante necesariamente entra en juego. Si la responsabilidad del garante quedara reducida en tal situación, los acreedores estarían menos protegidos y estarían menos dispuestos a*

⁸⁹ En contra del criterio establecido en la LC, la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, aprobada en Cataluña, mantiene el criterio contrario en su art. 4: «en caso de que el consumidor se acoja a los procedimientos establecidos por los artículos 2 y 3 y disfrute de la cancelación del pasivo no satisfecho, el fiador también puede disfrutar de ella, siempre que tenga con el deudor una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado».

*conceder créditos»*⁹⁰. Creo que la regulación de esta cuestión es acertada en la línea de la que sugerí con ocasión de la redacción del art. 178.2 LC por la LE⁹¹.

2. La posición del cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad

Si el concursado está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico, el beneficio de la exoneración se extenderá al cónyuge del concursado aunque no hubiera sido declarado en concurso respecto de deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común (último párrafo del art. 178 bis.5 LC). Hay que recordar que cuando el concursado está casado en régimen de gananciales, según lo dispuesto en el art. 77 LC, todos los bienes gananciales se integran en la masa activa⁹². Como lógica contrapartida, según el art. 49.2 LC, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Por tanto, tanto las deudas gananciales contraídas por el concursado, como por su cónyuge, se integran en la masa pasiva y ello sin que el cónyuge tenga a su vez que ser declarado en concurso.

Hay que tener en cuenta que, según la legislación civil (art. 1.369 CC), de las deudas gananciales responde solidariamente el patrimonio privativo del cónyuge contratante y la masa ganancial. No es preciso, pues, que el acreedor haga excusión de los bienes privativos del contratante.

Pues bien, según el art. 178 bis.5 LC, se extienden los efectos de la exoneración del concursado también a su cónyuge, lo que implica que tales acreedores que contrataron con él pierden la garantía que les ofrece el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, cuya conducta no ha sido evaluada en el proceso concursal al no haber sido declarado en concurso. Lo mismo acontece con el pasivo ganancial contraído por ambos cónyuges, del que responde el patrimonio ganancial y privativo de ambos. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado también priva, a mi juicio, injustificadamente a tales acreedores de la posibilidad de agredir el patrimonio privativo del cónyuge contratante no concursado.

Parece que no se ha meditado suficientemente el alcance real de la norma contenida en este último párrafo del art. 178.5 LC. El precepto exige que no se

⁹⁰ BANCO MUNDIAL: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 338.

⁹¹ CUENA CASAS, M.: «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», ADco, n.º 31, 2014, BIB 2013/2573.

⁹² Más extensamente, CUENA CASAS, M.: «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», *Estudios de Derecho concursal*, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.

haya producido la liquidación del régimen económico conyugal⁹³, por lo que hay que partir del supuesto de que el cónyuge no concursado no ha ejercitado la facultad de disolución del régimen que le concede el art. 77 LC. De haberlo hecho, la liquidación previa se impone sin que se produzca la extensión de la exoneración previsto en el art. 178 bis. 5 LC.

Aunque siempre he recomendado⁹⁴ que el cónyuge del concursado inste la disolución del régimen conyugal (principalmente para evitar que se sigan generando recursos gananciales que engorden la masa activa del concurso de su cónyuge), con el nuevo régimen de segunda oportunidad emerge un poderoso motivo para no disolver el régimen, por cuanto si se reúnen todos los requisitos previstos en el art. 178 bis LC, el cónyuge del concursado se verá beneficiado por tal exoneración. Y ello aunque sea una persona solvente. Nada podrá hacer el juez para evitar este efecto.

Obsérvese además que, siendo revocable tal beneficio (art. 178 bis.7. LC), sólo lo será si se dan en el concursado las circunstancias que prevé la norma. Por tanto, si mejora sustancialmente la situación económica del cónyuge del concursado por causa de herencia, legado o donación, o juego de suerte, envite o azar, el beneficio no podrá ser revocado. Y no se diga que el aumento del patrimonio del cónyuge revierte en el concursado, pues si tales hechos se producen, se incrementará el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, quien, no obstante, se verá beneficiado de la exoneración del pasivo insatisfecho, a la vista, ciencia y paciencia de los acreedores gananciales. La norma no tiene sentido y evidencia una desconexión con las reglas de funcionamiento de la sociedad de gananciales. De nuevo, el Derecho civil es preterido por el legislador cuando de reformar la LC se trata.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DEUDAS NO EXONERADAS. EL PLAN DE PAGOS

El art. 178 bis.6 se ocupa de la presentación del plan de pagos que abarca las deudas no exonerables que deberán ser satisfechas dentro del plazo de cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. En este período dichas deudas no podrán devengar interés.

Por tanto, el contenido del plan de pagos es el de las deudas no exonerables, condicionando su abono la extinción de las deudas exonerables. Ya he criticado

⁹³ En contra, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p. 284, entiende que *«tanto la liquidación del régimen de gananciales o régimen de comunidad, como las operaciones de venta y preferencias del cónyuge no concursado sobre los bienes comunes deberán hacerse antes de que se concluya la liquidación (...)»*, afirmación que creo está en abierta contradicción con el texto legal.

⁹⁴ CUENA CASAS, M.: El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad, *Estudios de Derecho Concursal* dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Cizur Menor, 2008.

este planteamiento. Resulta insólito que el legislador no haya tenido en cuenta la experiencia internacional, dado el retraso en el abordaje de este problema en España. Estudios empíricos demuestran el fracaso del sistema de rehabilitación. Así, en Alemania, donde –insisto– el deudor debe abonar las deudas pendientes que pueda, sin que se fije un umbral de pasivo mínimo, el 80% de los deudores sólo consigue abonar el 10% de las deudas pendientes⁹⁵.

Ya el Banco Mundial advirtió de los inconvenientes de los sistemas que exigen un pago mínimo: «como muchos deudores tienen muy pocos recursos y escasos ingresos, este tipo de regla produce resultados indeseables de manera invariable en los pocos países que imponen tal requisito; un número importante de deudores «honestos, pero desafortunados», que de otra manera tendrían derecho a una exoneración de deudas, ven denegado ese derecho debido a su incapacidad para hacer frente a esos pagos mínimos»⁹⁶.

Por otro lado, resulta insólito que un deudor pueda proponer un plan de pagos cuando ya se ha liquidado su patrimonio y «no tiene nada». El planteamiento es, a mi juicio, absurdo. En USA se admite además la exoneración directa y automática (capítulo 7)⁹⁷, la posibilidad de acogerse a un plan de pagos (capítulo 13), pero no se liquida el patrimonio del deudor. Aquí se plantea un plan de pagos con liquidación previa del patrimonio, lo cual es absurdo.

Pero es que, además, en el último inciso del artículo 178 bis.6 LC se prevé, en relación con los créditos de derecho público, que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. Ello hace pensar que el crédito público no forma parte del plan de pagos, de manera que no se entiende cómo puede un deudor, por ejemplo, un empresario, comprometerse a un plan de pagos cuando gran parte de su pasivo (el público) queda fuera y depende de la decisión de la Administración Pública.

VII. LA REVOCACIÓN DEL BENEFICIO DE LA «EXONERACIÓN» DEL PASIVO PENDIENTE

El art. 178 bis.7 LC se ocupa de la revocación de la exoneración de las escasas deudas que se ven cubiertas por este expediente y afecta tanto al deudor que

⁹⁵ JAN-OCKO HEUER: «Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems», p.14. https://www.academia.edu/3992692/Social_Exclusion_in_European_Consumer_Bankruptcy_Systems

⁹⁶ BANCO MUNDIAL: «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 329.

⁹⁷ Sobre el sistema de exoneración de deudas regulado en USA, cfr. CUENA CASAS, M.: «Fresh Start y mercado crediticio», *InDret* 2011 <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Cizur Menor, 2009.

exoneró sus deudas tras el pago del umbral de pasivo mínimo como al que aceptó un plan de pagos.

El plazo para solicitar la revocación es de cinco años, siguientes a la concesión de la exoneración provisional, parece configurarse como un plazo de caducidad⁹⁸. El art. 178 bis. 7 LC aclara que la causa de revocación tiene que producirse en ese período de tiempo, y no señala si el acreedor podría ejercitar la acción transcurrido el período de cinco años, siempre que la causa se haya producido en dicho lapso temporal. A mi juicio, las dudas que puede suscitar la norma pueden resolverse con un criterio de interpretación sistemático, teniendo presente lo dispuesto en el art. 178 bis.8 LC, que permite al deudor instar la exoneración definitiva transcurrido el plazo de cinco años.

El art. 178 bis.7 es uno de los preceptos que más cambios sustanciales ha recibido en la LSOp respecto del RD-L 1/2015. La ocultación de ingresos, bienes o derechos por parte del deudor es causa de revocación no sólo de la exoneración provisional, sino también de la definitiva (último inciso del art. 178 bis.8 LC). La LSOp introdujo una mención al respecto: «*se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los arts. 605 y 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*». Esta causa de revocación mira al pasado y se refiere a los casos en los que el deudor no incluyó bienes en la masa activa que debían integrarla. Ello sólo podía afectar a bienes que debieran incluirse en la masa activa y los inembargables no entran en ningún caso (art. 76.2 LC). En la LSOp se aclara este extremo, que yo creo que cabía deducir de la regulación anterior introducida por el RD-L 1/2015. Si el deudor no incluyó bienes inembargables en la masa activa, no se revocará la exoneración provisional del pasivo, sencillamente porque no hay nada que ocultar, puesto que tales bienes no formarían parte de la misma.

Según el art. 178 bis.7 LC también podrá solicitarse la revocación si el deudor:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 178 bis, que habría impedido la concesión del beneficio. Por ejemplo, una condena penal en el plazo de cinco años que dura el plan de pagos, entonces podrá ser revocada la exoneración.
- b) Incumpliese la obligación de pago de deudas no exoneradas. No se distingue si el incumplimiento es imputable o no al deudor, lo cual es censurable.
- c) Mejorase sustancialmente la situación económica por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

⁹⁸ FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p. 290.

Se especifican las causas de la mejoría económica que pueden provocar la revocación del beneficio. Se evita así que si un empresario mejora en su actividad y tiene beneficios, se le revoque la exoneración de deudas. Este efecto se deducía de la redacción del precepto por el RD-L 1/2015, en el que la mejora de la situación económica, sin más, permitía la revocación⁹⁹. El cambio hay que aplaudirlo.

No basta la mejora sustancial de la situación económica del deudor, sino que es necesario que la misma sea suficiente para pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos. Habrá que valorar la situación concreta del deudor y no atender a datos meramente cuantitativos. Por deudas pendientes hay que entender tanto el pasivo exonerable como el que no lo fue porque por eso se revoca. Si la mejora sustancial sólo permite abonar las deudas pendientes de cumplimiento contenidas en el plan de pagos, entonces no cabe revocación. Si el deudor mejora y eso le permite cumplir el plan de pagos, ello evitará la revocación por incumplimiento de plan de pagos (art. 178 bis.7. b) y no permitirá la revocación porque la mejora de la situación económica no es «sustancial». Para ello tendría que cubrir todo el pasivo insatisfecho, exonerado o no.

Hay que tener en cuenta que es revocable la exoneración en todas las hipótesis, ya se haya limitado el deudor a satisfacer el umbral de pasivo mínimo previsto en el art. 178 bis. 3. 4.º LC, ya se haya acogido a un plan de pagos. Por lógica, parece que, a pesar de que el art. 178 bis.7 LC se refiera genéricamente a los requisitos del art. 178 bis.3 LC, entiendo que los recogidos en el art. 178 bis.3.5.º LC sólo serán aplicables al deudor que se haya acogido al plan de pagos. Se trata de que la concurrencia de los requisitos que permiten acceder al beneficio se prolonguen en el tiempo, es decir, la filosofía que subyace es que haya un período de buena conducta. Pero no todos los requisitos a que se refiere el art. 178 bis.3 tienen que ver con el comportamiento del deudor. Así, por ejemplo, el intento de AEP o satisfacer un determinado umbral de pasivo. Y sobre todo, muchos requisitos miran al pasado y no cabe su concurrencia ulterior tras la exoneración provisional (por ejemplo, acepta la constancia de la obtención del beneficio en el Registro Público Concursal).

Ya he criticado la revocación por incumplimiento de plan de pagos (art. 178 bis.7. b LC), por cuanto se supedita la exoneración definitiva al pago de todo el pasivo exonerable, aspecto que hace sumamente restrictivo el sistema diseñado por el legislador español. La puerta abierta que se deja en el art. 178 bis.8 LC, que permite que el juez excepcione la concurrencia del cumplimiento del plan de pagos para conceder la exoneración definitiva, hace que la aplicación de esta causa de revocación en la práctica sea problemática, pues aún alegada por el

⁹⁹ Denuncié este despropósito en este post: ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>.

acreedor el juez debe valorar transcurridos cinco años si se han destinado los umbrales de ingresos embargables a que se refiere el art. 178 bis.8 LC. El deudor puede oponerse a la revocación por esta causa alegando que ha hecho el esfuerzo mínimo a que alude el art. 178 bis.8 LC, pero hay que tener presente que la valoración de dicho esfuerzo sólo la puede hacer el juez a los cinco años de la exoneración provisional. En cambio, la revocación se puede plantear en cualquier momento anterior a dicho plazo (por ejemplo, el deudor ha incumplido los plazos previstos para la realización de los pagos). Se plantea, pues, el problema de qué puede hacer el juez cuando se plantea la revocación antes del transcurso de los cinco años. Entiendo que, a pesar del tenor literal del art. 178 bis.8 LC, el juez podrá desestimar la revocación si comprueba que el deudor se encuentra en incapacidad de pago y está dedicando la mitad o la cuarta parte de los ingresos al cumplimiento del plan. Es decir, los umbrales recogidos en el art. 178 bis.8 LC pueden ser tenidos en cuenta por el juez cuando se alega la revocación por incumplimiento de plan de pagos antes del transcurso de cinco años. De lo contrario, la previsión del art. 178 bis.8 LC puede ser estéril.

Pero obsérvese que si el deudor incumple el plan de pagos por incapacidad patrimonial y no cumple siquiera los umbrales del art. 178 bis.8 LC, el juez no tendrá más remedio que aceptar la revocación. Por el contrario, no será posible la revocación si el deudor enajena bienes a terceros a título gratuito, se endeuda de manera irresponsable provocando ejecuciones de bienes por parte de acreedores cuyos derechos nacen con posterioridad a la conclusión del concurso. El sistema está mal diseñado. El juez puede valorar «las circunstancias del caso» sólo cuando se plantea la exoneración definitiva por falta de cumplimiento íntegro del plan de pagos. Por el contrario, si el deudor lo cumplió, el juez no puede valorar otras variables para denegar la exoneración definitiva.

El acreedor que está legitimado para pedir la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo pendiente es el que se ha visto afectado por el régimen de SOP¹⁰⁰, quien deberá acreditar, por ejemplo, que el deudor no ha cumplido el plan de pagos de deudas no exonerables (art. 178 bis.7. b) LC), algo que a dicho acree-

¹⁰⁰ En contra, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p. 291, quien considera que «no estarán legitimados para solicitar la revocación aquellos acreedores que hayan visto ya satisfecho la totalidad de sus créditos, dado que dichos sujetos han dejado de ser acreedores». A mi juicio, los acreedores que se han visto afectados por la exoneración son precisamente los que tienen interés legítimo en la revocación, pues recuperan su derecho de crédito, sólo provisionalmente exonerado. Ello no sucede con aquellos acreedores cuyo derecho no se ha visto afectado por la exoneración (titulares de créditos contra la masa, de derecho público y por alimentos). Cosa distinta es que se vean afectados por otras razones, tal y como indica HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 157. A su juicio, también los acreedores titulares de créditos contra la masa pueden solicitar la revocación por cuanto, al estar sujetos al plan de pagos, han perdido el derecho al devengo de intereses. En el mismo sentido, PRIETO GARCÍA-NIETO, I.: y GABALDÓN CODESIDO, J.: Conclusiones a las Jornadas de Magistrados Especialistas en Mercantil, <http://www.economistjurist.es/articulo-derecho-civil-penal-mercantil-laboral-fiscal-procesal-publico-privado>

dor le será difícil verificar puesto que él precisamente es el afectado por la exoneración.

La norma da legitimación activa a «cualquier acreedor concursal» para pedir la revocación. En principio, los acreedores por créditos contra la masa son acreedores cuyos créditos no se exoneran, por lo que no parece que tengan interés legítimo en la revocación de la exoneración, la cual puede dificultar todavía más el pago de sus créditos. En este sentido, creo que hay que entender que sólo pueden pedir la revocación los acreedores que se han visto afectados por la exoneración, que serán los concursales¹⁰¹. Sin embargo, tratándose de la revocación por incumplimiento de plan de pagos, es llamativo que un acreedor deba estar pendiente de si el deudor paga a otro acreedor.

En el caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso, con base en lo dispuesto en el art. 178.2 LC y no se produce la reapertura del concurso. Hay que recordar que «la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme». Se refuerza la posición procesal del acreedor de cara a la reclamación de los créditos.

A partir de la revocación, las deudas no exonerables devengan interés. Hay que recordar que hasta que la misma tiene lugar, se suspendió el devengo de intereses (art. 178 bis. 6 LC).

VIII. «EXONERACIÓN» DEFINITIVA DEL PASIVO PENDIENTE

1. Por el transcurso de cinco años

Transcurrido el plazo de cinco años previsto para la revocación y, en su caso, cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio, a petición del deudor concursado el juez dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Contra dicha resolución no cabrá recurso alguno, salvo el supuesto excepcional de revocación definitiva previsto en el último párrafo del art. 178 bis.8 LC.

No se prevé la posibilidad de que el deudor logre cumplir el plan de pagos antes del transcurso de cinco años, ni se contempla el supuesto de reducción del

[do-administrativo-internacional/conclusiones-a-las-jornadas-de-magistrados-especialistas-en-mercantil/](#) p. 15.

¹⁰¹ Este es el criterio que siguen los jueces mercantiles (Seminario de 15 de junio de 2016), cit., p. 7.

plazo si el deudor paga un determinado porcentaje de la deuda¹⁰². Se trata de un estímulo al deudor que podría dar resultados positivos. La ley exige que el deudor esté en «barbecho», bajo vigilancia durante cinco años, probablemente por si mejora su situación económica (porque le toca la lotería, hereda o le regalan algo de importante valor). En tal caso, se revocará el beneficio y el deudor deberá abonar el pasivo provisionalmente exonerado. Nada impide que el deudor solicite la exoneración definitiva de manera tardía, pues el art. 178 bis.8 LC sólo exige que hayan transcurrido cinco años, pero no que tenga que ser necesariamente en ese momento.

El juez deberá denegar la exoneración si el deudor no ha cumplido el plan de pagos. No se prevé un trámite de audiencia a los acreedores en esta fase¹⁰³, sino sólo cuando el deudor *no ha cumplido el plan en su integridad* y debe acreditar las circunstancias especiales a que hace referencia el segundo párrafo del art. 178 bis LC. Poco tienen que decir los acreedores en este caso, pues la posibilidad de revocar ha cesado por el transcurso de cinco años¹⁰⁴. Sólo el juez puede deducir y comprobar si se ha cumplido el plan de pagos o no. Los acreedores podrían intentar la revocación de la *exoneración definitiva* una vez que ésta se produzca, en los términos previstos en el último párrafo del art. 178 bis.8. LC.

Especialmente problemático es lo que acontece en el caso de que hayan transcurrido los cinco años de duración del plan de pagos y *el deudor no solicite la exoneración definitiva y ningún acreedor haya ejercitado la facultad de revocación*. El art. 178 bis.8 LC textualmente señala que «*transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso*». Por tanto, el juez no puede apreciarla de oficio y se mantendrán los efectos de la exoneración provisional: los acreedores cuyos créditos formen parte del plan de

¹⁰² La reciente reforma de la Ley de Insolvencia alemana que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015 permite que el deudor reduzca el período de buena conducta si abona el 35% por ciento de la deuda pendiente. Inicialmente el periodo era de seis años (sin umbral de pasivo mínimo) y en la actualidad es de tres años si se abona el 35%. Cfr. INGLESE, S: «Les modifications apportées en Allemagne aux procédures d'insolvabilité des consommateurs et aux procédures d'effacement des dettes subsistantes», en *Insolvabilité et restructuration en Allemagne*, 2014, pp. 19 y ss. http://www.schubra.de/de/veroeffentlichungen/fachbuecher/downloads/Annuaire_2014_gesamt_25022014_bea.pdf

¹⁰³ Entiende HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 178, que habrá de darse audiencia a los acreedores aunque no quepa deducirlo de la dicción literal del precepto. A mi juicio, aunque hubiera sido oportuna, no ha lugar si la ley no la prevé. Es el acreedor el que tiene que tomar la iniciativa de revocación del beneficio. De no hacerlo y haberse cumplido el plan de pagos, no hay trámite de audiencia a los acreedores. En este sentido, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p. 306.

¹⁰⁴ Por el contrario, entiende HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 182, que los acreedores pueden instar la revocación por incumplimiento del plan de pagos. Entiende la autora citada que ello impediría el reconocimiento definitivo del beneficio. A mi juicio, el juez puede y debe verificar que el deudor que solicita la exoneración definitiva ha cumplido el plan de pagos.

pagos podrán reclamarlos y los mismos devengarán interés legal. Los acreedores afectados por la exoneración carecen de la posibilidad de revocar puesto que ha transcurrido el plazo de cinco años¹⁰⁵.

Hay que tener en cuenta que, transcurridos cinco años, el dato negativo de la obtención de la exoneración desaparecerá del Registro Público Concursal, dado que esta publicidad dura cinco años (art. 178 bis. 3.5.º LC), si bien se mantendrá un año más en los ficheros negativos de solvencia patrimonial (art. 41 del Reglamento de Protección de Datos personales).

Puede interesarle al deudor no solicitar la exoneración definitiva si no cumplió el plan de pagos y caducó la acción de los acreedores para pedir la revocación. Si la solicita y es denegada corre el riesgo de que el pasivo exonerado sea de nuevo exigible. Si no la solicita, su situación es la descrita y no necesariamente es desfavorable para sus intereses. Sólo si la acción de revocación por incumplimiento del plan de pagos pudiera ejercitarse transcurridos los cinco años podría tener interés el deudor en solicitar la exoneración definitiva. Además, hay que tener en cuenta la modificación del plazo de prescripción de las acciones personales operado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que reforma el art. 1964.2 CC. Con la nueva redacción, *«las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan»*. Entiendo que el derecho a reclamar las deudas incluidas en el plan de pagos no pueden haber prescrito por el transcurso de duración del plan de pagos en la medida en que no pueden ejercitarse tales acciones en dicho período temporal. Pero transcurrido dicho período, en principio, el plazo de prescripción comenzaría de nuevo y la inacción del deudor al solicitar la exoneración definitiva podría perjudicar sus derechos. Por ello, lo lógico habría sido que, transcurridos cinco años, el juez se pronunciara sobre la exoneración definitiva de oficio o que se previera una caducidad de la exoneración provisional si el deudor no pide la definitiva en un determinado período de tiempo. La solicitud de la exoneración definitiva debe configurarse como un *deber* para el deudor.

Por tanto, si el deudor cumplió el plan de pagos, tendrá obviamente interés en solicitar la exoneración definitiva. Si el deudor no cumplió el plan de pagos y ningún acreedor ejercitó la revocación, puede el deudor tener interés en no solicitar la exoneración definitiva con base en el supuesto excepcional contemplado en el art. 178 bis.8 LC, que le permite al juez decretar la exoneración por falta de cumplimiento íntegro del plan de pagos. Se evita el riesgo de que sea denegada y le sea exigible todo el pasivo exonerable. Hecha la ley, aquí tenemos la trampa.

¹⁰⁵ En este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», *cit.*, p. 183.

La única forma, a mi juicio, de evitar este efecto pernicioso es entender que el límite temporal de cinco años que parece establecer la norma al acreedor para que pueda revocar el beneficio se encuentra en la solicitud de exoneración definitiva por parte del deudor. Si transcurridos cinco años, el deudor la solicita, el acreedor no puede revocar. Si el deudor no la solicita, el acreedor podría ejercitar la revocación y oponerse el deudor a la misma solicitando la exoneración definitiva. Esta revocación tardía tendría como finalidad forzar al deudor a solicitar la exoneración definitiva y que se valore su grado de cumplimiento del plan de pagos. De lo contrario, se permitiría que un incumplimiento del plan de pagos quede impune¹⁰⁶.

1. «Exoneración» definitiva por cumplimiento parcial del plan de pagos

El art. 178 bis.8 LC prevé un supuesto especial para el caso de que el deudor no haya cumplido el plan de pagos: el juez, *«atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiera cumplido en su integridad el plan de pagos, pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables»*. Este último extremo deberá valorarse con arreglo al art. 1 del RD-L 8/2011, de 1 de julio.

Lo decisivo es la cantidad de ingresos que no tuviesen la condición de inembargables, destinados al cumplimiento del plan de pagos y no el porcentaje de deuda no exonerable efectivamente satisfecha. Se establecen dos niveles. El primero es cuando el deudor destina el 50% de sus ingresos y el segundo, introducido en la LSOp (que no estaba presente en el RD-L 1/2015) es cuando destina la *cuarta parte* de los ingresos al cumplimiento del plan de pagos. En este segundo caso dispone la norma que el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque no se haya cumplido el plan de pagos siempre que el deudor destine *la cuarta parte de los ingresos que no tuviesen la consideración de inembargables (según RD-L 8/2011, de 1 de julio) siempre que concurren en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1. letras a) y b) del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad*.

Es decir, si se reúnen los requisitos que marca la norma, el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque el deudor sólo haya destinado el 50% o el 25% de sus ingresos al pago del pasivo no exonerable que forma parte del plan de pagos. Ya sabemos que, a pesar de los cambios que en el RD-L 6/2012 se han efectuado por el RD-L 1/2015, son muy rigurosos los requisitos que se exigen.

¹⁰⁶ En este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 182.

No se aclaran las condiciones que el juez debe tener en cuenta para tomar esta decisión. Como se puede apreciar, así como para entrar en el proceso, el juez tiene poco margen de maniobra; parece que éste es concedido en la «salida» del deudor del sistema, teniendo más valor el *comportamiento posconcurusal* del deudor que el que le ha llevado a la situación de insolvencia. Entiendo que habría que valorar las posibilidades que el deudor ha tenido de incorporarse al mercado laboral, el rechazo de ofertas de empleo, la situación personal y familiar, su conducta patrimonial si ha ocultado ingresos actuando en la economía sumergida o a través de testaferros, por ejemplo.

La indefinición de la norma es total en un momento clave del proceso, como es la exoneración definitiva. Efectivamente, se ha dejado en la oscuridad la interpretación de esta «puerta abierta» que deja el art. 178 bis.8 LC. Aunque concurra una causa de revocación del beneficio por incumplimiento de plan de pagos, puede el juez declarar la exoneración siempre que algunos ingresos se hayan destinado a su cumplimiento, pero no queda nada claro qué pasivo es el que definitivamente exonera ¿Se refiere al pasivo exonerable previsto en el art. 178 bis.5 o también a las deudas no exonerables insatisfechas por incumplimiento del plan de pagos?

A mi juicio, según un criterio de interpretación sistemático, lógico y teleológico de la norma, entiendo que la expresión «pasivo insatisfecho» va referida a lo que el propio artículo decide qué es pasivo insatisfecho y qué aparece explicitado en el art. 178 bis.5 LC¹⁰⁷. Al fin y al cabo se trata de hacer definitivo lo que antes era provisional y, por tanto, con el mismo alcance. A pesar de ello hay quien discute cómo se exonera el pasivo que la propia ley declara exonerable (art. 178 bis.1 LC). En el número 7 se prevé una revocación de la exoneración de deudas exonerables, que es —insisto— las únicas que pueden serlo. Se trata de exoneración definitiva para lo que hay que partir de lo que era exoneración provisional. En el apartado 8 de la ley permite que, concurriendo una causa de posible revocación de exoneración (de deudas exonerables), y habiéndose instado o no la misma, el juez decida que las «deudas exonerables» se exoneren aunque no se cumpla el plan de pagos. Está permitiendo la extinción definitiva de deudas exonerables aunque nominalmente concurra causa de revocación de la exoneración, como es el incumplimiento del plan de pagos. Y ello porque, de lo contrario, si se revocara la exoneración el deudor tendría que pagarlo *todo* (pasivo no exonerable y también el exonerable). Con todo, la letra de la norma podría hacer creer

¹⁰⁷ En este sentido, LATORRE CHINER, N.: «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», *Anuario de Derecho Concursal* n.º 37, enero-abril 2016, p. 192; SÁNCHEZ JORDÁN, E: «Deudas derivadas de la adquisición de vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho» en *Vivienda, préstamo y ejecución*, dirigido por Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J. P. (Dir) y De los Ángeles Fernández Scagliusi y Tomás, S. (Coord.), Cizur Menor, 2015, p. 965.

que lo que se exonera son también las deudas insatisfechas en el plan de pagos¹⁰⁸. Este extremo no ha sido aclarado en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, a pesar de haber enmiendas que así lo sugerían¹⁰⁹.

Según la interpretación que creo que más se ajusta a los criterios legales, el efecto de este precepto es que el juez puede decretar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho aunque no se haya cumplido el plan de pagos, pero quedando vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables.

No comparto el argumento de que la interpretación del precepto que permite la exoneración de *todo* el pasivo (exonerable o no) se base en que de lo contrario no tendría ningún sentido hablar de exoneración definitiva porque «si sólo se declara la exoneración de los créditos insatisfechos, ya exonerados con ocasión de la concesión provisional, continuaría siendo deudor de los créditos insatisfechos tras el incumplimiento del plan de pagos que, sin embargo, no fueron exonerados en aquel momento»¹¹⁰. Claro es que cuando la ley dice que un crédito es no exonerable es porque no es exonerable. Se olvida que hablamos de exoneración «definitiva» de una que es «provisional» y por eso tiene pleno sentido hablar de exoneración definitiva. Cuando no tiene ningún sentido hacerlo es cuando se hace extender la misma a créditos que no fueron objeto de la exoneración provisional.

La interpretación que mantengo es defendible desde el punto de vista técnico con arreglo a criterios legales de interpretación (lógico y sistemático, art. 3.1.

¹⁰⁸ Así lo entiende FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p. 310: «*Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por tanto, aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor, la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes*». Creo que a tal conclusión no se puede llegar con los criterios de interpretación (en particular, el lógico y el sistemático) recogidos en el art. 3 del Código Civil. También HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p. 178, considera que la exoneración definitiva en caso de incumplimiento del plan de pagos, si se cumplen los umbrales establecidos en el art. 178 bis.8, abarcará al pasivo exonerable y al no exonerable que quedó pendiente tras el incumplimiento del plan de pagos, si bien no aporta argumento alguno que sustente su posición. Tan sólo la mención literal a «pasivo insatisfecho», es decir, el argumento literal. RUBIO VICENTE, P.: «Segunda oportunidad...», cit., p. 26. Por su parte, SENENT, S.: op.cit., p. 156, plantea la duda interpretativa sobre el alcance del pasivo insatisfecho en supuesto del art. 178 bis, pero no se pronuncia acerca de la interpretación que debe prevalecer. Es además el criterio mantenido en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016.

¹⁰⁹ Enmienda n.º 18 presentada por el Grupo Parlamentario de UPyD. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-2, de 10/06/2015 [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-137-2.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-137-2.CODI.%29#(Página1))

¹¹⁰ RUBIO VICENTE, P.: op. cit., p. 26.

CC), y es restrictiva porque restrictivo es el sistema diseñado por el legislador. Cuando se dice que determinadas deudas son *no exonerables* ello se refiere tanto a la exoneración provisional como a la definitiva. No dice la ley que solo sean deudas no exonerables transitoriamente. En otros ordenamientos, los que acogen el sistema de responsabilidad, el plan de pagos afecta al pasivo exonerable, pero nunca al no exonerable porque no tiene sentido declarar no exonerables unas deudas y luego permitir su exoneración máxime cuando no se ven afectadas por la exoneración provisional. Así, en el caso del Derecho alemán, aun cuando se decreta la exoneración provisional, el deudor en el período de buena conducta debe hacer todo lo posible para abonar el pasivo exonerable (y por supuesto el no exonerable que queda fuera del sistema). Aunque los acreedores no pueden ejercitar sus derechos de crédito tras la exoneración provisional, el deudor en dicho período de buena conducta, en caso de obtener ingresos, debe entregarlos al curador para el abono del pasivo exonerable (declaración de cesión, parágrafo 295 Ley de Insolvencia alemana). Por eso, el sistema español es una mala copia de los modelos de responsabilidad, pues se exige el abono del crédito no exonerable para la liberación del exonerable, planteamiento equivocado que provoca las dudas que ahora suscita el art. 178 bis.8 LC.

Pienso además que permitir en todo caso la exoneración de todo en caso de no obtenerse ingresos genera un estímulo perverso a la inactividad del deudor, que es lo que quiere evitar la ley. Lo razonable habría sido aumentar el pasivo exonerable. Ahí reside una segunda oportunidad de verdad, algo que siempre he defendido. Cuando un pasivo es no exonerable, sencillamente no lo es e interpretar la norma para que lo sea no tiene sentido lógico ni técnico. En todos los países las deudas que no se exoneran pueden ser reclamadas por los acreedores y eso no puede escandalizar. Lo que sí escandaliza es un sistema como el nuestro, que declara muchas deudas no exonerables. Hay deudas como las de alimentos que no deben ser nunca objeto de exoneración y, según la interpretación que critico, por la vía del art. 178 bis.8 LC sí lo podrían ser. Incluso multas, indemnizaciones por responsabilidad civil, etc. Algo que carecería de antecedentes en ningún moderno estado de insolvencia. La LC es todo menos clara y —como se dice— tajante. Qué deudas se exoneran definitivamente no está claro y se deja en manos del juez que nos toque un tema muy relevante que puede generar estímulos perversos, amén de inseguridad jurídica.

Cabe plantearse, por último, lo que acontece cuando el deudor no ha percibido ningún ingreso durante el plazo de cinco años y no ha cumplido ningún porcentaje mínimo de deudas incluidas en el plan de pagos y, en su caso, deudas de derecho público (sujetos que la doctrina denomina «Ninas», *no income no assets*). La idea que subyace en la regulación es el condicionamiento de la exoneración al abono de todo o parte del pasivo no exonerable, si bien esta parte está condicionada por los ingresos embargables que haya generado el deudor. Esta ha sido la opción del legislador, creyendo que de esta manera se estimula al deudor

a realizar actividades productivas y a incorporarse al mercado de trabajo. De ahí que el resultado que cabe deducir del texto legal es que el deudor que no haya conseguido abonar parte de este pasivo queda fuera del sistema, lo que le aboca a la exclusión social, resultado lamentable porque no se tendría en cuenta las razones por las que no ha tenido salario embargable. La LSOp sólo excepciona el no cumplimiento íntegro del plan de pagos, no la ausencia de cumplimiento absoluto.

Cabría, no obstante, pensar que si los ingresos embargables han sido «0», el 50% o el 25% de 0 sería 0, de forma que los deudores que no han conseguido cumplir el plan de pagos en ninguna cuantía también se podrían beneficiar de la exoneración¹¹¹. Desde luego, ésta sería la solución más favorable a los deudores insolventes y que dotaría al régimen de algún sentido, en cuanto protegería a los más desfavorecidos. En cualquier caso, la redacción de la norma no puede ser más desafortunada, pues la hipótesis de la que parte este régimen excepcional del art. 178 bis.8 LC es que «*no se hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos*». Si lo que se quería era que finalmente los jueces valoraran la conducta del deudor que incumple el plan de pagos, atendiendo a circunstancias indefinidas legalmente, habría sido más sencillo prescindir de los umbrales de ingresos destinados al abono del mismo. Poner unos requisitos cuando se destina el 50% de los ingresos, otros requisitos cuando se destina el 25% y ninguno para cuando no hay ingresos es, a mi juicio, censurable.

Por último, la LSOp introduce una nueva *causa de revocación, pero de la exoneración definitiva*, en el último párrafo del art. 178 bis.8 LC: cuando concurra la causa prevista en el art. 178 bis.7 LC, es decir, que se constatare que el deudor ha ocultado la existencia de ingresos, bienes o derechos. Esta revocación sólo podrá solicitarse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva. Parece que se trata de un estímulo al buen comportamiento del deudor, lo cual no es malo, pero parece excesiva la provisionalidad de la que dota el legislador español al régimen de segunda oportunidad. El deudor estará diez años con la «espada de Damocles» porque esta causa de revocación se prolonga diez años después de la declaración de exoneración provisional. Si en los cinco años que dura la exoneración provisional no se ha logrado probar la ocultación de ingresos, bienes o derechos del deudor, no creo que vaya a descubrirse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva. La norma me parece, sencillamente, ridícula. Debe haber más controles de entrada en el proceso y menos de salida.

En suma, la Ley supedita la exoneración al abono de un umbral de pasivo mínimo y ahí está la principal crítica que puede hacerse a la nueva regulación. La

¹¹¹ Así lo entiende FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La reestructuración...», cit., p. 309; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.: «La segunda oportunidad...», cit., p.173.

generosa interpretación del art. 178 bis.8 LC rompe la coherencia y la lógica del sistema por más que ésta sea censurable. Se quería un régimen restrictivo porque la finalidad de la ley no era resolver el problema de la insolvencia de la persona física, sino que sus fines eran otros, principalmente electorales. Este dato no debe ser olvidado cuando se trata de interpretar la norma.

*(Trabajo recibido el 22/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)*

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL CONCURSO

LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIADORES Y DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

ALBERTO J. TAPIA HERMIDA
Catedrático (acreditado) de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Este estudio analiza la regulación de los dos seguros obligatorios de la responsabilidad civil de los dos gestores concursales, que son: Los administradores concursales y los mediadores concursales, que deben acreditar la suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil o una garantía bancaria equivalente cuando acepten su cargo. En particular, se examinan las respectivas normas legales y reglamentarias que los regulan, sus características de seguros especiales y obligatorios y sus consecuencias, sus elementos fundamentales (interés, riesgo y daño), la responsabilidad civil asegurada en cada caso, sus elementos personales y reales y su acreditación.

Palabras clave: administradores concursales, mediadores concursales, seguros obligatorios de responsabilidad civil.

COMPULSORY CIVIL LIABILITY INSURANCES OF INSOLVENCY MEDIATORS AND ADMINISTRATORS

ALBERTO J. TAPIA HERMIDA
Commercial Law Professor (accredited)
Complutense University of Madrid

ABSTRACT

This study analyzes the regulation of the two compulsory liability insurances of the two insolvency managers who are: insolvency administrators and insolvency mediators, who must prove subscription of compulsory liability insurance or an equivalent bank guarantee when accepting their position. In particular, this study examines the respective

acts and regulations governing them, their special and compulsory characteristics and their consequences, its fundamental elements (interest, risk and damage), liability insured in each case, their personal and real elements and their accreditation.

Key words: insolvency administrators, insolvency mediators, compulsory liability insurances.

SUMARIO: I.—LOS SEGUROS ANALIZADOS SON INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LOS TERCEROS POTENCIALMENTE PERJUDICADOS POR LOS ACTOS DE LOS MEDIADORES Y DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES. 1.—El proceso de implantación de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales: administradores y mediadores concursales. 2.—Relaciones y comparación de ambos seguros. II.—SU CONFIGURACIÓN COMO SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 1.—Son seguros especiales: consecuencias. 2. Son seguros obligatorios de responsabilidad civil: consecuencias. 3.—El posible complemento de los seguros obligatorios mediante seguros voluntarios de responsabilidad civil. III.—ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS SEGUROS. 1.—El interés. 2.—El riesgo. 3.—El daño. IV.—LA RESPONSABILIDAD CIVIL ASEGURADA. 1.—La actuación dañosa: los actos ilegales o negligentes del mediador o del administrador concursal. 1.1.—¿Qué debe hacer el mediador o el administrador concursal? 1.2.—¿Cómo debe de actuar el mediador o el administrador concursal? 1.3.—¿Cuáles son las negligencias típicas en las que puede incurrir el mediador o el administrador concursal? 1.4.—¿Cuáles son los patrimonios de terceros perjudicados en cada caso? 2.—El daño patrimonial causado y cubierto por los seguros. 2.1.—En el seguro de los mediadores concursales. 2.2.—En el seguro de los administradores concursales. 3.—La relación de causalidad eficiente entre la actuación del mediador o administrador concursal asegurado y el daño patrimonial ocasionado a los terceros perjudicados. 4.—Previsiones reglamentarias específicas del seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal. V.—ELEMENTOS PERSONALES DE LOS SEGUROS. 1.—El asegurador. 2.—El tomador y el asegurado: el mediador o el administrador concursal. 3.—El tercero perjudicado. La acción directa. VI.—ELEMENTOS REALES DE LOS SEGUROS. 1.—La suma asegurada. 1.1.—En el seguro de los mediadores concursales. 1.2.—En el seguro de los administradores concursales. 2.—Duración del contrato de seguro. VII.—ACREDITACIÓN DE LOS SEGUROS. 1.—En el seguro de los mediadores concursales. 2.—En el seguro de los administradores concursales. VIII.—CONCLUSIONES.

I. LOS SEGUROS ANALIZADOS SON INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LOS TERCEROS POTENCIALMENTE PERJUDICADOS POR LOS ACTOS DE LOS MEDIADORES Y DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

1. El proceso de implantación de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales: administradores y mediadores concursales

Tras la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, en concreto, de la modificación —por su art. 21— de la Ley Concursal, con la introducción de un nuevo Título X, sobre «el acuerdo extrajudicial de pagos», podemos decir que existen dos tipos de «gestores concursales» en sentido amplio: los mediadores concursales, que gestionan el acuerdo extrajudicial de pagos; y los administradores concursales, que gestionan el concurso; actuando ambos bajo la supervisión —indirecta o directa— del juez que fuera competente para conocer del concurso del deudor (en el caso de los mediadores concursales¹) o que efectivamente conozca del mismo. A ambos gestores concursales se les exige que desarrollen una serie de actuaciones en los respectivos procesos con un nivel de diligencia específica cuya omisión podrá dañar los patrimonios de las personas físicas o jurídicas implicadas y, en consecuencia, hará nacer la correspondiente responsabilidad civil de aquellos gestores concursales.

¹ Supervisión indirecta que se deduce de que este juez será ante quien el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso si el plan de pagos no fuera aceptado por los acreedores y el deudor continuara incurso a situación de insolvencia (art. 238.3 LC), quien sustanciará el concurso consecutivo si el acuerdo extrajudicial de pagos es anulado (art. 239.6 LC) y el competente para conocer de las eventuales impugnaciones del acuerdo extrajudicial de pagos «ex» art. 239 de la LC.

La creciente conciencia social del riesgo que, para el patrimonio de los potenciales afectados (deudor, acreedores y terceros), implica una actuación negligente de aquellos gestores concursales y de la consiguiente necesidad de garantizar preventivamente su responsabilidad civil ha llevado a nuestro Ordenamiento a introducir la obligación de aquellos gestores de contratar un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente². Adviértase en este sentido que el nuevo régimen legal de los seguros obligatorios establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), empieza diciendo que «*se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables*».

En una primera fase, la Ley 38/2011, de reforma de la LC, introdujo —como requisito para poder actuar como administrador concursal— la exigencia de un seguro de responsabilidad civil o de una garantía equivalente que fueran proporcionadas a la naturaleza y al alcance del riesgo que debía ser cubierto. Esta obligación de garantizar la responsabilidad civil de los administradores concursales mediante un seguro de responsabilidad civil o mediante una garantía equivalente se articuló imponiéndoles el deber de contratar dicho seguro o garantía y acreditarlos en el momento de aceptar su cargo (art. 29.1 LC y RD 1333/2012)³.

En una segunda fase, la Ley 14/2013 reforma de nuevo la LC e introduce un Título X sobre «*el acuerdo extrajudicial de pagos*» y, dentro de él, la nueva figura del mediador concursal, que se nombrará por el registrador o el notario competentes (art. 233.1 LC) y que debe reunir las condiciones de la Ley 5/2012, además de algunas de las del art. 27.1 de la LC (abogado, economista, etc.), aplicándose como normativa supletoria «*lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos*».

² Se trata de una manifestación más de la «*interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro*», a la que se refería el maestro Fernando SÁNCHEZ CALERO, en su comentario al art. 73 de la LCS en SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 4.ª edición, Cizur Menor 2010, p. 1594 y ss. 29. En concreto, sobre estos seguros, véase nuestro estudio «Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los mediadores y de los administradores concursales», en «Diligencia y responsabilidad de los administradores concursales». *Cuestiones actuales sobre derecho concursal; responsabilidad concursal del deudor; responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago*, III Congreso Concursal y Mercantil de Salamanca, Ed. Thomson Reuters, Madrid (2014), pp. 105 y ss.

³ Sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales puede verse el estudio de IRIBARREN, M.: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 29, mayo-agosto 2013, pp. 19 y ss. Y nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 19, (2013), pp. 31 y ss.

independientes» en los arts. 338 a 349 del RRM. A falta de previsiones específicas en la LC sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil de estos mediadores concursales (particularmente en el art. 233, que se ocupa de su nombramiento), entendemos que el interés público exige extender a estos mediadores concursales el deber de suscribir un seguro o garantía equivalente de su responsabilidad civil que se establece para todos los mediadores en el art. 11.3 de la Ley 5/2012 y se desarrolla —en uso de la previsión de desarrollo reglamentario contenida en el segundo inciso de la Disposición Final Octava de aquella Ley— en el Capítulo IV (arts. 26 a 29) del RD 980/2013. Esta aplicación exige adaptar el paradigma genérico de responsabilidad que se establece en el art. 14 de aquella Ley 5/2012 al modelo de conducta que se deduce del Título X (arts. 231 a 242) de la LC. Por otro lado, conviene señalar que esta aplicación a los mediadores concursales del deber general de todo mediador de garantizar preventivamente su responsabilidad civil mediante un seguro obligatorio o garantía equivalente se justifica especialmente en el caso de los mediadores concursales a la vista de los cometidos que le confiere la LC en la gestión del «acuerdo extrajudicial de pagos» y los riesgos correspondientes de que incurran en responsabilidad civil frente a terceros⁴.

También nos interesa destacar la influencia colateral de la Ley 17/2014 en el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales cuando, en el nuevo art. 33, detalla las «*funciones de la administración concursal*» porque, de hecho, nos está ofreciendo un catálogo legal de hipótesis de riesgo de que el administrador concursal incurra en responsabilidad civil si no desarrolla tales funciones, siendo preceptivas en cada caso o si las ejerce de forma negligente o dolosa, causando daño a alguien.

2. Relaciones y comparación de ambos seguros

Los dos seguros que examinamos en este estudio pueden operar, en ocasiones, como «vasos comunicantes» desde el momento en el que, cuando el mediador concursal sea designado administrador concursal en el concurso consecutivo, según lo previsto en el art. 242.2.2.^a LC, deberá modificar su seguro de responsabilidad civil para adaptarlo a los requisitos del RD 1333/2012.

Antes de entrar a comparar las características esenciales de los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los mediadores y de los administradores concursales, debemos advertir que ambos tienen un muy distinto grado de desarrollo reglamentario. De modo tal que, mientras el seguro obligatorio de responsabilidad

⁴ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: «El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 21 (2014), pp. 41 y ss.

civil de los administradores concursales cuenta con una disciplina reglamentaria específica en el RD 1333/2012 (particularmente en cuanto se refiere a la adaptación de la suma asegurada a las características del concurso de que se trate en su art. 8); el seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales carece de regulación específica y el régimen genérico del RD 980/2013 deja una laguna regulatoria relevante cuando vemos la ausencia de una determinación precisa de la suma mínima asegurada exigible en cada caso, más allá de la referencia genérica del art. 28. A este aspecto nos referiremos en el epígrafe VI.1 de este estudio con ocasión de examinar la suma asegurada.

Interesa ir finalizando este epígrafe introductorio recordando que la «estadística de siniestralidad» en este tipo de seguros deberá ser muy baja si nos atenemos a la experiencia de los litigios en los que se ha reclamado la responsabilidad civil de los administradores concursales. Las sentencias dictadas en la materia⁵ han desestimado las respectivas demandas de responsabilidad civil de los administradores concursales. En el caso de los mediadores concursales, la reciente creación legal de esta figura no permite tener una mínima experiencia de reclamaciones —y eventuales condenas— de su responsabilidad. En todo caso, esta escasa siniestralidad deberá influir en las tarifas de primas que apliquen los aseguradores.

Por último, procede recordar que una interpretación sistemática de la normativa vigente pone de manifiesto una preferencia de nuestro legislador por el seguro obligatorio de responsabilidad civil frente a la garantía equivalente⁶.

II. SU CONFIGURACIÓN COMO SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Son seguros especiales: consecuencias

Si el mediador o el administrador concursal optan por contratar un seguro, al ser contratos de seguro dotados de regímenes legales y —sobre todo— reglamentarios especiales, se aplica el siguiente orden de fuentes (art. 2 de la Ley 50/1980,

⁵ Cabe citar las sentencias de la Sección 1.ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 669/2013, de 11 de noviembre (RJ 2013/7817); de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 202/2013, de 15 de mayo (JUR 2013/343868); de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, núm. 239/2010, de 29 de octubre (JUR 2011/65141); de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva, núm. 97/2010, de 23 de junio (JUR 2010/356103); de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, núm. 142/2008, de 7 de julio (JUR 2009/95813) y de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, núm. 118/2008, de 4 de abril (JUR 2008/108009).

⁶ Sobre la comparación entre ambos instrumentos, véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J., ob. cit. (2013), pp. 33 y ss.

de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en adelante, LCS): primero, el régimen específico contenido en los arts. 11.3 y 14 de la Ley 5/2012, y en el RD 980/2013, para el caso de los mediadores concursales o en el art. 29.1 de la LC y en el RD 1333/2012, para el caso de los administradores concursales. Supletoriamente, se aplica la LCS, a la que se remite expresamente el RD 1333/2012 en determinadas ocasiones, como en la remisión expresa del art. 11 a la acción directa del art. 76 de la LCS.

Junto a lo anterior, hay que tener en cuenta que la propia finalidad de estos seguros obligatorios y el ámbito de la cobertura que con ellos se pretende ofrecer a los potenciales perjudicados obligan a integrar su contenido por remisión a la LC en elementos decisivos para configurar ambos seguros, empezando por el régimen general de la propia responsabilidad civil asegurada de los mediadores concursales (específicamente art. 233 y ss. de la LC y, genéricamente, art. 14 de la Ley 5/2012) o de los administradores concursales (art. 36 LC).

2. Son seguros obligatorios de responsabilidad civil: consecuencias

Esta obligatoriedad característica de los seguros de responsabilidad civil que examinamos tiene las siguientes consecuencias:

- a) Primero, y en cuanto a la obligatoriedad objetiva, el nuevo régimen legal de los seguros obligatorios establecido en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR exige el rango legal para la creación de este tipo de seguros cuando dice que *«la obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley»*, que deberán contar con informe preceptivo de la DGSFP o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, *«con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora»*.
- b) Segundo, y en cuanto a la obligatoriedad subjetiva, la vigencia de ambos seguros es un presupuesto para la aceptación del cargo de mediador o de administrador concursal, de modo tal que éstos no pueden aceptar sus respectivos nombramientos sin acreditar que gozan, en el caso de los administradores concursales, de la cobertura aseguradora con el alcance exigido en función de las circunstancias del propio administrador o del concurso, según dispone expresamente el art. 29.1 de la LC. En el caso de los mediadores concursales, aun cuando el art. 233 de la LC no establece de forma expresa un deber similar, a la vista del art. 11.3 de la Ley 5/2012 —a la que se remite el art. 233 de la LC— y por los argumentos «a fortiori» antes señalados, debemos entender que también les resulta exigible acreditar aquel seguro o garantía en el momento de aceptar su cargo.

- c) Tercero, conviene destacar la responsabilidad administrativa en la que incurrirán los administradores o mediadores concursales que desarrollen su actividad sin el pertinente seguro obligatorio porque la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR establece, en su apartado 2, que *«la realización de actividades careciendo del correspondiente seguro obligatorio será constitutivo de infracción administrativa muy grave, salvo lo dispuesto en su normativa específica»*, añadiendo que *«será sujeto infractor la persona física o jurídica que viniera obligada a la suscripción del seguro, pudiendo ser sancionado con multa de 1.000 a 20.000 euros»*⁷.
- d) Cuarto, el carácter obligatorio de estos seguros proyecta sobre ellos —de forma complementaria a lo anticipado en general respecto del art. 2 de la LCS en el epígrafe precedente— las consecuencias regulatorias en el ámbito concreto del seguro de responsabilidad civil de modo tal que, a falta de normas propias de sus regímenes especiales, se aplicarán las normas generales de la sección 8.^a del título II de la LCS sobre el seguro de responsabilidad civil.

Por último, señalar que estos seguros incrementan el número —ya muy notable— de los seguros obligatorios que, en nuestro Ordenamiento, alcanza cifras singulares porque se computan en torno a 400 de estos seguros, a diferencia de Francia, donde hay unos 100; Polonia, donde hay unos 40 o Alemania, donde, a nivel federal, se computan unos 30 seguros obligatorios de responsabilidad civil⁸. A estos efectos, debemos destacar que el nuevo régimen legal de los seguros obligatorios establecido en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR quiere evitar la sensación de caos incontrolable derivada de la multiplicidad dispersa de estos seguros obligatorios imponiendo a la DGSFP la obligación de comunicar a la Comisión Europea, *«de acuerdo con el registro que se desarrolle reglamentariamente y que gestionará el Consorcio de Compensación de Seguros, los seguros obligatorios existentes en España, indicando las disposiciones específicas que regulan el seguro obligatorio»*⁹.

⁷ Añade que *«la instrucción y resolución del procedimiento sancionador corresponderá a la Administración pública competente por razón en la materia cuya regulación impone la suscripción del seguro obligatorio»*.

⁸ La sobreabundancia de estos seguros obligatorios especiales tiene un impacto negativo para el comercio intracomunitario de seguros, como constata el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 (*«Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law»*, European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014), pág.15 y ss., epígrafe 30 y ss.

⁹ El Registro sobre seguros obligatorios se regula en la Disposición Adicional primera del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR).

3. El posible complemento de los seguros obligatorios mediante seguros voluntarios de responsabilidad civil

El mediador o el administrador concursal podrá añadir a las coberturas obligatorias de su responsabilidad civil otras voluntarias que protejan su patrimonio de forma más amplia desde un punto de vista cualitativo, extendiendo la garantía del seguro a otras hipótesis distintas de las previstas legal y reglamentariamente; o cuantitativo, incrementando las sumas aseguradas —en el caso de los administradores concursales— respecto de los mínimos reglamentarios del art. 8 del RD 1333/2012 y protegiendo con mayor intensidad su patrimonio ante reclamaciones que puedan exceder aquellas sumas aseguradas mínimas. En el caso de los mediadores concursales, la indeterminación cuantitativa de las sumas en el art. 28 del RD 980/2013 deja indeterminada también la cuantía de la cobertura adicional.

En el caso de los seguros de los administradores concursales, la regulación contempla dos posibilidades de construir esta convivencia de coberturas: mediante dos contratos de seguro¹⁰ o mediante un contrato de seguro que introduzca esa cobertura mínima obligatoria como ampliación de las pólizas de responsabilidad civil profesional de abogados, economistas, titulados mercantiles o auditores o, partiendo del seguro de responsabilidad civil obligatorio, incluya otras coberturas que libremente se pacten entre las partes, ampliando el ámbito y los límites de cobertura (art. 10 RD 1333/2012).

III. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS SEGUROS

1. El interés

El interés asegurado en estos seguros obligatorios es la relación —susceptible de valoración económica— entre un sujeto, en este caso, el mediador (art. 233 LC) o el administrador concursal (art. 27 LC); y un bien que es su entero patrimonio, susceptible de ser gravado por una deuda que resulte de su responsabilidad civil concursal (art. 233 y ss. y art. 36 LC, respectivamente), que puede tener carácter contractual (art. 1101 Código Civil) o extracontractual (art. 1902 Código Civil).

2. El riesgo

Es el grado de probabilidad —que se debate entre la imposibilidad y la certeza— de que acaezca el siniestro cubierto, en este caso, la reclamación de un ter-

¹⁰ Posibilidad a la que alude el preámbulo del RD 1333/2012 cuando dice que este régimen especial «no impide que, al amparo de la autonomía privada o de otras previsiones legales, los administradores concursales contraten otros seguros específicos e independientes de esa responsabilidad civil, para cubrir más intensamente los riesgos del ejercicio de esa actividad profesional».

cero perjudicado que entre dentro del ámbito objetivo de los seguros obligatorios fijado, para los mediadores concursales, en el art. 27 del RD 980/2013 y, para los administradores concursales, en el art. 3 del RD 1333/2012.

Dicho grado de probabilidad dependerá —fundamentalmente— de la complejidad del acuerdo extrajudicial de pagos, en el caso de los mediadores concursales; o del concurso, en el caso de los administradores concursales. La consideración de los presupuestos de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 LC) permite anticipar un riesgo menor de reclamaciones —tanto en cantidad como en calidad— a los mediadores concursales respecto de los administradores concursales.

En todo caso, el riesgo cubierto en cada caso es un elemento técnico esencial para configurar ambos seguros y, en concreto, para determinar las sumas aseguradas exigibles, como así lo muestra el régimen general de los seguros obligatorios contenido en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR cuando, tras referirse en su apartado 1 a la posible exigencia de un seguro o garantía equivalente a quienes ejerzan actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la seguridad financiera de las personas, añade que *«la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto»*.

3. El daño

Consiste en el nacimiento de una deuda de responsabilidad que reduce el volumen del patrimonio del mediador o administrador concursal asegurado. Como en todo seguro de responsabilidad civil, la realización efectiva de ese daño requerirá, en ocasiones, de su declaración judicial por sentencia, lo que, según veremos, tiene sus consecuencias en el régimen del seguro obligatorio de los administradores concursales en el sentido de que su cobertura se extenderá a los gastos soportados por el acreedor que hubiere ejercitado la acción en interés de la masa (art. 3.2 RD 1333/2012), gastos que se entenderán comprendidos dentro de las sumas mínimas aseguradas (art. 8.3 RD 1333/2012).

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ASEGURADA

1. La actuación dañosa: los actos ilegales o negligentes del mediador o del administrador concursal

Sin querer ni poder exponer en este punto la completa estructura de la responsabilidad civil de los mediadores concursales o de los administradores concursales, queremos realizar una serie de reflexiones pertinentes a los efectos del análisis de los seguros obligatorios de aquella responsabilidad. A estos fines, nos

basta con decir que la actuación dañosa del mediador o del administrador concursal, generadora de su deuda de responsabilidad civil asegurada, puede determinarse respondiendo a cuatro preguntas sucesivas: ¿Qué debe hacer el mediador o el administrador concursal? ¿Cómo debe hacerlo? ¿Cuáles son las negligencias típicas en sus actuaciones respectivas? ¿Cuáles son los patrimonios de terceros perjudicados en cada caso? Respondamos a estas cuatro preguntas:

1.1. ¿Qué debe hacer el mediador o el administrador concursal?

Procede diferenciar los deberes de conducta de ambos gestores concursales asegurados:

- a) El mediador concursal es el órgano de gestión del acuerdo extrajudicial de pagos que tiene los deberes esenciales de comprobación de créditos y convocatoria de los acreedores (art. 234 LC), de elaboración del plan de pagos (art. 236 LC), de asistencia a la Junta de acreedores (art. 237 LC), de formalización y supervisión del acuerdo aceptado o de solicitud de concurso en caso de decisión de los acreedores de no continuar las negociaciones, de falta de aceptación o incumplimiento del acuerdo (arts. 236.3, 238.3 y 241.3 LC).

En este punto, y dada la remisión que hace el art. 233.1 de la LC a la Ley 5/2012, procede constatar que el modelo genérico de responsabilidad civil de los mediadores prevé una doble instancia de imputación de la misma: a los propios mediadores y, en su caso, a las instituciones de mediación, en particular, por la designación del mediador (art. 14 Ley 5/2012). Y, en consecuencia, tanto los mediadores como las instituciones de mediación deberán contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil o garantía equivalente (art. 29 RD 980/2013); sin perjuicio de que el primero de los seguros —el de los mediadores— pueda contratarse en una póliza individual o en una póliza colectiva cuyo tomador sea la institución de mediación (art. 26.2 RD 980/2013). La remisión que hace la LC (art. 233), para el nombramiento de los mediadores concursales, a la lista oficial de mediadores «*suministrada por el Registro de Mediadores e instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia*» hace que el registrador o notario deban nombrar a los mediadores concursales de entre los inscritos en aquel Registro en los términos previstos en la sección 3.^a del Capítulo III (arts. 18 y 19) del RD 980/2013.

- b) El administrador concursal es un órgano omnipresente en el concurso, lo que debe ser tenido en cuenta por el asegurador para evaluar el riesgo cubierto por el seguro obligatorio. Además, la intensidad de la actuación del administrador concursal —y, por tanto, la probabilidad de que incurra en una acción u omisión ilegal o negligente que origine una reclamación—

depende en gran medida del carácter voluntario o necesario del concurso de que se trate (art. 22 LC). Porque es evidente que la actuación del administrador como interventor en el primer caso (art. 40.1 LC) reduce el riesgo de reclamación frente a la actuación como gestor en el segundo caso, que incrementa aquel riesgo (art. 40.2 LC); todo ello en términos generales y salvando las excepciones legales u operativas que se puedan producir.

Por otro lado, y sin poder entrar en el examen pormenorizado de las numerosas funciones que el art. 33 de la LC confiere a la administración concursal, es lo cierto que dicho precepto proporciona una base utilísima para que el asegurador pueda hacer un catálogo de riesgos que pueden estar en el origen de las reclamaciones de responsabilidad civil cubiertas por el seguro obligatorio que examinamos. En todo caso, vemos cómo, en las diversas fases del concurso —fase común, de convenio, de liquidación y de calificación—, se suceden actuaciones en las que el administrador concursal goza de una especial facultad decisoria dotada de una cierta discrecionalidad, susceptible de no ser compartida por el deudor concursado, los acreedores o terceros que estén dispuestos a plantear una reclamación de responsabilidad civil por los daños que consideren causados¹¹.

1.2. *¿Cómo debe de actuar el mediador o el administrador concursal?*

La respuesta diferirá si nos encontramos ante un mediador concursal que deberá proceder conforme a los principios de confidencialidad e imparcialidad de los arts. 9 y 13 de la Ley 5/2012 y de independencia (art. 233.1 LC)¹²; o nos hallamos ante un administrador concursal que deberá sujetar su conducta al paradigma del ordenado administrador y representante leal (art. 35.1 LC).

1.3. *¿Cuáles son las negligencias típicas en las que puede incurrir el mediador o el administrador concursal?*

Serán el «negativo fotográfico» de los deberes de conducta antes señalados y, por tanto, la responsabilidad cubierta por el seguro obligatorio alcanza tanto a los daños por acción (p. ej., convocatoria defectuosa de los acreedores en contra de lo previsto en el art. 234 de la LC, en el caso del mediador concursal; o pago a los acreedores incumpliendo las reglas del art. 154 y siguientes de la LC, en el caso

¹¹ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit., pp. 37 y ss.

¹² En este punto, las Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la Reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013, en su apartado I.8.^a, plantea precisamente la eventual extensión del deber de confidencialidad que impone el art. 9 de la Ley 5/2012 a su posterior actuación como administrador concursal, sobre la base de «*que el art. 233.1 LC se referencia en la Ley 5/2012*».

del administrador concursal) o por omisión (p. ej., omisión de la solicitud del concurso ante el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos en contra de lo dispuesto en el art. 241.3 LC en el caso del mediador concursal; o la pasividad en el ejercicio de las acciones de reintegración del art. 71 y siguientes de la LC, en el caso del administrador concursal).

1.4. *¿Cuáles son los patrimonios de terceros perjudicados en cada caso?*

La respuesta nos conduce al epígrafe siguiente.

2. El daño patrimonial causado y cubierto por los seguros

2.1. En el seguro de los mediadores concursales

El ámbito de cobertura abarca, genéricamente, *«todos los daños y perjuicios distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes»* (art. 27 RD 980/2013) y, específicamente, los daños que pueda causar su conducta a los patrimonios del deudor, de los acreedores, o de terceros afectados; sin que, a diferencia de lo que sucede en el concurso, se aísle patrimonialmente una masa activa que pueda ser dañada como tal por la conducta del mediador, tal y como se deduce de la descripción de los activos líquidos, bienes y derechos que debe efectuar el deudor en su solicitud (art. 232.2 LC) y del contenido del plan de pagos (art. 236 LC).

2.2. En el seguro de los administradores concursales

En este caso se produce una diferenciación de la responsabilidad civil asegurada en función del patrimonio dañado, ya que, partiendo de lo dispuesto en el art. 36 de la LC sobre la responsabilidad civil de los administradores concursales, el art. 3 del RD 1333/2012 desarrolla el ámbito objetivo del seguro obligatorio diferenciando dos tipos de responsabilidad civil que, compartiendo el común denominador de que el sujeto activo del daño y, por tanto, el deudor de la obligación de indemnizar será el administrador concursal; se diferencian en los patrimonios de impacto de su actuación dañosa y, en consecuencia, en los sujetos activos de la relación de indemnización, acreedores del crédito de responsabilidad civil frente al administrador concursal, según veremos a continuación¹³. En efecto:

¹³ Sobre ambos tipos de responsabilidad civil, véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit., pp. 38 y ss.

- a) A título principal, este seguro cubre el riesgo de nacimiento, en el patrimonio del administrador concursal asegurado, de una obligación de indemnizar al deudor o a los acreedores por los daños y perjuicios causados a la masa activa del concurso por los actos y omisiones realizados, en el ejercicio de sus funciones, por el administrador concursal o por el auxiliar delegado de cuya actuación sea responsable que sean contrarios a la ley o hayan sido realizados sin la debida diligencia (art. 3.1.1.º RD 1333/2012). Serán acreedores de ese crédito potencial de responsabilidad del administrador concursal, primero, el propio deudor concursado, puesto que la masa activa del concurso está integrada por *«los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento»* (art. 76.1 LC). Y, en segundo lugar, los acreedores porque ese patrimonio del deudor —en cuanto se convierte en masa activa del concurso— adquiere una función adicional en interés también de sus acreedores. Esta primera cobertura del asegurador se extiende a las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el ejercicio de su función o en los cuatro años siguientes a la fecha en la que el administrador concursal cesó en el cargo por cualquier causa, siempre y cuando dichas reclamaciones tuvieran su fundamento en los daños y perjuicios causados a la masa activa durante el período en el que ostente la condición de administrador concursal en el proceso de que se trate (art. 9.1.1.º RD 1333/2012).
- b) De forma adicional, este seguro cubrirá los daños y perjuicios por actos u omisiones del administrador concursal que lesionen directamente los intereses del deudor, los acreedores o terceros (art. 3.1.2.º RD 1333/2012). Este segundo ámbito de cobertura se corresponde con la salvedad que establece el art. 36.6 de la LC respecto de las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Esta segunda cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad debe entenderse que se extiende a las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el ejercicio de su función o en el año siguiente a la fecha en la que el administrador concursal cesó en el cargo por cualquier causa, siempre y cuando dichas reclamaciones tuvieran su fundamento en los daños y perjuicios causados directamente a los intereses del deudor, los acreedores o terceros durante el período en el que ostente la condición de administrador concursal en el proceso de que se trate. Previsión ésta que cabe deducir de plazo de un año de prescripción de las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente los intereses de aquéllos (art. 9.1.1.º RD 1333/2012).

3. La relación de causalidad eficiente entre la actuación del mediador o administrador concursal asegurado y el daño patrimonial ocasionado a los terceros perjudicados

El patrimonio del deudor, de sus acreedores o de terceros puede verse dañado, durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, por múltiples acontecimientos que nada tengan que ver con la actuación del mediador concursal. Es por ello por lo que se debe discriminar cuidadosamente entre los casos en que la relación de causalidad eficiente exista y aquellos en que no, porque sólo en los primeros nacerá la responsabilidad civil del mediador concursal y la procedencia de su cobertura por el seguro obligatorio.

Asimismo, la masa activa del concurso o el patrimonio del deudor, de sus acreedores o de terceros, pueden verse dañados, durante la tramitación del concurso, por multitud de eventos propios del riesgo empresarial (p. ej., el descenso del valor de la cartera de acciones de la masa activa causado por un descenso en la cotización bursátil o el descenso en el valor de los inmuebles de la masa activa por caída del mercado inmobiliario), que únicamente deberán causar la responsabilidad del administrador concursal en el caso de que se acredite una relación de causalidad eficiente entre la actuación de este último y el daño sufrido.

4. Previsiones reglamentarias específicas del seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal

En el seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal se establecen dos previsiones reglamentarias específicas:

- a) La primera consiste en que este seguro deberá cubrir, además de la indemnización que deba pagar el administrador por los daños y perjuicios causados a la masa activa del concurso, los gastos necesarios que hubiera soportado el acreedor que hubiera ejercitado la acción de reclamación de la responsabilidad del administrador concursal en interés de aquella masa activa (art. 3.2 RD 1333/2012). Y, en consonancia con lo anterior, es importante en la aplicación práctica de este seguro la aclaración de que la suma asegurada comprenderá tanto los daños y perjuicios como los gastos que hubiere soportado el acreedor que hubiere ejercitado la acción en interés de la masa (art. 8.3 RD 1333/2012).
- b) La segunda consiste en que la reclamación del perjudicado «podrá» producirse en un proceso judicial, que se sustanciará ante el juez que conozca o haya conocido el concurso (art. 9.2 RD 1333/2012). Y ello porque, cuando se ejercite judicialmente la acción de responsabilidad contra el administrador concursal, ésta se sustanciará por los trámites del juicio

declarativo que corresponda ante el juez que conozca o haya conocido del concurso (art. 36.3 LC).

V. ELEMENTOS PERSONALES DE LOS SEGUROS

1. El asegurador

En los dos tipos de seguros analizados deberá actuar como asegurador una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de responsabilidad civil en general (apartado A.a.13 del Anexo a la LOSSEAR), so pena de incurrir en la nulidad del contrato, con las consecuencias propias del art. 24 de la misma LOSSEAR¹⁴.

2. El tomador y el asegurado: el mediador o el administrador concursal

Deberá actuar como tomador y asegurado:

- a) El mediador concursal, ya sea persona natural o jurídica, porque sobre él recae el deber de aseguramiento (art. 11.3 Ley 5/2012 y art. 26.1 RD 980/2013). Además, las instituciones de mediación deben tener suscrito su específico seguro de responsabilidad civil o la garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde conforme a la Ley 5/2012 (art. 14) y, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito (art. 29 RD 980/2013).
- b) El administrador concursal, ya sea persona natural o jurídica, porque sobre él recae el deber de aseguramiento (art. 2.1 RD 1333/2012). Con la particularidad de que, cuando la administración concursal sea una persona jurídica, la cobertura del seguro o garantía equivalente incluirá la responsabilidad de los profesionales que actúen por cuenta de ésta (art. 2.2 RD 1333/2012). El interés público y la presunción de solvencia que subyacen en determinados casos en los que actúan como administradores concursales la propia Administración pública o entidades o agencias públicas vinculadas a ella lleva a establecer algunas excepciones a la obligación de contratar el seguro de responsabilidad civil, como sucede en los casos en

¹⁴ Sobre estas consecuencias del asegurador «de hecho» por falta o insuficiencia de autorización administrativa para operar en el ramo de que se trate, conforme a la normativa precedente, puede verse nuestro *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, 1.ª edición, Editorial THOMSON/CIVITAS, Cizur Menor 2006, p. 164 y ss.

que una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de la anterior sea nombrada administrador concursal y designe para llevar a cabo tales cometidos a una persona natural que tenga la condición de empleado público o cuando sea designado administrador concursal el personal técnico de la CNMV o del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 3.3. RD 1333/2012)¹⁵.

3. El tercero perjudicado. La acción directa

La función tuitiva o de garantía preventiva de los intereses patrimoniales de los sujetos que operan en el entorno concursal y que pueden verse perjudicados por la actuación negligente o dolosa de los administradores o mediadores concursales —a la que nos referíamos en el epígrafe I de este estudio—, que desarrollan estos seguros de responsabilidad civil profesional, se muestra con particular intensidad en el reconocimiento a favor de aquellos potenciales perjudicados de una acción directa frente al asegurador por parte del art. 76 de la LCS. Función garantista que ha venido destacando la jurisprudencia tanto civil como penal del Tribunal Supremo en relación con los seguros de responsabilidad civil profesional tanto obligatorios como voluntarios¹⁶.

En el seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales, la remisión implícita al régimen general de este tipo de seguro de la LCS como disciplina supletoria «ex» art. 2 de aquella LCS; atribuye a los terceros perjudicados por las acciones u omisiones de aquellos mediadores y a sus herederos una acción directa contra el asegurador de su responsabilidad civil en los términos del art. 76 de la repetida LCS. No debe confundirse este efecto con la alusión del art. 14 de la Ley 5/2012 a la acción directa del perjudicado contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

En el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales, la masa activa del concurso, el deudor concursado, sus acreedores o los terceros afectados aparecen como terceros perjudicados (en el caso de la masa activa, por

¹⁵ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit. (2013), pp. 41 y ss.

¹⁶ En cuanto a la jurisprudencia civil, podemos destacar la sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 200/2015, de 17 de abril, que dice que, con el art. 76 de la LCS, el legislador introduce «una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con la víctima del asegurado». En cuanto a la jurisprudencia penal, cabe destacar la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014, de 25 julio, que, en su Fundamento de Derecho Noveno, dice que: «El seguro de responsabilidad civil (tiene una) función social y económica (que) es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte (art. 117 CP)».

referencia al deudor o los acreedores indirectamente afectados) y a ellos y a sus herederos se extiende la acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar que, en general, les atribuye el art. 76 de la LC y, en particular, les reconoce el art. 11 del RD 1333/2012. Y, en consecuencia, el administrador concursal asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido, a los efectos del ejercicio de la acción directa (art. 11.2 RD 1333/2012)¹⁷.

VI. ELEMENTOS REALES DE LOS SEGUROS

1. La suma asegurada

1.1. En el seguro de los mediadores concursales

Se establece una referencia genérica a la «suma asegurada» cuando se dice que esta suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga (art. 28 RD 980/2013). En este punto falta una cuantificación normativa precisa de la suma mínima asegurada en función de las circunstancias del acuerdo o de los acuerdos extrajudiciales de pagos que gestione el mediador concursal (cfr. art. 231 LC). En efecto, en el epígrafe I de este estudio vimos que el régimen común a los mediadores del RD 980/2013 contiene una referencia genérica a que «la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga». Si a lo anterior añadimos que la cuantificación de la suma asegurada es un elemento esencial en los seguros obligatorios de responsabilidad civil, podemos concluir que conveniría que una disposición —reglamentaria¹⁸— estableciera la suma mínima asegurada en función de los niveles de riesgo de la actuación del mediador, que podrán fijarse conforme a criterios cuantitativos (por ejemplo, el pasivo del deudor) o cualitativos (por ejemplo, la condición de personas jurídicas o sociedades de capital del deudor) implicados en el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (véase art. 231 LC). Todo ello para garantizar que, respecto de los mediadores concursales y de las circunstancias de los respectivos acuerdos extrajudiciales de pagos, se cumple el principio general enunciado en el art. 28 del RD 980/2013 de que la suma asegurada o garantizada sea «proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga».

¹⁷ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit., pp. 42.

¹⁸ Adviértase que la habilitación reglamentaria contenida en el segundo inciso de la Disposición Final Octava de la Ley 5/2012 para «desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores» no se ha agotado en el capítulo IV del RD 980/2013, por cuanto queda por determinar el elemento esencial de la suma mínima asegurada.

En todo caso, dado que es preciso acreditar la contratación de un seguro o garantía equivalente en el momento de aceptar el nombramiento como mediador concursal, observamos en la práctica dos tipos de soluciones:

- a) Las pólizas dobles de cobertura específicamente concursal que garantizan a la persona en la doble condición de administrador y mediador concursal, produciéndose una especie de fenómeno de absorción de las sumas aseguradas de los mediadores por las de los administradores concursales establecidas en el RD 1333/2012, a las que nos referiremos seguidamente.
- b) Las pólizas simples de cobertura genéricamente mediadora que se pueden contratar como pólizas colectivas contratadas por asociaciones de mediadores y que establecen una suma asegurada común (por ejemplo, de 150.000 euros) y una prima adicional para la cobertura de la mediación concursal.

1.2. En el seguro de los administradores concursales

Según venimos destacando, en este caso existe una regulación específica de la suma asegurada mínima por el art. 8 del RD 1333/2012 cuando establece dos escalas que atienden, en primera instancia, a la condición de persona física o jurídica del administrador concursal y, dentro de cada escala, al número de concursos o a la importancia o complejidad del concurso, tomando en consideración las condiciones del deudor. De modo tal que existen dos escalas: Una escala de sumas aseguradas para los administradores concursales personas físicas, que pasa por cuatro tramos que van desde los trescientos mil a los tres millones de euros (uno primero básico del administrador concursal en cualquier tipo de concurso y tres tramos sucesivos reforzados por el número de concursos ordinarios en los que figure designado el administrador concursal, por la importancia cuantitativa del concurso o por la relevancia cualitativa y cuantitativa del concurso). Y una escala de sumas aseguradas para los administradores concursales personas jurídicas, que simplifica los tramos a dos de dos y de cuatro millones de euros, según se trate de todo tipo de concursos o concursos de intermediarios financieros o de sociedades cotizadas u otras entidades típicas del mercado de instrumentos financieros¹⁹.

2. Duración del contrato de seguro

En el seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales no se establece una previsión específica sobre la duración del contrato, si bien es cierto que las alusiones legales y reglamentarias al deber de todo mediador de tener

¹⁹ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit., p. 42 y ss.

cubierta —mediante un seguro o garantía equivalente— su responsabilidad civil (art. 11.3 Ley 5/2012 y art. 26 RD 980/2013), conduce a exigir que aquel seguro obligatorio dure el tiempo preciso para cubrir aquella responsabilidad.

En el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales, el interés público por garantizar una vigencia de la cobertura aseguradora coetánea a la duración de la actividad gestora del administrador concursal potencialmente generadora de la responsabilidad civil cubierta lleva a la normativa específica a exigir la previsión de prórroga del contrato por una o más veces por períodos de un año, en función de la duración del cargo (art. 5 RD 1333/2012)²⁰.

VII. ACREDITACIÓN DE LOS SEGUROS

1. En el seguro de los mediadores concursales

No se establece de forma específica por parte de la LC —como sí veremos que hace el art. 29 de la LC con los administradores concursales— el deber del mediador de acreditar —ante el registrador o el notario que le nombre— con carácter previo a su aceptación del cargo, la existencia de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Sin embargo, este deber accesorio de acreditación está implícito en el deber general de todo mediador —incluidos los concursales— de contratar el seguro o garantía «ex» art. 11.3 de la Ley 5/2012 y art. 26 del RD 980/2013 y se explicita en el art. 14 del RD 980/2013 cuando, entre la *«información que deben proporcionar los mediadores»* en general para inscribirse en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación —a través del formulario de solicitud contenido en la sede electrónica del Ministerio de Justicia²¹, para su publicidad en el mismo y mediante declaración responsable sobre su veracidad, suscrita con certificado reconocido de firma electrónica— figura la de la *«póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido»*, indicándose una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que constituyera la garantía equivalente (letra f). La extensión a los mediadores concursales de esta exigencia de acreditar la suscripción del seguro se deduce, en particular, del hecho de que la inscripción de las personas físicas o jurídicas en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia —que es requisito previo al nombramiento como mediador concursal— se practicará previa acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 1 del art. 233 de la LC

²⁰ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit., pp. 44.

²¹ Véase al respecto la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013 y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

(art. 18.1 del RD 980/2013) y, entre dichos requisitos, está la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Y hemos visto que la inscripción y vigencia del seguro o la garantía deberán acreditarse, con carácter general, ante aquel Registro²². Ahora bien, dado que *«la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga»* y dicha entidad sólo puede concretarse a la vista de los nombramientos que tenga aquella persona como mediador concursal, también deberá acreditar la suficiencia del seguro o garantía, en cada nombramiento concreto, ante el registrador o notario que le nombre de entre la lista oficial de mediadores *«suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia»* (art. 233.1 LC).

2. En el seguro de los administradores concursales

El interés general porque estén cubiertos los riesgos que para el patrimonio de terceros puede implicar la actuación del administrador concursal hace que su regulación trate de garantizar una sincronización de las tres partes intervinientes (las del contrato de seguro y el juzgado del concurso) que asegure que existe la cobertura legal mínima durante toda la actuación potencialmente dañosa. Y esta sincronización pasa por un diálogo entre aquellas tres partes que se desarrolla en tres momentos: Primero, la acreditación del seguro por el administrador concursal ante el Juzgado del concurso (art. 29 LC y art. 6 RD 1333/2012); segundo, la comunicación por el Juzgado al asegurador del nombramiento y aceptación del cargo por el administrador concursal (art. 4 RD 1333/2012); y, tercero, la comunicación por el asegurador al Juzgado de las incidencias del seguro (art. 7 RD 1333/2012)²³.

VIII. CONCLUSIONES

1.^a El riesgo de que una actuación ilegal o negligente de los mediadores o administradores concursales cause daños, respectivamente, a los patrimonios del deudor, de los acreedores o de terceros afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos o a la masa activa del concurso o a los patrimonios del deudor concursado, de sus acreedores o de terceros, ha generado un interés público en su cobertura preventiva.

²² Adviértase al respecto que la fecha de apertura del Registro para las solicitudes de inscripción de los mediadores concursales ha sido el pasado 1 de abril de 2014 (disp. trans. tercera.2.b RD 980/2013) y que, entretanto, la relación de mediadores concursales se confeccionó a partir de la lista de administradores concursales que cumplan los requisitos del art. 18 del RD 980/2013, disp. trans. segunda).

²³ Véase nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A. J.: ob. cit., p. 44 y ss.

2.^a Para satisfacer dicho interés público en cuanto a la actuación de los mediadores concursales se refiere, la Ley 5/2012 —a la que se remite el art. 233.1 de la LC— exige que el mediador suscriba un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (art. 11.3); exigencia que debe aplicarse a los mediadores concursales. El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales no tiene un régimen reglamentario detallado en el RD 980/2013, especialmente por falta de cuantificación precisa de la suma mínima asegurada.

3.^a Para satisfacer aquel interés público en cuanto a la actuación de los administradores concursales se refiere, la Ley 38/2011 reformó la LC para introducir en su art. 29.1 un nuevo requisito para poder aceptar el cargo de administrador concursal y desarrollarlo durante el procedimiento que consiste en acreditar la suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil o una garantía bancaria equivalente. El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales sí tiene un régimen reglamentario detallado en el RD 1333/2012.

4.^a Tanto el mediador como el administrador concursal podrán complementar la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil con un seguro voluntario que amplíe dicha cobertura en términos cualitativos o cuantitativos.

5.^a La responsabilidad civil asegurada en el caso de los mediadores concursales se corresponde con la delimitada en los arts.14 de la Ley 5/2012 y en los arts. 233 y ss. de la LC.

6.^a La responsabilidad civil asegurada en el caso de los administradores concursales se corresponde con la delimitada en el art. 36 de la LC y, por tanto, a efectos de cobertura, se distingue entre dos tipos de responsabilidades según la actuación dañosa del administrador concursal incida directamente en la masa activa del concurso o en los patrimonios del deudor concursado, los acreedores o terceros.

7.^a Los tres elementos esenciales del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales son: primero, la garantía de que su cobertura temporal se mantiene a lo largo del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos; segundo, el reconocimiento de una acción directa del tercero perjudicado o sus herederos contra su asegurador de responsabilidad civil; y, tercero, la suma mínima obligatoriamente asegurada que será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga y que está pendiente de concreción.

8.^a Los tres elementos esenciales del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los administradores concursales son: primero, la garantía de que su cobertura temporal se mantiene a lo largo del procedimiento concursal y durante un período mínimo posterior al mismo, que dependerá del tipo de responsabilidad

cubierta; segundo, el reconocimiento de una acción directa del tercero perjudicado o sus herederos contra el asegurador de responsabilidad civil; y, tercero, la fijación reglamentaria de una suma mínima obligatoriamente asegurada en dos escalas diferenciadas, según se trate de un administrador concursal, persona física o persona jurídica; y, dentro de dichas escalas, se toma en consideración las características objetivas del concurso de que se trate.

9.^a En el seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales, la necesidad de garantizar la cobertura durante el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos impone las correspondientes comunicaciones entre los tres sujetos implicados: el mediador concursal asegurado, su asegurador de responsabilidad civil y el registrador o notario que lo designa.

10.^a La necesidad de garantizar la cobertura durante el procedimiento concursal impone las correspondientes comunicaciones entre los tres sujetos implicados: el administrador concursal asegurado, su asegurador de responsabilidad civil y el juzgado del concurso.

*(Trabajo recibido el 29/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)*

LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ

*Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas*

RESUMEN

La responsabilidad concursal supone el efecto patrimonial más intenso que puede imponerse en los casos de concurso culpable. La condena consiste en la cobertura total o parcial del déficit concursal por parte de las personas afectadas por la calificación. Las reformas legales acometidas a esta institución han intentado aclarar la polémica sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal sin haberlo conseguido, habiéndose generado a su vez serios problemas de coordinación en el seno del Derecho Concursal.

Palabras clave: concurso, calificación, culpabilidad, liquidación, responsabilidad concursal, coordinación.

INSOLVENCY LIABILITY

MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ

*Commercial Law Lecturer
Pontificia Comillas University*

ABSTRACT

Insolvency liability is the most intense effect that can be declared in guilt qualification cases. In these situations, the sentence declaring it aims to cover fully or partially the deficit resulting from the insolvency proceeding and it can be imposed to the persons affected by the qualification. The legal reforms related to insolvency proceedings have tried to clarify the insolvency liability's legal nature but at the same time, they have generated serious problems of coordination within the Insolvency Proceeding Law.

Key words: insolvency proceeding, qualification, guilt, winding-up, insolvency liability, coordination.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. II.—LA CALIFICACIÓN CONCURSAL. 1.— Delimitación conceptual de la sección de calificación. 2.— El concurso culpable. 3.— La sentencia de calificación. III.—CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. 1.—Presupuestos. 2.—Criterio de imputación. 3.—Naturaleza jurídica. 4.—Coordinación de la responsabilidad concursal con las acciones societarias. IV.—CONCLUSIONES. V.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad concursal constituye el efecto patrimonial más gravoso que puede imponerse como consecuencia de una calificación del concurso como culpable. Junto a la responsabilidad civil y societaria, la regulación concursal establece un régimen propio de responsabilidad que podrá ser impuesto, bajo determinadas circunstancias, a las personas afectadas por la calificación¹. Así, el pronunciamiento judicial de responsabilidad abarcará la condena, total o parcial, del déficit o fallido concursal, el cual se pone de manifiesto únicamente en los casos en los que el concurso desemboque en liquidación, en la medida en que constituye la parte de masa pasiva no satisfecha con la liquidación de la masa activa. Es decir, si tras la liquidación de todos los bienes y derechos del concursado quedasen créditos sin satisfacer, esa porción de masa pasiva constituiría el fallido concursal, de tal suerte que los acreedores insatisfechos podrían ver cubiertas sus expectativas de cobro si la sentencia de calificación contuviese una condena por responsabilidad concursal, en tanto todas las cantidades que se obtuviesen se integrarían en la masa activa del concurso.

La condena por responsabilidad concursal no deviene obligatoria en ningún caso, siendo una facultad que el juez podrá ejercitar o no a la vista de la tramitación de la sección de calificación, pudiendo no sólo decidir sobre su establecimiento, sino también sobre su alcance y contenido. En efecto, una vez acaecida la calificación culpable del concurso, el juez podrá, de forma motivada, imponer o no la condena a la cobertura del déficit concursal, de forma total o parcial, así como hacer recaer la misma sobre la totalidad de los sujetos afectados por la calificación o sólo respecto de alguno de los mismos en virtud de un juicio de imputación previo.

¹ DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: «La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia», *ADCo*, núm. 29, 2013, pág. 154.

La responsabilidad concursal ha sido objeto de sucesivas reformas desde la aprobación de la Ley Concursal, fundamentalmente a través de la Ley 38/2011 y de la Ley 17/2014, las cuales han modificado ciertos aspectos que en la actualidad siguen siendo objeto de debate doctrinal y jurisprudencial.

II. LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. Delimitación conceptual de la sección de calificación

La calificación constituye la fase del procedimiento concursal en la que se lleva a cabo la valoración de la conducta del deudor y de otras personas relacionadas con él, con el fin de esclarecer si en la causación o agravación del estado de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave de alguna de aquellas personas². La LC expresamente tipifica los sujetos que, eventualmente, pueden verse afectados por la calificación culpable del concurso, distinguiendo en función de la personalidad del deudor concursado. Así, en los concursos de persona física, podrán ser sancionados los representantes legales del deudor, mientras que, en el caso de persona jurídica, la calificación podrá afectar a los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, quienes hubieran tenido cualesquiera de estas condiciones durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como los socios en los supuestos del art. 165.2 LC.

Los sujetos anteriormente referidos y recogidos todos ellos bajo la denominación legal de «*personas afectadas por la calificación*» tienen poder para obligar a un determinado deudor frente a terceros y son responsables de la toma de decisiones de la sociedad mercantil en un momento o en otro, razón por la que la normativa concursal entiende, previa valoración de su participación, según las circunstancias del concurso, que pueden ser sancionados en la sección de calificación. Por otro lado, el carácter cerrado del catálogo que recoge a los posibles sujetos que se verán afectados por la calificación procede de la naturaleza sancionadora de la sección de calificación y, concretamente, es expresión del principio de tipicidad que rige en el ámbito sancionador. Las normas de calificación persiguen la represión de ciertas conductas mediante la imposición de una serie de sanciones, todo lo cual obliga a la legislación concursal a prever expresamente, sobre la base de ese *numerus clausus*, la identidad de los posibles sujetos destinatarios de los efectos que se deriven de un concurso culpable.

Asimismo, se ha de partir de que en la producción o agravación de la insolvencia habrán podido intervenir múltiples circunstancias y, entre ellas, una actua-

² YANES YANES, P.: «La calificación del concurso», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, 1.ª ed., Madrid, 2012, pág. 527.

ción del deudor que podrá ser merecedora de cierto reproche. Es decir, la insolvencia responderá a un comportamiento causal (y también conductual en no pocos casos) del deudor, o de las personas afectadas por la calificación, y por ello será preciso valorar este extremo y anudar las oportunas consecuencias a la conducta efectivamente realizada con el objeto de satisfacer los múltiples intereses, públicos y privados, concurrentes en todo concurso de acreedores³.

La calificación constituye, por tanto, un juicio independiente dentro del concurso de acreedores que va a partir de un conjunto de comportamientos con trascendencia concursal, desarrollados antes o durante la tramitación del concurso, para terminar imponiendo una serie de efectos personales y patrimoniales con vocación de protección del tráfico jurídico y, en segundo plano, para satisfacer a los acreedores del deudor concursado. Es decir, la calificación constituye un procedimiento especial e independiente, pero que al mismo tiempo necesita del proceso concursal general para que su objeto llegue a materializarse, respondiendo a un fundamento distinto al del propio concurso, pero, a la vez, coadyuvando con el mismo.

A este respecto, resulta indudable que la finalidad de la sección de calificación es perseguir la represión de la conducta del deudor que ha llegado a una situación patrimonial tal que justifica su declaración de concurso⁴. No obstante, ha de precisarse que la represión buscada en la sección de calificación es de índole civil y la misma se encuentra absolutamente desvinculada de los orígenes penales de dicha institución. En la actualidad, tanto la legislación concursal como penal recogen la separación entre ambos órdenes en lo que respecta a la ausencia de prejudicialidad penal. De esta forma, lo actuado en el ámbito concursal no vinculará en absoluto a la posible apreciación de comisión de un delito de insolvencia punible, y viceversa⁵. En consecuencia, la calificación se configura como

³ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación del concurso*, 1.ª ed., Cizur Menor, 2004, pág. 15.

⁴ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «El problema de la represión de la conducta del deudor común», en ROJO, Á. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 248; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso», en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2005, pág. 547; PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 4999-5000.

⁵ La doctrina ha puesto de manifiesto la conveniencia de esta separación entre órdenes, así, BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La calificación y la conclusión del concurso de acreedores», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., tomo II, Cizur Menor, 2007, págs. 1101-1102; YANES YANES, P.: «La calificación del concurso...», cit., pág. 527; PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «Reflexiones...», cit., pág. 5002; GALLEGU, E.: «Calificación del concurso», en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (Coord.): *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004, pág. 487; GARCÍA-CRUCES, J. A.: «El problema...», cit., págs. 249-250 y en «Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, pág. 2516; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso...», cit., págs. 547-548 y en la obra «Calificación del concur-

una institución civil que persigue valorar la conducta realizada por el deudor concursado y las personas afectadas por la calificación para que, en caso de resultar la misma culpable, se anuden determinadas consecuencias, tanto personales como patrimoniales, también de índole civil, a los actos que, realizados con dolo o culpa grave, hayan originado o agravado el estado de insolvencia y hayan abocado al deudor al concurso de acreedores⁶.

Ahora bien, la sección de calificación no constituye una pieza cerrada ni obligatoria en la medida en que ésta se formará cuando se den las circunstancias previstas en el art. 167 LC y será tramitada conforme al procedimiento establecido. Es decir, la sección de calificación puede no abrirse en ningún momento del concurso o, incluso, una vez abierta, archivarse y reabrirse con posterioridad, algo que resulta a todas luces criticable al tratarse de una pieza esencial para establecer las oportunas consecuencias respecto de aquéllos que hayan contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. En caso de que se forme la sección y, con base en lo actuado, el juez dictará sentencia en la que establecerá si el concurso merece la calificación de fortuito o de culpable, expresando las causas en las que se fundamente tal calificación en caso de que la misma devenga culpable⁷. Así, la calificación del concurso adopta la forma de un pronunciamiento judicial, pues corresponde al juez de lo mercantil, en exclusiva, decidir acerca de la procedencia y alcance de los efectos que pueda tener la calificación del concurso en un sentido o en otro.

so», en VILATA MENADAS, S. (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 70, Madrid, 2005, págs. 165-167; VELA TORRES, P. J.: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», *RCP*, núm. 3, 2005, pág. 90; FARIAS BATLLE, M.: «La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales», *RDM*, núm. 251, 2004, pág. 75; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, 1.ª ed., Cizur Menor, 2006, págs. 59-61; MIQUEL BERENGUER, J.: *La pieza de calificación en el concurso de acreedores: concurso fortuito, concurso culpable*, 1.ª ed., Barcelona, 2012, pág. 23.

⁶ PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «Reflexiones...», cit., pág. 5003: «(...) lo que el legislador ha hecho ha sido, de una parte, establecer unas sanciones de índole civil para los concursos en los que se adviertan irregularidades de conducta que aboquen a una declaración de culpabilidad, modulando la intensidad de aquéllas en función de la gravedad de ésta; al tiempo que deja, por otra parte, impunes los casos en que no se aprecie culpa grave o daño considerable (...)»; MAMBRILLA RIVERA, V.: «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 4951: «En resumen, partiendo de la eficacia meramente civil de la pieza de calificación del concurso (...), éste se nos presenta como un expediente técnico desgajado de la represión penal y que, dentro del juicio universal, permite una valoración de la conducta seguida por el deudor en relación con la producción o el agravamiento de su estado de insolvencia, tenderá a evitar el incumplimiento de exigencias elementales en orden a prevenir el concurso y evitar su agravación, a la par que, en atención a los efectos que se le atribuyen, servirá para reprimir el incumplimiento de aquellos deberes por parte del ahora concursado»; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La calificación y la conclusión...», cit., pág. 1102.

⁷ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., pág. 24; PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «Reflexiones...», cit., pág. 5003.

La calificación del concurso como fortuito procederá como consecuencia de que, existiendo la necesidad de formarse la sección sexta a la vista de la concurrencia de alguno de los supuestos del art. 167 LC, no habrá razón ni causa fundada para culpar al deudor o a los sujetos afectados por la calificación por la conducta desarrollada⁸. Por el contrario, el juez emitirá un pronunciamiento de calificación a favor de la culpabilidad del concurso cuando aprecie que el comportamiento seguido por el deudor, o por las personas afectadas, en lo referente a la generación o agravación del estado de insolvencia, ha estado presidido por el dolo o la culpa grave. En este caso, el juez sopesará la concurrencia de determinados hechos tipificados en la normativa concursal como supuestos de concurso culpable, por un lado, o presunciones *iuris tantum* de culpabilidad, por otro, además de otras circunstancias que puedan merecer la culpabilidad del concurso con base en la cláusula general, todo ello según sea puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal y la administración concursal. La casuística pone de manifiesto la extraordinaria importancia de los supuestos de concurso culpable, en los que la mera concurrencia de cualquiera de los mismos abocará al concurso a una calificación culpable sin posibilidad de probar en contra, así como de las presunciones de culpabilidad, en las que se parte de la culpabilidad, pero pudiendo los afectados destruir tal presunción.

2. El concurso culpable

Uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad concursal es el hecho de que el concurso merezca la calificación de culpable tras la oportuna tramitación de la sección sexta, siendo su objeto el comportamiento preconcursal y posconcursal observado por el deudor y las personas afectadas por la calificación.

⁸ Acudiendo al criterio jurisprudencial ya manifestado bajo la legislación derogada, será declarada fortuita la insolvencia en la que se da «una ausencia absoluta de intención dolosa y de conducta meramente culposa o negligente que presenta la quiebra como un suceso inesperado, debido exclusivamente al infortunio y que por eso, y a pesar de los resultados que produce en la economía del quebrado, en la de los acreedores, y aun en los intereses generales del comercio, es perfectamente compatible con el orden regular de una buena administración mercantil» (SSTS de 16 de mayo de 1956 y de 4 de noviembre de 1976). Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en la legislación actual, en la que no se ofrece una definición de concurso fortuito, pues se entiende éste en sentido negativo, esto es, es fortuito el concurso que no merece la calificación de culpable (GARRIGUES, J.: *Curso de derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 1980, pág. 402); el C. Com. de 1885 sí que contenía una declaración expresa de quiebra fortuita en el art. 887, el cual disponía: «Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas». GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pág. 11, llama quiebra fortuita a aquella que proviene de algún accidente inevitable que obliga al comerciante a suspender sus pagos contra su voluntad y en perjuicio de sus intereses; CERDÁ ALBERO, F./SANCHO GARGALLO, I.: *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Barcelona, 2001, pág. 126.

Así, existen tres vías posibles para alcanzar la calificación culpable del concurso: (i) la cláusula general de culpabilidad (art. 164.1 LC); (ii) los supuestos de concurso culpable (art. 164.2 LC); y (iii) las presunciones de culpabilidad (art. 165 LC).

La cláusula de culpabilidad se asienta sobre la concurrencia de varios elementos⁹. En primer término, un elemento objetivo consistente en un estado patrimonial de insolvencia, presupuesto objetivo del concurso de acreedores. En segundo lugar, un elemento subjetivo basado en la imputación a título de dolo o culpa grave y, por último, un elemento causal, en tanto en cuanto será necesario que exista relación de causalidad entre el comportamiento doloso o con culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia¹⁰. Así, toda acción u omisión presidida por el dolo o la culpa grave que produzca o agrave la insolvencia del deudor será susceptible de valoración en la sección de calificación y podrá acarrear que el concurso sea declarado culpable con las consecuencias que podrán derivarse de dicha declaración¹¹.

Bajo la cláusula general, el juez valorará la conducta del deudor y de las personas afectadas conforme a dos parámetros. En primer lugar, el grado de intervención del comportamiento desarrollado en el origen o agravación de la insolvencia. En segundo lugar, el elemento intencional presente en la conducta. Este

⁹ YANES YANES, P.: «La calificación del concurso...», cit., pág. 533: «(...) la aplicación de la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC exige la concurrencia de tres requisitos legales: unos subjetivo (el dolo o la culpa grave, como criterios de imputabilidad), uno objetivo (la insolvencia) y otro causal (el nexo entre la acción/omisión culposa grave o dolosa y la insolvencia, matizada por la causación o la agravación del correspondiente estado patrimonial)»; GARCÍA-CRUCES, J. A.: «El problema...», cit., pág. 252 y en «Artículo 164. Concurso culpable», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, pág. 2523; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., págs. 86-88.

¹⁰ ALCOVER GARAU, G.: «La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.1 de la Ley Concursal)», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2013, pág. 142 y en «Artículo 164. Concurso culpable», en PULGAR EZQUERRA/ALONSO LEDESMA/ALONSO UREBA/ALCOVER GARAU (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, tomo I, Madrid, 2004, pág. 1412; PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «Reflexiones...», cit., págs. 5004-5005; YANES YANES, P.: «La calificación del concurso...», cit., pág. 533; ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.): *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor, 2012, pág. 31; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., pág. 88; FARIAS BATLLE, M.: cit., págs. 83-85. Asimismo, la jurisprudencia se refiere también a los elementos de la cláusula general, véase, entre otras, la STS de 10 de abril de 2015; SAP de Ourense (Sección 1.ª) de 11 de julio de 2014; SAP de Barcelona (Sección 15) de 27 de mayo de 2014; SAP de Madrid (Sección 28) de 16 de septiembre de 2011; SJM núm. 3 de Vigo de 9 de junio de 2014 y SJM núm. 2 de Bilbao de 28 de mayo de 2014.

¹¹ Véase, entre otras, las SSTs de 5 de junio de 2015; de 10 de abril de 2015; 19 de julio de 2012; de 20 de abril de 2012; de 21 de marzo de 2012 y de 16 de enero de 2012.

elemento intencional, para justificar una calificación culpable, debe estar presidido por el dolo o la culpa grave. Sin embargo, la LC no se pronuncia acerca de la noción de dolo o culpa grave, debiendo aplicarse, por tanto, los conceptos tradicionales establecidos por el Derecho Privado.

Tanto el dolo como la culpa grave constituyen formas de imputación de acciones u omisiones al sujeto que las ha realizado, existiendo diferencias entre ambas instituciones. El dolo supone actuar con mala fe, malicia o voluntariedad respecto del resultado dañoso, el cual será en el caso de la calificación la generación o agravamiento del estado de insolvencia del deudor¹². Es decir, el dolo encierra una intencionalidad, una voluntad de cometer el acto ilícito y, en este sentido, cubre no sólo los supuestos del *consilium fraudis* (intención de perjudicar), sino, también, los de *consciis fraudis* (consciencia de que la conducta genera un daño y pese a ello no se adoptan las medidas oportunas de diligencia impuestas por la buena fe)¹³. En consecuencia, el dolo está constituido por un elemento intelectual y por uno volitivo¹⁴.

Por su parte, la calificación del concurso devendrá culpable cuando se actúe con culpa grave. La culpa grave o culpa lata, en cuanto culpa, supone la ausencia de mala fe o voluntariedad y se asemeja a la falta de atención o cuidado¹⁵. Pero en la especie particular de la culpa lata se actúa con infracción de la diligencia exigible y que encierra los deberes más básicos o elementales, es decir, que no se prevé o no se evita lo que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiera previsto o evitado¹⁶. Así pues, ante el significado básico del deber infringido y la

¹² BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pág. 42; GARCÍA-CRUCES, J. A.: «El problema...», cit., pág. 255 y también en *La calificación...*, cit., pág. 31; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., págs. 88-89; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso...», cit., págs. 553-554.

¹³ Véase fundamentalmente ROJO AJURIA, L.: *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, págs. 19 y ss.

¹⁴ PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, 2002, págs. 422 y ss.; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., pág. 89: «(...) el dolo, a que se refiere el art. 164.1 LC, equivale a intencionalidad y consciencia del concursado de que la actuación concreta dará origen a la insolvencia o, al menos, producirá su agravamiento». Asimismo, en las SSTs de 9 de marzo de 1962, de 27 de abril de 1973 y de 19 de mayo de 1973 se establece que «(...) el dolo coincide con la mala fe para cuya existencia no se precisa la intención de dañar; bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la consciencia de que su conducta realiza un acto jurídico».

¹⁵ BADOSA COLL, F.: cit., págs. 42, 109 y 670: «El concepto estricto de culpa (en su efecto de fuente de responsabilidad) se ha caracterizado por su oposición al dolo, de la que resulta la nota, que se ha considerado como esencial, de la involuntariedad de la infracción de la regla de conducta (independientemente de la forma mediante la que se exprese: negligencia, falta de atención, de cuidado, desidia, etc.)».

¹⁶ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., pág. 32; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., págs. 89-90; FARIAS BATLLE, M.: cit., pág. 84; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso...», cit., pág. 554: «La culpa grave no exige la referida mala fe, y el reproche se centra en la omisión de la diligencia exigida al deudor en el desarrollo de su actividad profesional o empre-

gravedad con que el deudor ha procedido, la LC equipara la culpa grave con el dolo en lo que a la calificación del concurso culpable se refiere, siguiendo así la regla tradicional de *«culpa lata, dolo equiparatur»*¹⁷.

Por otra parte, todo empresario, sea persona física o jurídica, está sujeto al cumplimiento de una serie de deberes que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico y cuyo incumplimiento puede justificar la calificación del concurso como culpable. La regulación concursal viene a tipificar determinadas conductas del deudor como supuestos de concurso culpable, por un lado, y presunciones de culpabilidad, por otro. En el primer caso se establecen una serie de hechos cuyo objeto consiste en la inobservancia de deberes empresariales fundamentales, de tal suerte que la concurrencia de cualquiera de los mismos abocará al concurso culpable sin posibilidad de aportarse prueba en contra.

En efecto, el art. 164.2 LC causaliza una serie de comportamientos que conducirán al concurso hacia una calificación culpable en todo caso, pues dichos supuestos suponen una contravención de deberes concursales y preconcursales de una magnitud tal como para llevar aparejada la consecuencia de la culpabilidad del concurso¹⁸. En estos casos se libera de la necesidad de probar la concurrencia de los elementos objetivo, subjetivo y causal de la cláusula de culpabilidad, estableciéndose la consecuencia automática del concurso culpable siempre que se prueba la existencia y la imputabilidad del hecho a su autor¹⁹. Constituye, por

sarial en el curso de la cual se ha generado o agravado la situación de insolvencia. Para ello debemos atender a los deberes de diligencia que leerán exigibles en la realización de aquella conducta (que puede ser omisiva), y en atención al grado de flexibilidad de estos deberes graduar la mayor o menor gravedad de la culpa al dejar de cumplirlos. En realidad, habrá que valorar tanto el grado de exigibilidad del deber de diligencia como el grado de (in) cumplimiento de este deber, para juzgar finalmente la gravedad de la culpa».

¹⁷ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., pág. 32.

¹⁸ A este respecto, la SAP de Barcelona (Sección 15) de 27 de abril de 2007 considera que «(...) el art. 164.2 LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que «(E)n todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)». Esta expresión «en todo caso» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador». En el mismo sentido, la SAP de Madrid (Sección 28) de 5 de febrero de 2008 prevé: «En la práctica, las causas más frecuentes de calificación del concurso como culpable serán las previstas en el art. 164.2 de la Ley Concursal, dado que el legislador, aplicando determinadas máximas de experiencia y persiguiendo determinados objetivos de política legislativa que considere necesario garantizar (en especial la observancia de unas mínimas exigencias de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico), ha decidido que el concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables (...)».

¹⁹ Véase las SSTs de 20 de diciembre de 2012; de 19 de julio de 2012; de 21 de mayo de 2012; de 16 de enero de 2012, de 6 de octubre de 2011 y de 23 de febrero de 2011, entre otras.

tanto, un sistema de apreciación directa de la culpabilidad de tal forma que, si concurre el hecho, la consecuencia será la culpabilidad del concurso en todo caso.

Con respecto a las conductas concretas que integran esta categoría de supuestos de concurso culpable hemos de precisar que nos encontramos, sin duda, ante incumplimientos de deberes esenciales de los empresarios, sean éstos personas físicas o jurídicas, de tal forma que, independientemente de su relación con la generación o agravación de la insolvencia o de su realización con dolo o culpa grave, llevarán aparejada la consecuencia de la calificación culpable del concurso en todo caso. Se trata, pues, de una serie de actuaciones en las que la culpa grave subyace en la mera realización de la conducta tipificada, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador o del empresario individual, razón por la que no se puede alegar la falta del elemento subjetivo ni tampoco la ausencia de nexo causal con la insolvencia²⁰. Estas actuaciones pueden clasificarse en tres grandes grupos: (i) incumplimientos de deberes contables; (ii) incumplimientos de deberes documentales; y (iii) incumplimientos de deberes patrimoniales.

El primer grupo de casos estaría constituido por el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión de irregularidades contables relevantes que afectasen a la comprensión de la situación patrimonial y financiera del deudor. Por su parte, el incumplimiento de deberes documentales comprende la comisión de inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, así como la presentación de documentos falsos. Por último, la categoría del incumplimiento de deberes patrimoniales aglutina el alzamiento de la totalidad o parte de los bienes del deudor en perjuicio de acreedores, la realización de cualquier acto que impida la eficacia de un embargo, la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso y la realización de actos tendentes a simular una situación patrimonial ficticia.

²⁰ En este sentido, disponen las SSAP de Madrid (Sección 28) de 17 de marzo de 2009, de 30 de enero de 2009 y de 5 de febrero de 2008 que estas conductas son consideradas por la LC como suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, bastando, por tanto, con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de las mismas y sin que deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad. No es necesario, por tanto, que en cada caso concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave distinta de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del art. 164.2, ya que, además, en algunos supuestos la propia conducta ilícita del deudor provoca una situación de opacidad que dificulta o imposibilita, a veces, la prueba del dolo o negligencia grave distinta de la propia conducta. Igualmente, la SAP de Córdoba (Sección 3.ª) de 5 de marzo de 2013 asevera: «(...) el artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor (o sus administradores o liquidadores) ha incurrido en dolo o culpa grave».

Así pues, la comisión de cualquiera de las conductas anteriormente referidas entrañará, en todo caso, la calificación del concurso como culpable, sin posibilidad de que se pueda aportar prueba en contra. Evidentemente, el deudor y las personas afectadas por la calificación podrán intentar probar la inexistencia y/o la inimputabilidad de las conductas tipificadas en el precepto en cuestión para evitar la calificación culpable del concurso. La expresión legal de «*en todo caso*», contenida en el art. 164.2 LC, no exime de la prueba a la administración concursal y/o al Ministerio Fiscal respecto de la existencia misma del hecho y la imputabilidad al responsable en la medida en que el alcance de aquélla es parcial. Se refiere a que no se admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave o de la relación de causalidad con la insolvencia, en tanto en cuanto la culpa grave subyace a la mera realización de cualquiera de las actuaciones tipificadas en la norma concursal.

En el segundo supuesto, la legislación concursal contempla una serie de actuaciones que catapultan el concurso hacia la culpabilidad, pero existiendo posibilidad de aportarse prueba en contra. En principio, la concurrencia de cualquiera de las situaciones contenidas en el art. 165 LC hará que se presuma la culpabilidad del concurso de forma relativa, pudiendo el deudor y las personas afectadas por la calificación romper tal presunción.

Hasta la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, la LC venía a establecer una serie de presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave que tenían por función facilitar la valoración de las conductas merecedoras de reproche al presumirse el elemento subjetivo necesario para alcanzar una calificación culpable del concurso. En este sentido, estas presunciones constituían un complemento de la cláusula general de culpabilidad, de tal suerte que su concurrencia permitía presumir el elemento subjetivo, pero pudiendo aportarse prueba en contrario y, en todo caso, no concurriendo la calificación culpable hasta que se demostrase la existencia de los otros elementos necesarios de la culpabilidad del concurso: el estado de insolvencia y la relación de causalidad entre la conducta dolosa o con culpa grave y dicho estado patrimonial²¹.

²¹ Véase las SSTs de 20 de junio de 2012 y de 17 de noviembre de 2011, que establecen: «*El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable*». Asimismo, véase las SSAP de La Coruña (Sección 4.ª) de 28 de febrero de 2013 y 31 de enero de 2013; la SAP de Lleida (Sección 2.ª) de 24 de enero de 2013; las SSAP de Madrid (Sección 28) de 9 de marzo de 2012, de 5 de febrero de 2010 y 2 de octubre de 2009 o la SAP de Guipúzcoa (Sección 2.ª) de 12 de noviembre de 2007. GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., págs. 58-59; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal. (Comentario de la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *ADCo*, núm. 14, 2008, pág. 365.

La dicción literal del art. 165 LC establecía claramente que se presumía la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, lo cual era indicativo, en nuestra opinión, de que exclusivamente se presumía *iuris tantum* el dolo o la culpa grave y era necesario que la administración concursal o el Ministerio Fiscal demostrasen la necesaria relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia para que pudiera calificarse el concurso como culpable²². Esta orientación permitía claramente ampliar las defensas que el deudor y las personas afectadas por la calificación podían utilizar, toda vez que era posible oponer tanto la no realización del acto objeto de la presunción como la no concurrencia de dolo o culpa grave²³. A esta circunstancia había que añadir que, además, la prueba de la necesaria relación de causalidad devenía muy complicada en la mayoría de los casos debido a la absoluta falta de conexión de los hechos tipificados con la génesis o agravación de la insolvencia, lo cual redundaba en la accesoriedad de estas presunciones respecto de los supuestos de concurso culpable, verdaderos elementos clave para alcanzar la culpabilidad del concurso²⁴. Bien es cierto que la importancia de estas presunciones hubiera sido otra en caso de haber recaído éstas no sobre el elemento subjetivo, sino sobre el nexo causal, es decir, que si se presumiese la relación de causalidad del hecho con la generación o agravación de la insolvencia, la eficacia de estas presunciones hubiera sido mayor²⁵.

Los problemas suscitados en torno a la anterior redacción han quedado relegados tras la reforma legislativa realizada en este punto, presumiéndose hoy en día la culpabilidad del concurso en caso de concurrencia de alguna de las situaciones prescritas en la norma. Así, la legislación concursal retoma el fundamento que respalda a los supuestos de concurso culpable del art. 164.2 LC y tipifica una serie de hechos que contemplan el incumplimiento de unos deberes, concursales y extraconcursales, cuya observancia quiere ser reforzada y fomentada en aras del

²² Véase la crítica realizada a este respecto por PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «La calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», en *La Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2005, pág. 490: «La norma [el art. 165 LC], a nuestro entender, deja mucho que desear. En primer término, parece romper una de las más arraigadas y firmes creencias de nuestra conciencia jurídica, que es la de que el dolo (o, en su caso, la culpa grave) como la mala fe, no se presumen; principio jurídico que la sabiduría popular liga, no sin fuerte dosis de razón, con la presunción de inocencia, elevada a derecho constitucional por el art. 24.2 CE».

²³ GALLEGU, E.: «Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2013, pág. 182; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., pág. 143.

²⁴ A este respecto, MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., págs. 143 y 144, considera que la prueba del elemento causal resulta diabólica al no estar los hechos base conectados con la generación o agravación de la insolvencia. En el mismo sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., pág. 366; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso...», cit., pág. 554. Véase a este respecto, por ejemplo, la SAP de Gerona (Sección 1.ª) de 11 de octubre de 2012.

²⁵ PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «La calificación...», cit., págs. 491-492.

tráfico mercantil²⁶. En efecto, los supuestos recogidos en la LC, si bien revelan la existencia de dolo o negligencia grave, tienen poca relación con el origen o la agravación de la insolvencia, lo cual denota la intención del legislador por impulsar la observancia de estos deberes legales²⁷. De esta forma, si se incumple alguno de los hechos tipificados en el art. 165 LC, se presumirá *ex lege* que esta circunstancia encierra una acción u omisión dolosa o gravemente culposa que ha generado o intensificado el estado de insolvencia, pudiéndose destruir la presunción mediante la prueba de que el hecho en sí no ha tenido lugar o de que éste no se ha realizado con dolo o culpa grave o que no ha contribuido a originar o a agravar la insolvencia²⁸.

La presunción de la culpabilidad establecida en la norma implica que se presumen los tres elementos de la cláusula general de culpabilidad, esto es, los elementos objetivo, subjetivo y causal. De esta forma, para poder destruir la presunción bastará, a nuestro juicio, con probar la falta de cualquiera de estos elementos para que aquélla no concorra, además de afirmar la ausencia o no realización del hecho base.

Las concretas conductas que conforman las presunciones de culpabilidad del concurso son: (i) el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso; (ii) el incumplimiento de los deberes de colaboración del concursado con el juez y la administración concursal; (iii) el incumplimiento de las obligaciones de formular las cuentas anuales, de someterlas a auditoría y de depositar las mismas en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso; y (iv) la negativa sin causa razonable de socios y/o administradores a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles y ello frustre la consecución de un acuerdo de refinanciación o extrajudicial de pagos.

3. La sentencia de calificación

La sección de calificación concluye con una sentencia en la que se recoge la valoración de las conductas enjuiciadas, la calificación global que ha de darse al concurso de acreedores en tramitación y, por último y más importante, las consecuencias jurídicas que se desprenderán de la calificación. La resolución judicial pone fin al proceso de evaluación de las conductas, en lo que al origen o agravación del estado de insolvencia se refiere, para asignar una serie de sanciones a aquellas personas afectadas por la calificación culpable del concurso, dándose así

²⁶ MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., pág. 145 y FARIAS BATLLE, M.: cit., págs. 129-130.

²⁷ SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso»..., cit., pág. 555.

²⁸ Véase la STS de 1 de junio de 2015.

cumplimiento a la función punitiva y salvaguardándose el interés público protegido²⁹.

En los casos en los que el concurso sea calificado como culpable habrá de expresarse la causa en que se fundamente tal calificación, la cual resultará tras la debida tramitación de la sección sexta. La expresión y fundamentación de la causa de concurso culpable constituye una exigencia que resulta evidente y que se presenta como una consecuencia lógica del significado de la calificación por los efectos personales y patrimoniales asociados a la calificación culpable. Asimismo, no se debe pensar, *sensu contrario*, que la obligación de explicar las causas sea innecesaria cuando el concurso se califique fortuito sólo por el hecho de que la legislación concursal no establezca una exigencia expresa, toda vez que mantener esta posición sería completamente contrario al mandato constitucional de motivación de las sentencias contenido en los arts. 120.3 CE y 248.3 LOPJ. A nuestro juicio, no ha de inferirse una excepción a la necesidad de fundamentar la resolución judicial cuando el concurso sea calificado fortuito, sino, más bien, un mandato de que cuando el concurso sea culpable necesariamente habrán de consignarse las causas que, tras la debida prueba, determinen la culpabilidad³⁰. En definitiva, la sentencia de calificación habrá de fundamentar adecuadamente las causas por las que un determinado concurso merece calificarse como fortuito o como culpable.

Las causas que establezcan la culpabilidad del concurso podrán basarse en alguno de los supuestos de concurso culpable o en las presunciones de culpabili-

²⁹ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Artículo 172. Sentencia de calificación», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, pág. 2576: «El estado de insolvencia del concursado afecta negativamente al interés de sus acreedores, cuyo crédito no puede realizarse en su integridad o resulta postergado temporalmente como consecuencia del convenio alcanzado o bien se somete a los riesgos de la liquidación. Y tampoco puede negarse una afección potencial de futuros acreedores que pudieran relacionarse con el concursado, razón que obliga a señalar la conveniencia de atribuir ciertos efectos a la declaración de concurso culpable cuya finalidad sea la de evitar una lesión —si se quiere potencial— de la seguridad del tráfico. En coherencia con ese cúmulo de intereses afectados resulta entonces razonable otorgar al expediente de calificación concursal una doble función, pues deberá anudar a la calificación del concurso culpable unos efectos a través de los cuales vengán a realizarse los intereses de los acreedores ya afectados por la insolvencia declarada y, por otra parte, habrá de tender a evitar y minorar el riesgo de que el sujeto —o sujetos— afectados por la calificación culpable del concurso, en razón del dolo o culpa lata con que actuaron, puedan afectar negativamente pro futuro a terceros potenciales acreedores». En el mismo sentido señala VELA TORRES, P. J.: cit., pág. 96, que la calificación cumple una doble función preventiva y redistributiva al impedir conductas desleales y reprobables por un lado, y garantizar una mejor satisfacción de los acreedores, por otro. Véase DÍAZ MARTÍNEZ, M.: «Ejecución provisional de la sentencia de calificación culpable del concurso», *ADCo*, núm. 15, 2008, págs. 187 y ss.

³⁰ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., pág. 114 y en «Artículo 172...», cit., pág. 2579.

dad contenidas en los arts. 164.2 y 165 LC, respectivamente³¹. Asimismo, la culpabilidad del concurso podrá fundarse en comportamientos u omisiones en los que no concurra ninguna de las circunstancias previstas en dichas normas, pero en los que se aprecie la concurrencia de los elementos necesarios para llegar a una calificación culpable con base en la cláusula general de culpabilidad prevista en el art. 164.1 LC.

Junto con estas previsiones, se establecen también determinados pronunciamientos a los que la sentencia habrá de hacer referencia en el caso de concurso culpable, a saber, la delimitación del ámbito subjetivo del concurso culpable y la imposición de los efectos personales y patrimoniales de tal calificación.

Con respecto al ámbito subjetivo, la sentencia contendrá la determinación de las personas afectadas por la calificación así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Con esta medida lo que se pretende es concretar los sujetos sobre los que van a recaer las diferentes consecuencias de la calificación del concurso culpable y, como resulta lógico, entre ellos estarán el propio deudor concursado, las personas afectadas por la calificación y los cómplices de los anteriores³².

Una cuestión que es necesario abordar *a priori* es la de quiénes pueden merecer la caracterización de persona afectada por la calificación, concepto recogido en la normativa concursal, pero sin tratamiento expreso. En una primera aproximación se ha de excluir de tal categoría al propio concursado y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque la propia LC distingue entre concursado y personas afectadas por la calificación (por ejemplo, en el art. 170.2 al tratar la personación en la audiencia) y, en segundo lugar, porque no tiene sentido vincular a la calificación efectos patrimoniales que recaigan sobre el propio concursado dada la vigencia del principio de universalidad en la determinación de la masa activa (art. 76 LC). En efecto, si entre las consecuencias que se pueden derivar para las personas afectadas por la calificación están las patrimoniales, el concursado debe quedar excluido de tal categoría³³.

De igual manera hay que excluir de esta clase de sujetos a los cómplices, pues la legislación concursal establece que la sentencia deberá determinar las personas afectadas por la calificación, por un lado, y los cómplices, por otro, lo que demuestra que se trata de categorías distintas a las que se podrán ligar consecuencias diferentes. La distinción radica en el comportamiento que los sujetos de una u otra categoría podrán realizar, en la medida en que las personas afectadas por la calificación habrán generado o agravado la insolvencia directamente, mientras

³¹ PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «Problemas procesales de la calificación del concurso», *ADCo*, núm. 14, 2008, pág. 175; VELA TORRES, P. J., cit., pág. 96.

³² GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Artículo 172...», cit., pág. 2580; VELA TORRES, P. J.: cit., pág. 97.

³³ Véase en profundidad las reflexiones de GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Artículo 172...», cit., págs. 2577- 2580 y en la obra *La calificación...*, cit., págs. 114-116.

que los cómplices no habrán tenido un papel principal y directo en dicho resultado pero sí habrán cooperado en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable del concurso.

En este sentido, adviértase que el cómplice no es la persona que realiza el acto que crea o agrava la insolvencia, sino que su actividad es la de cooperar, es decir, obrar conjunta o favorablemente con una persona para alcanzar un fin determinado³⁴. Por ello, los efectos que se pueden imponer a los cómplices en la sentencia de calificación aparecen limitados a los estrictamente patrimoniales y, dentro de dicha categoría, se circunscriben a la pérdida de derechos, condena a la devolución de bienes y a la indemnización de daños y perjuicios. No cabe, bajo ninguna circunstancia, que los cómplices sean sancionados con la inhabilitación o la condena por responsabilidad concursal, consecuencias previstas exclusivamente para las personas afectadas por la calificación por su participación directa en la realización de los hechos generadores o agravadores de la insolvencia.

Admitido lo anterior, se puede entonces considerar que dentro de la categoría de personas afectadas por la calificación estarán los representantes legales del concursado persona física y, tal como prevé el propio art. 172.2.1.º LC, los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica, así como los apoderados generales y quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso³⁵. La inclusión de estos sujetos en esa categoría radica en el alto poder de decisión que tienen sobre la persona física o jurídica que se ve abocada al concurso de acreedores. Asimismo, no es necesaria la vigencia del nombramiento como administrador o liquidador a la fecha de declaración de concurso dada la cláusula general que sirve de cierre y que alcanza a los que hayan ocupado los cargos mencionados en la norma en los dos años anteriores a dicha referencia temporal. Por último, fruto de la reforma introducida por el RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado luego por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, podrán ser también personas afectadas por la calificación los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la

³⁴ GONZÁLEZ HUEBRA, P.: cit., págs. 191 y ss.

³⁵ Por su parte, GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., pág. 117 y en «Artículo 172...», cit., págs. 2580-2581, no parte del propio art. 172.2.1.º LC, sino que se remonta al criterio que ha de seguirse a fin de calificar el concurso como culpable. Así, del art. 164.1 LC extrae que el concurso deviene culpable cuando el deudor común haya procedido con dolo o culpa grave en la causación o agravamiento de su estado de insolvencia, pero también cuando el origen o empeoramiento de tal déficit patrimonial se deba a la conducta dolosa o con culpa grave de su representante legal, si lo tuviere, o en el mismo tipo de proceder de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, si el concursado fuera persona jurídica. Y añade que los efectos que se derivan de la calificación culpable sólo tienen sentido si recaen sobre el representante legal del deudor común o, en el caso de la persona jurídica, los administradores o liquidadores. Véase también SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso...», cit., págs. 570-571; VELA TORRES, P. J.: cit., págs. 97-98; REDONDO, F.: «La oposición del deudor a la calificación del concurso», *ADCo*, núm. 8, 2006, págs. 191-192; YANES YANES, P.: «La calificación del concurso...», cit., págs. 549-552.

capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el art. 165.2 LC, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo.

Con respecto a los efectos que se han de imponer, la norma concursal distingue entre efectos personales y patrimoniales. El efecto personal atribuido a la calificación culpable del concurso es la inhabilitación, sanción que tiene carácter necesario dado que la misma se reputa como el principal indicador de la función punitiva y, en todo caso, del carácter preventivo que la calificación ostenta³⁶. Efectivamente, si la sentencia de calificación establece que determinados sujetos han originado o empeorado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave, el ordenamiento jurídico reacciona y fija como primer objetivo apartar a los responsables del tráfico económico con el fin de protegerlo y de impedir que estos mismos sujetos sigan presentes en el mercado produciendo o agravando situaciones de insolvencia. La inhabilitación será impuesta a todas las personas afectadas por la calificación y comprenderá la capacidad para administrar los bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años, graduándose el tiempo en atención a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como a la declaración de culpable en otros concursos. Lógicamente, tal y como prevé el art. 173 LC, los administradores y liquidadores de la persona jurídica afectados por la inhabilitación cesarán en sus cargos y, en caso de que la sociedad se bloquee, la administración concursal reunirá a los socios para que procedan al nombramiento de nuevos administradores o liquidadores, evitándose así las situaciones de conflicto intrasocietario.

Paralelamente a la inhabilitación del concursado y de las personas afectadas por la calificación, el juez podrá imponer además una serie de efectos patrimoniales, los cuales recaerán sobre los sujetos afectados por la calificación, así como sobre los cómplices. Del tenor literal del art. 172.2.3.º LC se pueden extraer tres efectos diferentes que afectan a la esfera patrimonial: (i) la pérdida de derechos de crédito; (ii) la obligación de restitución de determinados bienes; y (iii) la indemnización de daños y perjuicios causados³⁷. Junto con éstos, se prevé un

³⁶ Véase GARCÍA VILLAVARDE, R.: «Sobre la llamada inhabilitación del quebrado», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, tomo II, Valladolid, 1998, págs. 1629 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., págs. 149 y ss.; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso»..., cit., págs. 571-572; VELA TORRES, P. J.: cit., págs. 98-99; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., págs. 177 y ss.; YANES YANES, P.: «La calificación del concurso...», cit., págs. 554-555.

³⁷ GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La calificación...*, cit., págs. 160-179 y en «Artículo 172...», cit., págs. 2591-2594; PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «Reflexiones...», cit., págs. 5007-5012; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso»..., cit., págs. 572-573; VELA TORRES, P. J.: cit., págs. 99-100; YANES YANES, P.: «La calificación del concurso...», cit., págs. 555-556; ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: «Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2013, págs. 467-480.

cuarto efecto patrimonial de carácter excepcional en la medida en que sólo podrá ser impuesto en determinadas ocasiones y que consiste en que todas o alguna de las personas afectadas por la calificación deberán cubrir total o parcialmente el déficit concursal, esto es, la parte de masa pasiva no satisfecha con la liquidación de la masa activa.

Estos efectos patrimoniales que se pueden derivar de la calificación culpable suponen un nexo entre la función punitiva y la satisfactiva, pues con la declaración de culpabilidad no sólo se sanciona patrimonialmente a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices, sino que, además, el resultado de la imposición de estas sanciones beneficia a los acreedores al incrementarse la masa activa para la satisfacción de los créditos, coadyuvando así la función punitiva con la satisfactiva³⁸. Asimismo, para ahondar aún más en la satisfacción de los acreedores, prevé el art. 172.3 LC que se condenará a los cómplices que no sean acreedores en el concurso a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Piénsese en este caso en el auditor de cuentas de la sociedad que, sin ser acreedor, haya cooperado con los administradores a título de dolo o culpa lata en el empeoramiento de la insolvencia social. En este caso, el auditor podrá ser sancionado con la indemnización de los daños y perjuicios causados tal y como prevé, además de la norma concursal, el art. 26 LAC.

III. CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

1. Presupuestos

La responsabilidad concursal supone un pronunciamiento de condena a la cobertura del déficit concursal, que podrá ser impuesto por el juez del concurso a las personas afectadas por la calificación en los casos de concurso culpable de personas jurídicas. El déficit concursal se pone de manifiesto únicamente en los supuestos en los que el concurso desemboque en liquidación, en la medida en que aquél constituye la parte de masa pasiva no satisfecha con la liquidación de la masa activa.

La imposición de la responsabilidad concursal no constituye una exigencia del concurso culpable, tal y como ocurre con el resto de efectos patrimoniales, en la medida en que corresponde al juez, en todo caso, decidir sobre su aplicación. En

³⁸ ROJO, Á.: «El derecho concursal», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., tomo II, Cizur Menor, 2007, pág. 903; GARCÍA-CRUCES, J. A.: «El problema...», cit., págs. 290-291; TIRADO MARTÍ, I.: «Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, núm. 3, 2009, pág. 1096; CAMPUZANO, A.B.: «La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica», en SEBASTIÁN QUETGLÁS, R./VEIGA COPO, A. B. (Dirs.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2014, págs. 398-399.

efecto, se establece que el juez «podrá» condenar, lo cual es muestra sobrada de que dicho contenido en la sentencia de calificación resulta contingente. La discrecionalidad judicial en este sentido no es absoluta, toda vez que esta posibilidad está sujeta a la concurrencia de una serie de presupuestos que hacen que sólo pueda ser impuesta en los casos que la regulación concursal entiende como más graves³⁹.

Los presupuestos que impone el art. 172 bis LC para que proceda la condena a la cobertura del déficit concursal son: (i) formación o reapertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación; (ii) existencia de un déficit concursal; (iii) imposición exclusiva a las personas afectadas por la calificación; y (iv) generación o agravación de la insolvencia por medio de la conducta que haya determinado la calificación culpable del concurso.

En primer lugar, se requiere que la sección de calificación, dentro de la que se enmarca el pronunciamiento de la responsabilidad concursal, haya sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación concursal y, obviamente, que se haya calificado el concurso como culpable. La formación de la sección sexta se producirá en los supuestos de aprobación del plan de liquidación o con la ordenación de la liquidación conforme a las normas legales supletorias. Junto a esta vía directa, existe también la posibilidad de que se abra la liquidación de forma derivada, esto es, cuando se incumpla el convenio alcanzado con los acreedores en un momento anterior⁴⁰. En estos casos, la sección de calificación podrá formarse por primera vez, en los supuestos de incumplimiento de un convenio no gravoso, o bien ser reabierta a consecuencia del incumplimiento de un convenio gravoso. En efecto, cuando el deudor alcance con sus acreedores un convenio en el que se establezca una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años, la formación de la sección de calificación tendrá lugar, de tal modo que la declaración de incumplimiento de dicho convenio entrañará la reapertura de la sección de calificación, si es que estuviera cerrada, o la formación de una pieza separada dentro de la sección que se hallase aún abierta (art. 167.2 LC).

De esta forma, se observa cómo la posibilidad de imposición de la responsabilidad concursal gira en torno a la fase de liquidación y su capacidad para abrir el juicio de calificación, sea directa o indirectamente, tras el incumplimiento del convenio, de tal suerte que en función del carácter gravoso o no de dicho convenio,

³⁹ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad concursal», en ROJO-BELTRÁN, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2013, págs. 302-303.

⁴⁰ CAMPUZANO, A.B.: «La responsabilidad...», cit., pág. 425: «*La fase de liquidación del concurso de acreedores deberá abrirse de oficio por el juez siempre que fracase la solución convenida, lo que puede ocurrir porque no llegare a presentarse ninguna propuesta de convenio o no fuera admitida a trámite; porque no llegare a concluirse con la mayoría de acreedores o a aprobarse judicialmente; o porque se declare la nulidad o el incumplimiento del convenio aceptado por la colectividad de acreedores y aprobado por el juez (...)*».

se procederá a la formación primera de la sección sexta o bien a su reapertura. En este sentido, llama la atención la circunstancia de que se limite la responsabilidad concursal a los supuestos de liquidación. Sin embargo, el fundamento de tal reserva se encuentra en la gravedad de la solución adoptada, toda vez que se trata de la liquidación del concursado persona jurídica de la que emana un déficit o fallido concursal, es decir, los acreedores no van a cobrar sus créditos íntegramente y además van a carecer de toda posibilidad de resarcimiento futuro⁴¹.

Asimismo, se ha de poner de manifiesto que la normativa concursal trata de convertir el convenio en la solución prioritaria, razón por la que se dan una serie de estímulos al deudor para la adopción de soluciones negociadas. Uno de esos estímulos consiste en la imposibilidad de establecer la responsabilidad concursal como sanción asociada a una calificación culpable del concurso. En efecto, el deudor puede solicitar voluntariamente la liquidación en cualquier momento (art. 142 LC), razón por la que la exclusión de la responsabilidad concursal en los casos de convenio busca servir como mecanismo de presión sobre el deudor a fin de que éste negocie un acuerdo con sus acreedores.

En segundo lugar, se requiere un elemento estructural *sine qua non* consistente en la presencia de un déficit concursal, esto es, que existan créditos insatisfechos tras la liquidación de la masa activa. En caso contrario, si los bienes y derechos que formasen la masa activa resultasen suficientes para satisfacer la totalidad de la masa pasiva, no cabría la condena a la responsabilidad concursal aunque concurriesen el resto de presupuestos. El déficit concursal debe entenderse formado por todos los créditos concursales y contra la masa que resulten impagados, en tanto en cuanto la legislación concursal no establece ninguna exclusión a este respecto como sí hacía con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011⁴². Asimismo, se establece que todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la responsabilidad concursal se integrarán en la masa activa del concurso, de tal forma que los acreedores contra la masa cobrarán de la misma siguiendo el régimen de pre-deducción contemplado *ex lege*. Es por ello que el resultado procedente de la ejecución de la condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal debe beneficiar a todos los créditos, tanto los concursales como contra la masa⁴³.

⁴¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Responsabilidad concursal», *ADCo*, núm. 28, 2013, pág. 107.

⁴² Antes de la mencionada reforma, el art. 172.3 LC se refería exclusivamente a los «acreedores concursales», de tal suerte que la jurisprudencia interpretaba que los destinatarios de la responsabilidad concursal eran los acreedores concursales exclusivamente y que el importe de tal condena no debía beneficiar a los acreedores contra la masa en modo alguno. Véase la SAP de Barcelona (Sección 15) de 19 de marzo de 2007.

⁴³ Véanse las conclusiones de BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad concursal», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor, 2012, págs. 244-245; MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad concursal*, vol. II, Cizur Menor, 2015, págs. 376 y ss.

En tercer lugar, el art. 172 bis LC precisa que la responsabilidad concursal podrá imponerse a todos o a algunos de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada, así como a los socios en los casos del art. 165.2 LC, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación. Dentro de esta categoría de sujetos, tal y como consta definido en el art. 172.2.1.º LC, se encuentran los que hubieran tenido la condición de administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, así como de apoderados generales en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. Obviamente, entendemos que estas personas necesariamente entran dentro del ámbito de aplicación del art. 172 bis LC y pueden ser responsables concursales al referirse a ellos la norma, si bien no de forma expresa, sino a través de la locución «*que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación*». Esta referencia permite considerar que aquellos que hubieran sido administradores, liquidadores o apoderados generales en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso puedan ser sujetos responsables siempre y cuando hayan merecido la calificación de personas afectadas por la calificación⁴⁴.

Esta extensión subjetiva de la responsabilidad concursal, si bien busca equiparar los posibles sujetos responsables con los que pueden merecer la condición de personas afectadas por la calificación, no está exenta de críticas al entrar en colisión dicho plazo de los dos años con el de cuatro años señalado como plazo de prescripción de la acción de responsabilidad (art. 949 C.Com.), aplicable al caso de la responsabilidad concursal⁴⁵. En efecto, se ha señalado que la limitación temporal del alcance subjetivo a aquellos que hayan desempeñado el cargo de administrador, liquidador o apoderado general en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso no es congruente, toda vez que lo único relevante a efectos de la responsabilidad concursal es la identidad de los que ostenten dichas categorías para poder imputarles la generación o agravación de la insolvencia mediando dolo o culpa grave y siempre con el límite general de los cuatro años que establece la prescripción⁴⁶.

No obstante, ha de precisarse que el límite temporal de los dos años afecta únicamente a la condición subjetiva, es decir, a la identidad del posible sujeto responsable, no predicándose también respecto de los actos que hayan generado o agravado la insolvencia⁴⁷. El referido límite opera como instrumento de la segu-

⁴⁴ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., pág. 304.

⁴⁵ El art. 949 C.Com. establece: «*La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración*».

⁴⁶ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, 1.ª ed., Madrid, 2012, pág. 583.

⁴⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RCP*, núm. 18, 2013, pág. 57, defiende que el plazo retroactivo de los dos años que

ridad jurídica, toda vez que resultaría inadmisibile que los administradores, liquidadores o apoderados generales pudieran responder ilimitadamente en términos temporales, una vez cesados en sus cargos. La existencia de un límite temporal resulta incuestionable, si bien lo que podría ser objeto de debate sería la ampliación del referido límite hasta el plazo de prescripción de las diferentes acciones de responsabilidad⁴⁸.

En este sentido, la delimitación de la fecha de cese respecto de la condición de administrador, liquidador o apoderado general devendrá fundamental puesto que a partir de la misma se podrá responder por el déficit patrimonial de la sociedad si ésta es declarada en concurso en los dos años siguientes. Por ello, la inscripción de dicho cese en el Registro Mercantil adquirirá gran importancia en los supuestos en que dichos cargos sean ejercidos de derecho, es decir, previo nombramiento conforme a las reglas del Derecho de Sociedades. En los casos de administradores o liquidadores de hecho, al no existir un nombramiento formal, no habrá un cese como tal, siendo en consecuencia muy complicada la determinación de cuándo habrá de entenderse que un sujeto ya no ejerce de hecho unas funciones determinadas, teniendo que acudir a la vía de los indicios.

Por último, se exige que la conducta que ha determinado la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia. Este presupuesto viene a establecer la necesidad de que exista relación de causalidad entre el comportamiento por el que el concurso mereció la calificación culpable y el resultado de la generación o agravación de la insolvencia, algo que resulta polémico al conectar con el debate acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal mantenido hasta la reforma operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Por esta razón, abordaremos el análisis de este presupuesto en el apartado de la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal.

2. Criterio de imputación

La introducción de la necesidad de que la conducta determinante de la calificación culpable genere o agrave, a su vez, la insolvencia produce efectos no sólo

resulta de aplicación para la determinación de las personas afectadas por la calificación podría también servir para delimitar la consideración de los hechos que sirvieran para calificar culpable el concurso, tanto en los casos de la cláusula general como en los supuestos de concurso culpable y presunciones de culpabilidad.

⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., pág. 306, advierte que el cómputo del plazo prescriptivo no es posible sino a partir del momento en que fuera factible el ejercicio de la acción y, dado que éste sólo es posible dentro de la sección sexta, ello vendría a suponer en la práctica un resultado similar al de la imprescriptibilidad al no conocerse con seguridad el momento en el que dicha sección vaya a formarse dentro del juicio universal que supone el concurso de acreedores, siendo por ello más conveniente la opción adoptada por el legislador en lo que respecta a la fijación de un límite.

en lo referente a la naturaleza de la responsabilidad concursal, sino también en lo que respecta al ámbito objetivo de la misma, toda vez que ahora la condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal habrá de ser impuesta en función de si el comportamiento que ha determinado el concurso culpable ha generado o agravado la insolvencia. De esta forma, el juez tendrá que atender a la gravedad de las conductas realizadas con dolo o culpa grave por las personas afectadas por la calificación en tanto hayan podido generar o agravar el estado de insolvencia, lo que supone el fin del criterio de la gravedad objetiva en cuanto gravedad en abstracto, tal y como se venía empleando por la jurisprudencia⁴⁹.

En efecto, con anterioridad a la reforma legal, se entendía que el juez tenía que basarse en la gravedad objetiva de las conductas realizadas, las cuales habrían sido de una magnitud tal como para dirigir a la persona jurídica concursada a una liquidación de la que resultase un déficit o fallido concursal. En este sentido, las conductas de profundización en la insolvencia se reputaban como las más graves en tanto las mismas habrían abocado al concurso a una liquidación, no pudiendo solventarse la insolvencia a través de los contenidos de un convenio. La gravedad de estos hechos constituía el criterio en el que el juez tenía que basarse para determinar si establecía o no la responsabilidad concursal y también para fijar la cuantía a la que tendría que hacerse frente, individualizando así el juicio valorativo para determinar el alcance subjetivo y cuantitativo de la condena⁵⁰. De esta forma, el juez debería verificar cuál habría sido la conducta realizada por cada uno de los sujetos afectados por la calificación para imputarles la responsabilidad y por qué importe, toda vez que el juzgador ostentaba y sigue ostentando la capacidad para condenar a todos o a algunos de dichos sujetos y para individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos en función de la participación en los hechos determinantes del concurso culpable (art. 172 bis 1, párrafo tercero LC)⁵¹.

⁴⁹ Véase la STS de 12 de enero de 2015. En el mismo sentido, ya la SAP de Barcelona (Sección 15) de 9 de julio de 2014 se pronunciaba al respecto de la siguiente manera: «*A su vez, la condena por responsabilidad concursal (actual art. 172 bis) podrá recaer en todos o algunos de los administradores (o liquidadores) de derecho o de hecho (incluso los apoderados generales) de la persona jurídica que hayan sido declarados personas afectadas por la calificación culpable. La última reforma de la LC, operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, aclara (estimamos que la reforma tiene finalidad interpretativa de la norma) que la condena a la cobertura total o parcial del déficit será graduada por la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Añade el precepto que en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*».

⁵⁰ ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal...», cit., págs. 585-586.

⁵¹ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., págs. 308-309; MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso...*, cit., págs. 287-288. En este sentido contempla la SAP de Barcelona (Sección 15) de 9 de julio de 2014: «*Uno de los contenidos necesarios de la sentencia que declara el concurso como culpable es, conforme exige el art. 172.2.1.º LC, la determinación de las personas afectadas por la calificación, condición que, tratándose de un deudor persona jurídica, habrá de recaer, en*

No obstante, el criterio de la gravedad objetiva ha de considerarse desterrado en favor de la capacidad generadora o agravadora de la insolvencia respecto de la conducta determinante de la calificación culpable. Nótese la extraordinaria dificultad que conlleva traducir a términos económicos el impacto que una determinada conducta realizada con dolo o culpa grave por las personas afectadas por la calificación puede llegar a tener en la generación o agravación de la insolvencia. Ya no se trata de que una concreta acción u omisión sea objetivamente grave como para hacer que un concurso desemboque en liquidación y se califique culpable, sino que el juez habrá de examinar la capacidad generadora o agravadora que esa acción u omisión tiene respecto del estado de insolvencia.

La aplicación judicial de esta norma resultará, cuando menos, problemática, especialmente en lo que se refiere a los supuestos de concurso culpable y presunciones de culpabilidad, toda vez que se trata de tipos de mera actividad desligados casi por completo de la situación patrimonial de insolvencia. Así, difícilmente podrá justificarse que la concurrencia de alguno de estos hechos puede tener influencia sobre la generación o agravación de dicha situación, lo que conducirá a que el juez no pueda aplicarla *de facto*. Es por ello por lo que consideramos que la reforma acometida genera multitud de problemas y que habría de volverse al sistema anterior en el que el juez valoraba, con arreglo al criterio de la gravedad objetiva, si la responsabilidad concursal había o no de imponerse como sanción del concurso culpable.

3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial de gran calado que finalmente ha quedado resuelto tras la modificación acaecida en la normativa concursal a través de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, norma que convalida

principio, en sus administradores de derecho o en su caso de hecho (o bien en los liquidadores) a los que sean imputables las conductas que han determinado la calificación de concurso culpable. La afectación debe reconocerse en términos de imputabilidad, por razón de las obligaciones legales que la ley impone a la persona que desempeña dicho cargo orgánico, bien en modalidad de comisión positiva o bien en la de comisión por omisión. A su vez, la condena por responsabilidad concursal (actual art. 172 bis) podrá recaer en todos o algunos de los administradores (o liquidadores) de derecho o de hecho (incluso los apoderados generales) de la persona jurídica que hayan sido declarados personas afectadas por la calificación culpable. La última reforma de la LC, operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, aclara (estimamos que la reforma tiene finalidad interpretativa de la norma) que la condena a la cobertura total o parcial del déficit será graduada por la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Añade el precepto que, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso».

el RD-Ley 4/2014, de 7 de mayo⁵². Antes de esta reforma, se mantenían básicamente dos posiciones que resultaban enfrentadas y que se centraban en la exigencia o no de una relación de causalidad entre las conductas realizadas que hubieran determinado la calificación culpable y el déficit concursal, considerado como un daño indirecto a los acreedores. De esta manera, se defendía, por un lado, la consideración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad-sanción, de carácter punitivo o sancionador y, por otro, la caracterización de aquélla como una responsabilidad por daños y perjuicios, de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria⁵³.

En la actualidad, la legislación concursal ha zanjado la polémica y ha consagrado una responsabilidad concursal de naturaleza resarcitoria al exigir la concurrencia de un nexo causal con la insolvencia. Concretamente, dicho requisito procede de la introducción de la expresión «*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*». En este sentido, a la vista de que el debate se centraba en la posibilidad de exigir o no una relación de causalidad con la insolvencia, se ha procedido a reformar este extremo y a introducir expresamente tal requisito, a pesar de que la jurisprudencia última del Tribunal Supremo había optado por considerar la responsabilidad concursal como un régimen agravado de responsabilidad civil en el que no se venía a requerir el nexo causal con dicho estado patrimonial.

No obstante, consideramos que la reforma ha quebrado el sentido interno de la propia norma, al haberse modificado sólo una parte de la misma y no haberse redactado el precepto de nuevo para dotarlo de una estructura acorde con la nueva

⁵² El origen de la reforma se encuentra, sin duda, en el voto particular emitido por el magistrado Ignacio SANCHO GARGALLO a la STS de 21 de mayo de 2012.

⁵³ Sobre esta cuestión y la controversia acaecida con anterioridad a la Ley 17/2014, véase, entre otros, GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., págs. 310-328, así como en el trabajo «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados (comentario de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 13 de junio de 2013)», *ADCo*, núm. 32, 2014, págs. 417 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., págs. 346 y ss. y en el trabajo «La responsabilidad...», cit., págs. 227-246; CAMPUZANO, A. B.: «La responsabilidad...», cit., págs. 427 y ss.; ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal...», cit., págs. 589-597; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «La responsabilidad concursal...», cit., págs. 63-64; DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: «La discutida...», cit., págs. 154 y ss.; SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso...», cit., págs. 574 y ss.; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Responsabilidad...», cit., págs. 104 y ss.; GARNACHO CABANILLAS, L.: «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», *RCP*, núm. 20, 2014, págs. 215 y ss.; VIÑUELAS SANZ, M.: «Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RCP*, núm. 24, 2016, págs. 307 y ss.; En la jurisprudencia destacan las SSTs de 5 de febrero de 2015; de 12 de enero de 2015; de 3 de julio de 2014; de 28 de febrero de 2013; de 20 de diciembre de 2012; de 14 de noviembre de 2012; de 19 de julio de 2012; de 16 de julio de 2012; de 20 de junio de 2012; de 21 de mayo de 2012; de 26 de abril de 2012; de 20 de abril de 2012; de 21 de marzo de 2012; de 16 de enero de 2012; de 17 de noviembre de 2011; de 6 de octubre de 2011; de 12 de septiembre de 2011 y de 23 de febrero de 2011, las cuales no han sido verdaderamente tajantes a la hora de aclarar la posición del Alto Tribunal.

interpretación. Asimismo, consideramos que se ha lesionado la coherencia del sistema concursal por dos motivos. En primer lugar, por coexistir dos tipos de responsabilidad de naturaleza resarcitoria que podrán ser impuestas a los mismos sujetos y, por ello, solaparse: la indemnización y la responsabilidad concursal. En segundo lugar, porque la exigencia de la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia únicamente conecta con la cláusula general del art. 164.1 LC y no con el sistema de supuestos de concurso culpable y presunciones de culpabilidad en su totalidad. Por último, la reforma ha generado que dicha incoherencia se extienda a las relaciones con el sistema de responsabilidad societaria, también de naturaleza resarcitoria y exigible en el ámbito concursal por la compatibilidad prevista en virtud del art. 48 quáter LC⁵⁴.

Así, ha de hacerse notar que la modificación introducida exclusivamente en el párrafo primero del art. 172 bis 1 LC produce una falta de sintonía entre la norma original y la matización parcial subsiguiente, generando una ruptura del equilibrio que da lugar a dudas interpretativas y contradicciones internas⁵⁵. De esta forma, puede observarse que la exigencia del nexo causal no presenta conexión con las previsiones de los apartados 2 y 3 del art. 172 bis LC en tanto que no tiene sentido que para atribuir la responsabilidad se tenga en cuenta el grado en el que la conducta haya generado o agravado la insolvencia y, cuando se trata de determinar los hechos a los que el juez habrá de atender en los casos de reapertura de la sección de calificación, la referencia se extienda a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación y a los determinantes de la reapertura. Del mismo modo, existe una incongruencia en relación con el alcance cuantitativo de la responsabilidad concursal en caso de pluralidad de condenados, pues el criterio será la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso⁵⁶. Se observa pues, cómo en ambos casos debería hacerse referencia a la idoneidad de los hechos que han determinado la calificación culpable para generar o agravar la insolvencia, dotándose así a la norma de una coherencia interna y evitándose las situaciones de conflicto en la interpretación.

Por otro lado, la modificación legal acometida hace que coexistan dos tipos de responsabilidad de naturaleza resarcitoria que podrán llegar a solaparse, sobre todo teniéndose en cuenta que las mismas pueden recaer sobre las personas afectadas por la calificación. Dichas responsabilidades son, de un lado, la indemnización de los daños y perjuicios y, del otro, la responsabilidad concursal. La indemnización constituye una pretensión resarcitoria a favor de la masa que será impuesta siempre en la sentencia de calificación, tanto a los afectados por la calificación como a los declarados cómplices, razón por la que podrá llegar a

⁵⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., págs. 349 y ss.

⁵⁵ GARNACHO CABANILLAS, L.: «A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», *RCP*, núm. 22, 2015, pág. 413.

⁵⁶ GARNACHO CABANILLAS, L.: «A vueltas...», cit., págs. 419-420.

coincidir en los supuestos en los que se condene a la cobertura del déficit concursal, algo que carece absolutamente de sentido⁵⁷. El hecho de que puedan llegar a imponerse en el seno de la sección sexta dos condenas de naturaleza indemnizatoria que recaigan sobre los mismos sujetos y que tengan idéntico contenido e igual destinatario deviene absurdo y redundante, siendo preciso que se aborde con urgencia una nueva concepción de la responsabilidad concursal. Así, consideramos que lo más recomendable sería retornar a la situación anterior a la reforma, eliminando la exigencia de nexo causal y configurando la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza sancionadora sujeta a la discrecionalidad judicial.

Del mismo modo, al preverse la exigencia obligatoria de la relación de causalidad con la insolvencia, se produce una incongruencia desde el momento en que se sitúa el sistema de la responsabilidad concursal dentro de las normas de la sección de calificación, pues únicamente conectará aquél con la cláusula general del art. 164.1 LC y no con los distintos supuestos de concurso culpable ni presunciones de culpabilidad. La mayoría de estos supuestos y presunciones están referidos a infracciones de mera actividad, en las que el bien jurídico lesionado es la creación de un riesgo con independencia del concreto resultado causado. La concurrencia de cualquiera de estos hechos provoca automáticamente la calificación del concurso como culpable, pero no así la posibilidad de imputación de la responsabilidad concursal al estar la misma construida con base en la existencia de un resultado lesivo determinado, toda vez que el juez deberá condenar a la cobertura del déficit en la medida en que la conducta tipificada haya generado o agravado la insolvencia. Se observa aquí cómo resulta paradójico que el resultado sea un presupuesto esencial para imputar responsabilidad en los casos de incumplimiento de unas normas que sancionan infracciones de simple actividad, donde la propia conducta lleva implícita una lesión que no está relacionada con la insolvencia.

Carece de toda lógica el que se establezcan requisitos distintos para imputar la responsabilidad concursal en función de la vía por la que se acceda a la calificación culpable⁵⁸. Es decir, que por la vía del art. 164.1 LC se requiriese el nexo

⁵⁷ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., pág. 317; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., págs. 357-358 y en «La responsabilidad...», cit., pág. 236; VIÑUELAS SANZ, M.: *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Valencia, 2011, págs. 176-177; HERRERA PETRUS, C.: «El crédito contra los administradores en la sección de calificación (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado)», *ADCo*, núm. 10, 2007, págs. 480 y ss. A este respecto, la SAP de Barcelona (Sección 15) de 5 de enero de 2015 señala: «No creemos que esta responsabilidad [la concursal] sea asimilable a la establecida en el art. 172.2.3.º LC, porque en tal caso quedaría sin explicación razonable la existencia de esa dualidad de sistemas de exigencia de responsabilidad». En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Barcelona (Sección 15) de 23 de abril de 2012 y la SAP de Asturias (Sección 1.ª) de 13 de noviembre de 2009.

⁵⁸ SAP de Barcelona (Sección 15) de 23 de abril de 2012: «Eso es razonable, pero no lleva consigo la conclusión de que el TS esté interpretando el art. 172.3 LC (lo que sería trasladable al actual 172-bis) como una norma que, puesta en relación con las conductas del art. 165 LC, deba

causal con la insolvencia y la responsabilidad tuviera naturaleza resarcitoria y, por la vía de los arts. 164.2 y 165 LC, la responsabilidad concursal tuviera carácter sancionador por no requerirse el nexo causal o presumirse éste *iuris tantum*⁵⁹. El problema radica en que no se corresponde con la inteligencia del sistema de calificación concursal condicionar la condena de la responsabilidad por el déficit a la concurrencia de un requisito que es ajeno completamente, o que se presume, al hecho o presunción que se impute a la sociedad concursada por tratarse de tipos de mera actividad que dan lugar a la calificación del concurso como culpable⁶⁰. Exigir una relación de causalidad en estos supuestos pervierte el sistema legal establecido en tanto supone vaciar de contenido los supuestos de concurso culpable y las presunciones de culpabilidad⁶¹.

Por último, la consideración de la responsabilidad concursal como resarcitoria es causa, además, de graves problemas de coordinación entre esta responsabilidad concursal y el ejercicio de las acciones generales de responsabilidad, fundamentalmente de carácter civil y societario, frente a los administradores, liquidadores, apoderados generales y, en general, toda clase de sujetos.

El hecho de que esta responsabilidad se configure como una responsabilidad por daños hace que dicha norma devenga superflua dada la vigencia del régimen general de responsabilidad de administradores y liquidadores⁶². En efecto, la

ser interpretada como una norma de responsabilidad por daños. Eso sería tanto como afirmar que se trataría de una norma que establece dos sistemas de responsabilidad contradictorios entre sí o que respondan a principios distintos: (i) uno de responsabilidad por daño, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 165 LC, y (ii) el otro de responsabilidad por deudas, cuando se ponga en relación con las conductas del art. 164.2 LC».

⁵⁹ La STS de 6 de octubre de 2011 distinguía dos criterios. El primero, que describía un «tipo de daño», el del art. 164.1 LC, requiriéndose que la conducta dolosa o gravemente culpable hubiera producido un resultado consistente en la generación o agravación de la insolvencia, por ello, un nexo causal. El segundo, que contemplaba un «tipo de mera actividad», el del art. 164.2 LC, sólo condicionado por la ejecución de la conducta dolosa o gravemente culpable, con abstracción de cualquier resultado. La STS de 17 de noviembre de 2011 recogería en este esquema las presunciones del art. 165 LC como normas complementarias de la cláusula general y, por ello, debiendo probarse la relación de causalidad al presumirse exclusivamente el dolo o culpa grave. Posteriormente, las SSTs de 21 de mayo, 26 de abril y 20 de abril de 2012 interpretaron que el art. 165 LC contenía una presunción de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, desligando así estos supuestos de la cláusula general y creando un «tipo de resultado» que no requería la prueba de dicho enlace causal.

⁶⁰ VIÑUELAS SANZ, M.: «Naturaleza...», cit., pág. 309; GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Causas...», cit., págs. 449-450.

⁶¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., págs. 364-365 y en «La responsabilidad...», cit., pág. 241.

⁶² GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., pág. 312; HERRERA PETRUS, C.: cit., págs. 480 y ss. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad...», cit., pág. 233, señala: «*Si se trata de un régimen típico de responsabilidad por daños, la norma sería no sólo superflua, porque ese resultado podría obtenerse acudiendo al régimen general de responsabilidad por daños, sino incluso beneficiosa para los administradores, quienes sólo serían responsables por dolo o culpa grave y con un daño limitado al déficit concursal*».

legislación concursal declara expresamente la posibilidad de que la administración concursal ejercite las acciones de responsabilidad que corresponden a la persona jurídica contra sus administradores, liquidadores o auditores (art. 48 quáter LC)⁶³. En este sentido, si la administración concursal puede reclamar, en el seno del concurso, los daños causados por los administradores, liquidadores y auditores a través de las acciones previstas en la legislación societaria y en la de auditoría, probando la relación de causalidad entre la acción u omisión y los daños causados al patrimonio social relacionados con la situación de insolvencia, entonces carece de todo el sentido la configuración de una responsabilidad concursal de naturaleza indemnizatoria que presenta unos presupuestos más restrictivos que el régimen general y también unos efectos resarcitorios más limitados⁶⁴.

Así, es claro que la condena a la cobertura del déficit concursal presenta una restricción injustificada de la procedencia de la súplica resarcitoria, en tanto aquélla sólo resultará procedente frente a las personas afectadas por la calificación, en los supuestos de liquidación y bajo el elemento subjetivo del dolo o la culpa grave, excluyéndose por ello su posible aplicación cuando el deudor alcanzase un convenio con sus acreedores, la conducta respondiese a la culpa leve o el déficit se debiese principalmente a la actuación de un cómplice⁶⁵. Estas situaciones no se producirían cuando se acudiese al régimen general de responsabilidad en la medida en que no serían procedentes dichas limitaciones.

Del mismo modo, si de lo que se trata es de reparar el daño causado indirectamente a los acreedores, siendo manifestación del mismo el déficit concursal, se contradice con la naturaleza indemnizatoria la posibilidad de que el juez establezca una condena parcial⁶⁶. Las cuestiones apuntadas no hacen sino poner de manifiesto la irrelevancia de la responsabilidad concursal tal y como está configurada en la actualidad en la medida en que a la administración concursal le resultará más sencillo el ejercicio de la acción social de responsabilidad que la solicitud de condena a la cobertura del déficit.

4. Coordinación de la responsabilidad concursal con las acciones societarias

Como se ha mantenido *supra*, la caracterización de la responsabilidad concursal como una responsabilidad indemnizatoria produce la existencia de una duplicidad de regímenes para conseguir un mismo resultado, esto es, la reparación del

⁶³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., pág. 351.

⁶⁴ Los arts. 236 LSC y 26 LAC establecen que la responsabilidad de administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, y auditores de la sociedad mercantil devendrá exigible cuando se causen daños derivados de acciones u omisiones que supongan un incumplimiento de los deberes inherentes a sus cargos y hayan sido realizados mediando dolo o culpa.

⁶⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno...», cit., pág. 352.

⁶⁶ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La responsabilidad...», cit., pág. 312.

daño causado a la sociedad concursada y, de forma derivada, a sus acreedores⁶⁷. Este resultado puede alcanzarse mediante el ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad previstas en los arts. 236 y ss. LSC, en tanto el Derecho de Sociedades configura una responsabilidad de corte indemnizatorio a la que habrán de sujetarse los administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, que resulta compatible con la declaración de concurso en tanto se atribuye la legitimación activa con carácter exclusivo a la administración concursal (art. 48 quáter LC).

Así, la responsabilidad por el fallido concursal puede converger, sobre todo y muy especialmente, con la acción social de responsabilidad en la medida en que corresponde al juez del concurso la competencia para su conocimiento y porque se atribuye la posibilidad de ejercitar tal acción a la administración concursal en exclusiva. A ello debe añadirse que la condena que se derive del éxito del ejercicio de la acción social de responsabilidad se integrará en el patrimonio social, lo que supone una reintegración a la masa del concurso que habrá de ser tenida en cuenta en la sección de calificación⁶⁸.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el concurso produce un solapamiento con la posible condena a la responsabilidad concursal, generándose un riesgo de confusión que ha de ser oportunamente coordinado⁶⁹. Tal y como hemos puesto de manifiesto, la confusión se produce porque ambos tipos de responsabilidad: (i) son reclamadas por la administración concursal; (ii) ante el juez del concurso; (iii) se dirigen contra los administradores o liquidadores; (iv) es necesario probar la relación de causalidad entre la conducta realizada y el daño generado; y (v) el producto que se obtenga se integrará en la masa activa del concurso. A estos elementos debe añadirse que los actos de los administradores o liquidadores sobre los que recaerán ambos tipos de responsabilidad serán los mismos, con lo que podrá darse una doble condena a los administradores por unos mismos hechos⁷⁰. En cualquier caso, esta circunstancia no puede acontecer, es decir, no puede haber doble resarcimiento sobre una misma base fáctica, pues ello supondría una vulneración del principio *non bis in idem*.

Ante la ausencia de una coordinación legal, la coordinación de hecho necesariamente debe recaer sobre el juez concursal y, muy especialmente, sobre la admi-

⁶⁷ Sobre los problemas del denominado «marco de relaciones» entre acciones de responsabilidad, véase QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *RCP*, núm. 22, 2015, págs. 43-45.

⁶⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad...», cit., págs. 230-231.

⁶⁹ VIÑUELAS SANZ, M.: *Responsabilidad...*, cit., págs. 236-238.

⁷⁰ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Ejercicio...», cit., pág. 262; VERDÚ CAÑETE, M.^a J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008, págs. 308 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación...», cit., pág. 44; HERNANDO MENDÍVAL, J.: *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria: Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2013, pág. 294.

nistración concursal pues, al ser la legitimada principal en la responsabilidad concursal, y la única respecto de la acción social, le corresponderá decidir sobre la pertinencia de ejercitar ambas acciones, sólo una de ellas o, por el contrario, ninguna⁷¹. Esta decisión va a depender, en gran medida, de la concurrencia o no de los distintos presupuestos, especialmente los de la responsabilidad por el fallido concursal. En efecto, los elementos de la responsabilidad concursal, al configurar un ámbito más restringido que el propio de la responsabilidad societaria, serán claves de cara a dicha coordinación, en tanto que si los mismos no concurren, la administración concursal se decantará por ejercitar la acción social de responsabilidad sin reserva alguna⁷².

Sin embargo, creemos que la verdadera coordinación pasaría por configurar la responsabilidad concursal como una auténtica sanción civil a imponer en los casos más graves de concurso culpable y siempre a decisión del juez previa motivación, pudiendo el juzgador condenar a la cobertura del fallido concursal en atención a diversos criterios, tales como la gravedad objetiva de las conductas o la relación de causalidad con la insolvencia o la liquidación. De esta forma, el producto de la sanción reduciría el déficit en la proporción establecida por el juez en su sentencia o lo eliminaría por completo en caso de condena total, pudiendo la administración concursal decidir sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad llegado el caso.

Por otro lado, en los supuestos en los que un acreedor ejercite una acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC), el conflicto que podrá concurrir entre la

⁷¹ VERDÚ CAÑETE, M.^a J.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 310: «La atribución de competencia al juez del concurso para conocer de la acción social de responsabilidad puede considerarse como medida elusiva del riesgo del doble resarcimiento de un mismo daño. Éste, en atención al principio general de equidad, podrá coordinar la imputación de la responsabilidad derivada de esta acción con la responsabilidad concursal en supuestos de duplicidad». La crítica que se venía realizando a la incoherencia resultante de atribuir la competencia al juez del concurso para el conocimiento de la acción social sólo en los casos en los que ésta hubiera sido ejercitada tras la declaración de concurso, pero no con anterioridad, lo que causaba graves problemas de coordinación, actualmente no cabe en Derecho Concursal. En efecto, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, modificó la norma que establecía la continuación de los juicios declarativos pendientes ante el mismo órgano jurisdiccional que estuviese conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1 LC). Concretamente, se introdujo una excepción que establece que «se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores». Dicha excepción, facilita la labor de coordinación realizada por el juez del concurso en los supuestos de doble resarcimiento por acción social y por responsabilidad concursal. Véase GARNICA MARTÍN, J. F.: «La “vis atractiva” del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011», *ADCo*, núm. 26, 2012, págs. 205-217; GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, núm. 28, 2013, págs. 31 y ss.; CAMPUZANO, A. B.: «La responsabilidad...», cit., pág. 421.

⁷² VERDÚ CAÑETE, M.^a J.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 308.

responsabilidad concursal y dicha acción será menor al perseguir el acreedor instante la indemnización del perjuicio causado, pero no así la satisfacción del crédito⁷³. El conflicto con la responsabilidad concursal surgirá cuando el acreedor continúe reclamando el pago del crédito insatisfecho en vía concursal⁷⁴. Así, si el acreedor obtiene satisfacción, total o parcial, en vía societaria tras el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, dicho evento habrá de tenerse en cuenta en el supuesto de que la condena a la cobertura del déficit llegue a materializarse, toda vez que el daño resarcible del acreedor se habrá extinguido en la proporción correspondiente. Por ello, al no ser el juez del concurso el competente para conocer de la acción individual de responsabilidad, se tendría que arbitrar la necesaria comunicación entre juzgadores para que el resarcimiento establecido en vía societaria sea oportunamente tenido en cuenta y compensado con el que corresponda en vía concursal.

Por último, los tradicionales problemas que surgían en relación con la coordinación de la responsabilidad concursal y la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC han quedado superados tras la reforma operada por la Ley 38/2011, al preverse expresamente, por un lado, la suspensión de los procedimientos iniciados con anterioridad al concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales que hubieran incumplido sus deberes en caso de concurrencia de una causa de disolución (art. 51 bis LC) y, por otro lado, la imposibilidad de que los acreedores ejerciten tal acción durante la tramitación del concurso (art. 50.2 LC).

IV. CONCLUSIONES

La responsabilidad concursal constituye un efecto patrimonial de carácter contingente a imponer en los casos de concurso culpable. En efecto, el carácter contingente se acrecienta aún más si tenemos en cuenta la eventualidad de la sección de calificación, la cual únicamente se formará en los supuestos de liquidación y cuando se adopte un convenio concursal con un contenido preciso y determinado que le valga el calificativo de gravoso (quitas y esperas superiores a un tercio del importe de los créditos y a tres años).

⁷³ CAMPUZANO, A. B.: «La responsabilidad...», cit., pág. 422; VIÑUELAS SANZ, M.: *Responsabilidad...*, cit., págs. 239-241. Por su parte, señala con acierto QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación...», cit., pág. 48: «*El problema no está, pues, en la naturaleza de la acción individual, ni en su función típica, en nada incompatible con el concurso; el problema está en la utilización desviada de tal acción, cuando su objetivo es pretender que los administradores asuman personalmente las deudas de la sociedad, que es lo que ocurre con frecuencia cuando es ejercida por acreedores sociales en casos de insuficiencia patrimonial de la sociedad. Esta conversión de una responsabilidad por daños en una responsabilidad por deudas es la que puede chocar con los fines del concurso y con la responsabilidad concursal*». Igualmente, HERNANDO MENDÍVIL, J.: cit., págs. 300 y ss.

⁷⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad...», cit., pág. 231.

Así, en los supuestos en los que se abra la sección de calificación, la responsabilidad concursal podrá ser impuesta por el juez del concurso siempre que la conducta que haya merecido la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia, además de contar con la concurrencia del resto de presupuestos recogidos en el art. 172 bis LC. La introducción de la necesidad de que la conducta determinante de la culpabilidad del concurso haya contribuido causalmente a la generación o agravación de la insolvencia, realizada a través de la Ley 17/2014, intenta apaciguar el debate en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal para establecer, sin lugar a dudas, que se trata de una responsabilidad de corte indemnizatorio.

No obstante, el problema que ha creado la modificación legal acaecida es de gran calado al concurrir en un mismo deudor concursado la posibilidad de establecer hasta una triple responsabilidad resarcitoria: indemnización de daños y perjuicios, como contenido obligatorio de la sentencia de calificación; responsabilidad concursal y responsabilidad societaria. De nuevo, la técnica legislativa empleada en este caso es absolutamente criticable al haberse procedido a realizar una reforma parcial de una norma mediante la introducción de una locución sin haberse previsto las consecuencias de tal proceder en relación con todo el sistema de calificación concursal. Como hemos manifestado, se producen una serie de incoherencias y discrepancias tanto en la propia norma reformada (art. 172 bis LC) como en el Derecho Concursal y en las relaciones de esta disciplina con el Derecho de Sociedades.

Si la finalidad de la reforma es el establecimiento de una responsabilidad concursal de naturaleza indemnizatoria tendría que haberse configurado de nuevo todo el sistema de calificación para evitar las incongruencias estudiadas *supra*. Así, no basta con la simple adición de la locución «*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*», sino que debería haberse procedido de otra forma. Para evitar las incompatibilidades entre la responsabilidad concursal indemnizatoria y la indemnización de los daños y perjuicios podría haberse previsto que la indemnización, como efecto patrimonial obligatorio, fuera aplicable exclusivamente a los cómplices, por ejemplo. No obstante, dado el carácter contingente de la responsabilidad concursal podrían darse supuestos en los que los sujetos afectados por la calificación quedasen sin responder debiendo hacerlo a la vista de las conductas realizadas.

Por ello, resulta necesario que se aborde el análisis respecto de la pertinencia de que exista una responsabilidad concursal separada e independiente del régimen de responsabilidad de administradores previsto en la legislación societaria. Una vez efectuado ese análisis habría de tomarse la decisión entre el establecimiento de un régimen legal de responsabilidad concursal exclusivo para los casos de concurso, sin que fuera compatible con el régimen de responsabilidad societaria, o, por el contrario, prescindir de dicha especialidad y aplicar en todo caso el régimen de responsabilidad societaria dispuesto por el Derecho de Sociedades. El régimen mixto establecido en la actualidad por la normativa concursal produce

incompatibilidades de carácter diverso y falta a la seguridad jurídica, toda vez que permite que unos sujetos respondan hasta tres veces por unos mismos hechos, vulnerándose con ello el principio *non bis in idem*.

Se requiere, de nuevo, una reforma de la legislación concursal en este punto para evitar los problemas puestos de manifiesto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G.: «La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.1 de la Ley Concursal)», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2013, págs. 139-147.
- «Artículo 164. Concurso culpable», en PULGAR EZQUERRA/ALONSO LEDESMÁ/ALONSO UREBA/ALCOVER GARAU (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, tomo I, Madrid, 2004, págs. 1411-1414.
- ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, 1.^a ed., Madrid, 2012, págs. 557-601.
- ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor, 2012, págs. 27-63.
- BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad concursal», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor, 2012, págs. 227-246.
- «En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal. (Comentario de la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *ADCo*, núm. 14, 2008, págs. 329-372.
- «La calificación y la conclusión del concurso de acreedores», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., tomo II, Cizur Menor, 2007, págs. 1101-1125.

- CAMPUZANO, A. B.: «La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica», en SEBASTIÁN QUETGLÁS, R./VEIGA COPO, A. B. (Dirs.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2014, págs. 397-452.
- CERDÁ ALBERO, F./SANCHO GARGALLO, I.: *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Barcelona, 2001.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: «La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia», *ADCo*, núm. 29, 2013, págs. 153-202.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M.: «Ejecución provisional de la sentencia de calificación culpable del concurso», *ADCo*, núm. 15, 2008, págs. 187-201.
- FARIAS BATLLE, M.: «La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales», *RDM*, núm. 251, 2004, págs. 67-137.
- GALLEGO, E.: «Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2013, págs. 175-189.
- «Calificación del concurso», en HERNÁNDEZ MARTÍ, J., (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004, págs. 485-509.
- GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados (comentario de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 13 de junio de 2013)», *ADCo*, núm. 32, 2014, págs. 417-450.
- «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», *ADCo*, núm. 28, 2013, págs. 31-68.
- «La responsabilidad concursal», en ROJO-BELTRÁN, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2013, págs. 295-357.
- «Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, págs. 2513-2520.
- «Artículo 164. Concurso culpable», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, págs. 2521-2534.

- GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Artículo 172. Sentencia de calificación», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, págs. 2574-2602.
- *La calificación del concurso*, 1.^a ed., Cizur Menor, 2004.
- «El problema de la represión de la conducta del deudor común», en ROJO, Á. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 247-321.
- GARCÍA VILLAYERDE, R.: «Sobre la llamada inhabilitación del quebrado», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, tomo II, Valladolid, 1998, págs. 1629-1642.
- GARNACHO CABANILLAS, L.: «A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», *RCP*, núm. 22, 2015, págs. 407-421.
- «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», *RCP*, núm. 20, 2014, págs. 215-235.
- GARNICA MARTÍN, J. F.: «La «vis atractiva» del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011», *ADCo*, núm. 26, 2012, págs. 205-217.
- GARRIGUES, J.: *Curso de derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.
- HERNANDO MENDÍVIL, J.: *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria: Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2013.
- HERRERA PETRUS, C.: «El crédito contra los administradores en la sección de calificación (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado)», *ADCo*, núm. 10, 2007, págs. 479-506.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, P.: «Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación», en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Cizur Menor, 2013, págs. 467-480.
- MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, 1.^a ed., Cizur Menor, 2006.

MAMBRILLA RIVERA, V.: «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 4947-4997.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Responsabilidad concursal», *ADCo*, núm. 28, 2013, págs. 103-157.

MIQUEL BERENGUER, J.: *La pieza de calificación en el concurso de acreedores: concurso fortuito, concurso culpable*, 1.ª ed., Barcelona, 2012.

MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad concursal*, vol. II, Cizur Menor, 2015.

PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, 2002.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «Problemas procesales de la calificación del concurso», *ADCo*, núm. 14, 2008, págs. 149-184.

PÉREZ DE LA CRUZ, A.: «La calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», en *La Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2005, págs. 479-500.

— «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 4999-5012.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *RCP*, núm. 22, 2015, págs. 43-50.

— «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RCP*, núm. 18, 2013, págs. 51-66.

REDONDO, F.: «La oposición del deudor a la calificación del concurso», *ADCo*, núm. 8, 2006, págs. 187-197.

ROJO, Á.: «El derecho concursal», en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., tomo II, Cizur Menor, 2007, págs. 895-910.

ROJO AJURIA, L.: *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994.

- SANCHO GARGALLO, I.: «Calificación del concurso», en QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Dir.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2005, págs. 545-580.
- «Calificación del concurso», en VILATA MENADAS, S. (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 70, Madrid, 2005, págs. 161-214.
- TIRADO MARTÍ, I.: «Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, núm. 3, 2009, págs. 1055-1107.
- VELA TORRES, P. J.: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», *RCP*, núm. 3, 2005, págs. 89-106.
- VERDÚ CAÑETE, M.^a J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008.
- VIÑUELAS SANZ, M.: «Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RCP*, núm. 24, 2016, págs. 307-320.
- *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Valencia, 2011.
- YANES YANES, P.: «La calificación del concurso», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, 1.^a ed., Madrid, 2012, págs. 525-556.

(Trabajo recibido el 30/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)

FISCALIDAD DEL CONCURSO

CONCURSO DE ACREEDORES. CUESTIONES FISCALES

GONZALO DE FRUTOS
Socio de Cuesta de Frutos, Abogados

RESUMEN

El ordenamiento fiscal se ha visto obligado a acomodar sus reglas a las reformas de la legislación concursal, compartiendo el objetivo de lograr la continuidad de la empresa, de forma que la tributación no suponga un obstáculo, mas protegiendo la posición de la Hacienda Pública en relación con el crédito tributario y atacando los comportamientos fraudulentos que pudieran darse en situaciones de insolvencia.

Palabras clave: concurso de acreedores, fiscalidad directa, IVA, clasificación del crédito tributario, prelación, responsables y sucesores.

ARRANGEMENT WITH CREDITORS. TAX ISSUES

GONZALO DE FRUTOS
Partner in Cuesta de Frutos, Lawyers

ABSTRACT

The tax law has accommodated its rules to recent reforms of the arrangement with creditors legislation, sharing the goal of achieving the continuity of the company, in such a way that the taxation does not imply an obstacle, protecting the position of the tax credit, and attacking fraudulent behaviors that may occur in these situations of insolvency.

Keywords: arrangement with creditors, direct taxation, VAT, classification of tax credit, tax priority, tax responsible.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. II.—IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.
1.—Imputación temporal de las quitas y esperas. 2.—Deterioro del cré-

dito y pérdida definitiva. 3.—Acuerdos de refinanciación. 4.—Compensación bases imponibles negativas. 5.—Régimen especial de consolidación fiscal. III.—IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. 1.—Integración de las rentas derivadas del concurso en la base imponible. 2.—Imputación temporal. IV.—IMPUESTO SOBRE VALOR AÑADIDO. 1.—Inversión del sujeto pasivo. 2.—Modificación de la base imponible. 2.1.—Plazo de la modificación. 2.2.—Supuestos excluidos de la modificación de la base imponible. 2.3.—Incompatibilidad con la modificación de la base imponible en el supuesto de créditos incobrables. 2.4.—Efectos de los pagos parciales anteriores a la modificación de la base imponible. 2.5.—Revisión de la BI modificada. 2.6.—Obligaciones formales. Autoliquidaciones. 3.—Calificación del crédito tributario IVA. 4.—Autoliquidaciones IVA. Saldos a compensar. Deducciones. 5.—Regímenes especiales IVA. V.—IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. VI.—CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. 1.—Formación de la masa pasiva. 2.—Clasificación de los créditos tributarios de carácter concursal. 2.1.—Créditos con privilegio especial. 2.2.—Créditos con privilegio general. 2.3.—Créditos subordinados. VII.—RECAUDACIÓN DE LAS DEUDAS TRIBUTARIAS. 1.—Prelación y concurrencia de procedimientos. 2.—El papel de la Administración tributaria en los concursos. 3.—Supuestos de responsabilidad en el orden tributario. 3.1.—Sucesores de personas jurídicas disueltas y liquidadas. 3.2.—Sucesores en la titularidad o ejercicio de la actividad. 3.3.—Responsables subsidiarios: administradores concursales. 4.—Prescripción. 5.—Aplazamientos y fraccionamientos. VIII.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica vivida en los últimos años se ha manifestado, entre otras maneras, en el extraordinario acrecentamiento del número de empresas que se han visto abocadas a la declaración de concurso de acreedores.

En este escenario hemos asistido a una constante revisión de la legislación concursal con el declarado objetivo de lograr la continuidad de la empresa, preservando al mismo tiempo y en la medida de lo posible los derechos de los acreedores.

Por su parte, el ordenamiento fiscal se ha visto obligado a acomodar sus reglas a las reformas de la legislación concursal, compartiendo su espíritu y finalidad, mas protegiendo en todo caso la extraordinaria posición de la Hacienda Pública en relación con el crédito tributario, trasunto del principio consagrado en el artículo 31.1 de la CE, en virtud del cual todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos. En esta dirección, las más recientes reformas de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, han incorporado relevantes medidas fiscales, tanto en el ámbito del derecho sustantivo como en relación con los procedimientos de recaudación de las deudas tributarias.

Como veremos en el presente trabajo, las modificaciones habidas en el ámbito de la tributación directa se han encaminado especialmente a mitigar el importante impacto fiscal que en sede del deudor concursado se pudiera derivar de los acuerdos de quita y espera que acompañan a los convenios de acreedores. Igualmente, se ha buscado evitar que la tributación suponga un obstáculo a los acuerdos de refinanciación o recapitalización de deudas que la legislación concursal persigue incentivar como instrumentos facilitadores de la continuidad de la empresa.

En el marco de la imposición indirecta, la revisión de las normas fiscales trata de salir al paso de la pérdida de recaudación implícita a las situaciones de concurso de acreedores, restringiendo para ello el diferimiento en el pago de los tributos que se deriva de la declaración de concurso. Al mismo tiempo, se introducen medidas dirigidas a evitar comportamientos fraudulentos, especialmente en el ámbito de las transmisiones inmobiliarias producidas en situaciones de concurso.

En otro orden, el legislador ha atraído al ordenamiento fiscal formal la doctrina que se ha ido consolidando por nuestros tribunales en materia de prelación y calificación del crédito tributario, conciliando la protección de éste con el necesario respeto al principio de la *par conditio creditorum*.

II. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

En el Impuesto sobre Sociedades, las más recientes reformas en materia concursal —Reales Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, y 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial— incorporaron relevantes modificaciones en el ya derogado Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ('TRLIS'), con la finalidad de que la fiscalidad no obstaculice los objetivos perseguidos por la reforma.

Estas nuevas reglas han quedado consolidadas en la actualmente vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ('LIS').

1. Imputación temporal de las Quitas y Esperas

Nos referimos en primer lugar al tratamiento fiscal de la renta positiva que para el deudor se producirá en el momento de la aprobación o concesión de quitas y esperas como consecuencia de la reducción de su pasivo.

Al respecto, la norma fiscal otorga igual tratamiento a las situaciones en las que la quita es resultado de un convenio de acreedores, en los términos previstos en el artículo 100 de la Ley Concursal, o bien es producto de los acuerdos de refinanciación con los acreedores que se puedan haber producido con anterioridad a la declaración del concurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.bis de la Ley Concursal.

Para conocer el impacto fiscal en sede del deudor debemos partir del tratamiento contable de los acuerdos de quita y espera. Atendiendo al criterio expresado por

el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ('ICAC'), la empresa deberá analizar en primer lugar si, a raíz de la aprobación del convenio, las nuevas condiciones de la deuda son «*sustancialmente diferentes*», lo que se considerará cuando el valor de los flujos de efectivo del nuevo pasivo difiera al menos en un 10% de los del pasivo inicial (actualizando ambos al tipo de interés efectivo). Y ello por cuanto el registro contable será diferente en cada una de estas dos situaciones¹. Así:

- *Si las condiciones son sustancialmente diferentes*: se dará de baja el pasivo financiero original y se reconocerá el nuevo pasivo por su valor razonable; la diferencia se contabilizará como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, minorado, en su caso, en el importe de los costes de transacción atribuibles (siempre que de forma racional se prevea su cumplimiento y que la empresa pueda seguir aplicando el principio de empresa en funcionamiento).
- *Si las condiciones no son sustancialmente diferentes*: no se dará de baja el pasivo financiero original, registrando, en su caso, el importe de las comisiones pagadas como un ajuste en su valor contable; se calculará un nuevo tipo de interés efectivo, que será el que iguale el valor en libros del pasivo financiero en la fecha de modificación con los flujos de efectivo a pagar según las nuevas condiciones.

Si revisáramos los convenios de acreedores de los últimos años podríamos afirmar que con frecuencia el resultado de los acuerdos de quita y espera habría conllevado una modificación sustancial de las condiciones de la deuda. De forma que, **con carácter general, estos acuerdos darán lugar a una imputación del ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias** del ejercicio en que, o bien se apruebe judicialmente el convenio de acreedores, o bien las partes hayan formalizado su acuerdo con anterioridad a la declaración de concurso.

Al objeto de que la fiscalidad no suponga un obstáculo a las operaciones de refinanciación en general, tratando de evitar el negativo impacto que el ingreso contable registrado produciría en el Impuesto sobre Sociedades, y considerando que estas operaciones no incrementan la capacidad fiscal de las entidades, el artículo 11 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades ('LIS')², prevé que **este ingreso se imputará en la base imponible del deudor a medida que proceda registrar con posterioridad gastos financieros derivados de la misma deuda y hasta el límite del citado ingreso**.

¹ BOICAC 78/2008. Consulta 1. Sobre el tratamiento contable de la aprobación de un convenio de acreedores en un procedimiento concursal.

² Regla introducida en el anteriormente vigente texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD-L 4/2004, de 5 de marzo).

No obstante, puede perfectamente ocurrir que el importe del ingreso derivado de la quita sea superior al importe total de gastos financieros pendientes de registrar (derivados de la misma deuda), situación en la que, de seguirse el criterio anterior, no se integraría en la base imponible la totalidad del ingreso. En tal caso, prevé la norma fiscal que **la imputación del ingreso en la base imponible se realizará proporcionalmente a los gastos financieros registrados en cada período impositivo respecto de los gastos financieros totales pendientes de registrar derivados de la misma deuda.**

Para una correcta aplicación de esta regla tengamos presente que el ICAC³ tiene declarado que, en el supuesto habitual en el que la sentencia de aprobación del convenio no fije intereses, el gasto financiero de la nueva deuda se ha de calcular a partir de ese momento aplicando el interés de mercado en esa fecha (tomando el tipo de interés incremental del deudor o tasa de interés que debería pagar en ese momento para obtener financiación en moneda y plazo equivalente a la que ha resultado de los términos en que ha sido aprobado el convenio).

Sirva el siguiente ejemplo, intencionadamente simplista, para ilustrar la forma en la que se producirá la imputación fiscal de la quita en cada caso (asumiendo que estamos ante una modificación sustancial de la deuda):

TOTAL INGRESO QUITA < GASTOS FINANCIEROS:

	TOTAL	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Gastos financieros	100	20	20	20	20	20
Quita	70	20	20	20	10	0

TOTAL INGRESO QUITA > GASTOS FINANCIEROS:

	TOTAL	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Gastos financieros	10	2	2	2	2	2
Quita	100	20	20	20	20	20

Apuntemos antes de continuar que cuando deudor y acreedor son partes vinculadas, y siguiendo el criterio manifestado por el ICAC en relación con el tratamiento contable de la condonación de créditos/débitos entre empresas del mismo grupo⁴, el deudor no registrará un ingreso contable, sino un incremento de

³ BOICAC 102/2015. Consulta 6. Sobre el tratamiento contable de la aprobación de un convenio de acreedores en un procedimiento concursal.

⁴ BOICAC 79/2009. Consulta 4. Sobre el tratamiento contable de la condonación de créditos/débitos entre empresas del mismo grupo.

los fondos propios (más adelante nos referiremos a los efectos de este tratamiento más extensamente).

2. Deterioro del crédito y pérdida definitiva

Desde el punto de vista del acreedor, y atendiendo a lo previsto en la NRV 9.^a 2.1.3 del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad ('PGC'), **los créditos ostentados frente a un deudor concursado habrían de ser objeto de deterioro contable**, por ser más que previsible que esta situación dará lugar a una reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, que será registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Anotemos aquí que, en contra de lo que señalábamos en relación con el registro contable del ingreso en sede del deudor, para el acreedor será irrelevante si estamos ante una modificación sustancial del crédito o no, pues en cualquiera de los casos el efecto de la quita y espera se registrará como un gasto en su cuenta de pérdidas y ganancias.

En el momento en el que se acuerde un convenio de acreedores con quita y espera de la deuda, el deterioro consignado en el momento de la declaración del concurso se convertirá en una pérdida, cuya cuantía vendrá dada por la diferencia entre el valor en libros y el valor actual de los flujos de efectivo futuros que se estima el crédito pudiera generar, descontados al tipo de interés efectivo calculado en el momento de su reconocimiento inicial (para los activos financieros a tipo de interés variable, se empleará el tipo de interés efectivo que corresponda a la fecha de cierre de las cuentas anuales de acuerdo con las condiciones contractuales). Y si la entidad concursada termina siendo objeto de liquidación, se determinará la pérdida definitiva del crédito por la cuantía finalmente dejada de percibir.

Desde un punto de vista fiscal, **cuando el deudor esté declarado en situación de concurso, el gasto contable por deterioro del crédito se integrará como gasto deducible en la base imponible del ejercicio**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LIS⁵.

⁵ Existen en el Impuesto sobre Sociedades normas especiales relativas a las circunstancias determinantes de la deducibilidad de las dotaciones por deterioro de los créditos y otros activos derivados de las posibles insolvencias de los deudores de las entidades financieras y las concernientes al importe de las pérdidas para la cobertura del citado riesgo, las cuales son igualmente de aplicación en relación con la deducibilidad de las correcciones valorativas por deterioro de valor de los instrumentos de deuda valorados por su coste amortizado que posean los fondos de titulización hipotecaria y los fondos de titulización de activos. Entendemos que por su especificidad este tratamiento excede del alcance del presente trabajo.

Siendo esta la regla general, la propia norma prevé determinadas excepciones, contemplando supuestos en los que, a pesar de concurrir esta circunstancia, el deterioro no será deducible.

Por un lado, y en atención a la alta probabilidad de recuperación del crédito, cuando estemos ante créditos adeudados por entidades de derecho público, excepto que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía.

El gasto tampoco será deducible cuando se trate de créditos adeudados por personas o entidades vinculadas⁶, salvo que en el proceso concursal se haya producido la apertura de la fase de liquidación por el juez, en los términos establecidos en los artículos 142 y 143 de la Ley Concursal (artículo 13.1.2.º de la LIS). Considera la norma fiscal que sólo en este momento es posible estimar que el deudor no va a continuar la actividad económica, ni va a poder atender la totalidad del pasivo del concursado, lo que, entonces sí, justifica la deducibilidad del deterioro. Se refrenda con esta regla el criterio declarado en relación con la anterior redacción de la norma (que, recordemos, se refería literalmente a «*la insolvencia judicialmente declarada*») por la Dirección General de Tributos⁷, para quien la declaración de concurso de una entidad no puede considerarse como una insolvencia judicialmente declarada, pues tal declaración no serviría para conocer si la insolvencia era provisional o definitiva. Resulta así que, si el concurso concluyera de la manera más beneficiosa, y posiblemente deseable, tanto para la empresa concursada como para sus acreedores, esto es, sin apertura de la fase de liquidación, quienes tengan la condición de empresa vinculada no habrán podido integrar en su base imponible el deterioro contable del crédito previamente producido.

A la anterior limitación se une el hecho de que, una vez aprobado el convenio de acreedores, cuyas quitas y esperas podrán afectar a partes vinculadas con el deudor, habremos de estar al criterio sentado por la Dirección General de Tributos en relación con la condonación de deudas entre empresas del mismo grupo. Se remite la DGT⁸ al arriba apuntado criterio del ICAC⁹, para el que, partiendo de lo dispuesto en el artículo 1.187 del Código Civil (la condonación está sometida a los preceptos que rigen las donaciones), debe concluirse que el tratamiento contable de estas situaciones será el previsto en la NRV 18.2.^a del PGC en relación

⁶ Atendiendo al perímetro de vinculación previsto en el artículo 18.2 de la LIS.

⁷ Consulta vinculante V2576-11, de 27 de octubre.

⁸ La DGT se ha mostrado ciertamente errática en la atracción del criterio expresado por el ICAC. No obstante, de lo declarado en sus consultas vinculante V3769/2015, de 30 noviembre, V3789/2015, de 30 noviembre, y V3151/2015, de 19 de octubre, debemos concluir que se inclina por aceptar el tratamiento contable expresado en la Consulta 4 del BOICAC 79/2009.

⁹ BOICAC 79/2009. Consulta 4. Sobre el tratamiento contable de la condonación de créditos / débitos entre empresas del mismo grupo.

con las *subvenciones, donaciones y legados otorgados por socios o propietarios*. Como consecuencia de ello, los efectos contables de la quita y espera entre partes vinculadas se traducirán en movimientos, bien en los fondos propios, bien en el valor de la participación, de las entidades intervinientes (dependiendo de si estamos ante relación *matriz-filial*, o ante sociedades '*hermanas*', participadas por el mismo socio). De manera esquemática:

	Matriz	Filial
Condonación por matriz a filial	Incremento valor participación en filial	Incremento FFPP
Condonación por filial a matriz	Incremento FFPP	Distribución FFPP

Este tratamiento contable tendrá su traslación al ámbito fiscal sin ajuste de ningún tipo, de manera que, **con ocasión de la condonación de créditos entre partes vinculadas, no se producirán efectos en la base imponible de las partes.**

En definitiva, en una situación en la que una parte vinculada es declarada en concurso, y siempre que éste termine con un convenio, no cabrá la posibilidad de que el acreedor haga valer fiscalmente la pérdida derivada de la imposibilidad de recuperar el crédito, total o parcialmente, frente a aquella. Bien porque no se haya abierto la fase de liquidación (lo que haría no deducible el deterioro), bien porque el tratamiento contable de la quita y espera no tendrá reflejo en la cuenta de pérdidas y ganancias.

3. Acuerdos de Refinanciación

En el curso de las reformas de la legislación concursal producidas en los últimos años, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, señaló de manera clara su preferencia por las medidas dirigidas a sanear financieramente a las empresas en dificultades, adoptando medidas favorables del alivio de la carga financiera, pero tratando de mantener el máximo respeto a las legítimas expectativas de los acreedores..

En esta dirección, y al objeto de favorecer los mecanismos que sirvan para que la deuda pueda transformarse en capital, se modificó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, instituyendo la **ausencia de tributación en los supuestos de capitalización de deudas**, salvo cuando éstas hubieran sido objeto de una adquisición derivativa por el acreedor por un valor distinto al nominal de la misma. Esta regla ha quedado incluida en el artículo 17.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades actualmente vigente.

Téngase en cuenta que, contablemente, en las situaciones en que alguna de las entidades acreedoras convenga compensar los créditos ostentados frente al deudor mediante una operación de aumento de capital o fondos propios, ya se produzca ésta en el marco de un proceso concursal, ya con carácter previo a la declaración de concurso, y teniendo en cuenta que el nominal del crédito será normalmente superior a su valor real, el prestamista reclasificará como inversiones financieras el valor razonable del préstamo concedido y registrará como gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias la diferencia entre el coste amortizado a la fecha de la ampliación de capital y su valor de mercado.

Por su parte, la entidad deudora/prestataria contablemente dará de baja el pasivo por su valor nominal, ampliará sus fondos propios por el valor razonable del mismo y reconocerá un ingreso por la diferencia. No obstante, si la forma jurídica en que se realiza la operación pone de manifiesto un abono a la cuenta de capital social por un importe superior al que se debe imputar directamente a los fondos propios de la sociedad, el exceso motiva un cargo a la cuenta de prima de emisión o asunción, de manera que igualmente la diferencia entre el importe por el que se encontraba contabilizado el pasivo dado de baja y este incremento de los fondos propios se debe reconocer como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias¹⁰.

Pues bien, como excepción a lo establecido en el artículo 10.3 de la LIS (que identifica la base imponible con el resultado contable), **el artículo 17.2 de la LIS prevé que estas operaciones se valorarán fiscalmente por el importe del aumento de capital o fondos propios que sea procedente desde un punto de vista estrictamente mercantil. Y ello con independencia de cuál hubiera de ser la valoración contable del referido aumento.**

Sirva el siguiente ejemplo para tratar de ilustrar el tratamiento descrito:

A tiene un crédito frente a B cuyo valor nominal es 100u. El crédito ha sufrido un deterioro contable de 20u (asumamos que no deducible fiscalmente), siendo su valor de mercado es 80u.

	B	A
B incrementa capital por 100u	Reconoce una prima de emisión negativa por 20u y un ingreso por 20u	Participación recibida en B se valora por importe aumento capital 100u
Efecto fiscal	No renta fiscal	No renta fiscal

¹⁰ BOICAC 79/2009. Consulta 5. Sobre el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de crédito.

BOICAC 89/2012. Consulta 4. Sobre el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de créditos, desde la perspectiva de la sociedad prestamista y prestataria.

De esta forma se recoge expresamente en la Ley el criterio que ya había sido admitido por la doctrina administrativa para determinados supuestos de capitalización de deudas entre entidades vinculadas¹¹, en correspondencia con el tratamiento arriba descrito para la condonación de créditos entre empresas del grupo (régimen aplicable a cualquier operación de capitalización de créditos y no sólo a las realizadas en el marco de un proceso concursal).

4. Compensación Bases Imponibles Negativas

Si bien la situación de insolvencia patrimonial en la que se encuentra el deudor, como elemento esencial del concurso de acreedores, puede deberse a problemas puramente financieros y no resultantes de la falta de actividad o de la generación de beneficios, es muy probable que tal situación venga precedida de recurrentes resultados negativos en los años previos a la definitiva declaración de concurso.

De ser así, estas pérdidas habrán dado lugar a bases imponibles negativas ('BINS') que la entidad en concurso podrá compensar con rentas futuras de ejercicios futuros de acuerdo con las reglas generales del Impuesto.

A este respecto, el artículo 26 de la nueva Ley del IS ha modificado el régimen general de compensación de BINS, por un lado eliminando el límite temporal de compensación y, por otro lado, estableciendo un límite cuantitativo del 70 por ciento de la base imponible positiva obtenida en el ejercicio (de manera transitoria, el límite será del 60 por ciento en el ejercicio 2016). Si bien, en todo caso, se podrán compensar en el período impositivo BINS hasta el importe de 1 millón de euros.

De manera particular, y en relación con las situaciones de concurso de acreedores, la norma es sensible al impacto negativo que sobre el deudor pudiera derivarse de la necesidad de afrontar el pago del impuesto resultante de las quitas producidas, las cuales, como vimos, darán lugar a un ingreso en sede del deudor concursado.

En la medida en que la obligación de hacer frente a la tributación asociada a este ingreso entraría en contradicción con la necesidad de solventar las dificultades financieras de la empresa, y a fin de mitigar este negativo impacto, la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, introdujo una **excepción a la descrita limitación de compensación de BINS, de forma que ésta no resultará de aplicación en el importe de las rentas correspondientes a quitas o esperas consecuencia de un acuerdo con los acreedores del contribuyente en el seno de un procedimiento concursal.**

¹¹ Consultas Vinculantes V0191-14 y V0192-14, de 28 de enero, y V1074-14, de 14 de abril.

Adicionalmente, **las bases imponibles negativas que sean objeto de compensación con dichas rentas no se tendrán en consideración respecto del importe de 1 millón de euros a que se refiere el párrafo anterior.**

De esta forma, el deudor concursado tendrá un amplio margen para compensar las BINS generadas en los periodos que abocaron a la empresa a la situación de concurso.

Esta beneficiosa medida se extiende a las quitas y esperas derivadas de acuerdos de refinanciación anteriores a la declaración de concurso y, con la redacción actual del artículo 26 de la LIS, es aplicable cualesquiera que sean las partes implicadas, esto es, sin que se introduzca restricción alguna por la potencial relación de vinculación entre el deudor y sus acreedores¹².

Poniendo en relación esta medida con las reglas relativas a la imputación temporal de los ingresos derivados de quita y espera, puede ser ilustrativo el siguiente ejemplo (en millones de euros):

	TOTAL	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Gastos financieros	10	2	2	2	2	2
Quita	100	20	20	20	20	20
BINS pendientes momento aprobación Convenio	80					
BI ejercicio (considerando otras rentas)		60	20	30		
BIN compensable (con un mínimo 1M euros)		20+70%* (60-20)	20+70%* (20-20)	20+70%* (30-20)		
BIN a compensar		48	20	12	—	—

5. Régimen especial de Consolidación Fiscal

Otra de las relevantes consecuencias de la situación de concurso en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades está relacionada con la aplicación del régimen

¹² En la redacción inicial de esta norma, dada por la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, se decía: «La limitación a la compensación de bases imponibles negativas no resultará de aplicación en el importe de las rentas correspondientes a quitas consecuencia de un acuerdo con los acreedores no vinculados con el sujeto pasivo...».

especial de consolidación fiscal, en el que, en síntesis, la cuota del Impuesto vendrá dada por la suma de las bases imponibles individuales de cada una de las sociedades que forman parte del Grupo Fiscal.

Con carácter general, el Grupo Fiscal está conformado por la entidad dominante y aquellas entidades participadas en las que ostente más de un 75% del capital social, directa o indirectamente, y respecto de las que no concorra ninguna causa de exclusión de las previstas en el artículo 58.4 de la LIS.

Entre estas causas se prevé la **exclusión del Grupo Fiscal de las entidades que al cierre del período impositivo hayan sido declaradas en situación de concurso**, exclusión que se mantendrá durante los períodos impositivos en que surta efectos esa declaración.

Evidentemente, esta medida tendrá importantes consecuencias en relación con la situación, tanto del Grupo como de la entidad concursada.

En especial porque lo más habitual es que la sociedad concursada, con carácter previo a la declaración de concurso, haya generado bases imponibles negativas que se habrán incorporado al Grupo Fiscal. De forma que con ocasión de su salida del mismo le habrán de ser atribuidas estas BINS en la parte proporcional que le corresponda. Ello conllevará que el Grupo Fiscal verá mermada su capacidad de neutralizar los potenciales resultados positivos que pudiera obtener en el desarrollo de su actividad con las pérdidas que hasta ese momento venía absorbiendo de la ahora sociedad concursada. Hasta el punto de que, pese a estar soportando recurrentes pérdidas a nivel del grupo empresarial, se podría ver abocado a hacer frente al pago de las cuotas del Impuesto resultantes de las sociedades que, teniendo beneficios, se mantienen en el Grupo Fiscal.

Por su parte, para la entidad concursada la salida del Grupo le llevará a integrar en su base imponible individual los resultados positivos derivados de las quitas y esperas que se puedan producir en el seno del concurso, cuyo tratamiento será aquél que se derive de las reglas arriba expresadas.

Una vez superada la situación de concurso de acreedores, la entidad que reúna los requisitos previstos legalmente para ser considerada entidad dependiente volverá a formar parte del Grupo Fiscal. Atendiendo a la más reciente doctrina de la Dirección General de Tributos¹³, este hito se producirá con ocasión de la sentencia que apruebe el convenio de acreedores, momento en el que éste adquiere eficacia en virtud de lo establecido en el artículo 133 de la Ley Concursal (si bien ello se sujeta en todo caso a la condición de que en el propio convenio no se haya establecido ninguna limitación a las facultades de administración de los administradores de la sociedad).

¹³ Consulta Vinculante V2026-14, de 28 de julio.

III. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Considerando que la declaración de concurso de acreedores puede afectar igualmente a personas físicas, ya sea como deudores, ya sea como acreedores, conviene revisar, siquiera someramente, el tratamiento fiscal correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el cual dependerá esencialmente de la naturaleza de los rendimientos obtenidos por el contribuyente.

1. Integración de las rentas derivadas del concurso en la base imponible

Nos podemos encontrar con los siguientes supuestos:

- *Personas físicas que realizan actividades empresariales o profesionales y determinan su base imponible en el régimen de estimación directa:* será de aplicación el régimen descrito en relación con el Impuesto sobre Sociedades, tanto en relación con los ingresos o ganancias que pudiera obtener el deudor concursado como con las pérdidas que sufriera el acreedor.
- *Personas físicas que no realizan actividades empresariales o profesionales:* las ganancias que pudiera generar el deudor, bien por las quitas y esperas convenidas con el acreedor, bien por la condonación de la deuda, o bien por tener carácter definitivo por verse abocado el deudor a la liquidación, se integrarían, en principio, como ganancias patrimoniales en la base imponible del IRPF, por cumplir con la definición que se contiene en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio ('LIRPF').

Sin embargo, para paliar el negativo impacto fiscal que ello supondría para el deudor, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, introdujo una Disposición Adicional 43 en la LIRPF declarando la **exención de las rentas obtenidas por los deudores que se pongan de manifiesto como consecuencia de quitas y daciones en pago de deudas que fueran consecuencia de alguno de los siguientes procedimientos establecidos en la Ley Concursal:** convenio aprobado judicialmente; acuerdo de refinanciación judicialmente homologado; acuerdo extrajudicial de pagos; exoneraciones del pasivo insatisfecho. Todo ello, evidentemente, cuando las deudas que dan lugar al ingreso no se hayan contraído en el marco de una actividad económica.

Apuntemos que, si bien la norma declara la exención de las rentas, sea cual sea su signo, no parece lógico ni consecuente que el contribuyente no pueda inte-

grar en su base imponible la renta negativa que se pudiera producir con ocasión de una dación de pago. A nuestro modo de ver, una interpretación acorde con el espíritu de la norma debiera permitir integrar en la base imponible esta pérdida patrimonial.

2. Imputación temporal

Con el objeto de evitar la carga fiscal que para los acreedores supondría —de atenerse a las reglas generales del devengo del Impuesto— tener que esperar a la finalización del convenio o la liquidación de la empresa para poder imputarse la pérdida derivada del concurso de acreedores, el artículo 14.2.k) de la LIRPF prevé una **regla específica que anticipa la imputación temporal de las pérdidas derivadas de créditos vencidos y no cobrados**. De forma que estas pérdidas podrán imputarse al período impositivo en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que adquiera eficacia una quita establecida en un acuerdo de refinanciación judicialmente homologable, o en un acuerdo extrajudicial de pagos, a los que se refiere la Ley Concursal.
- Que, encontrándose el deudor en situación de concurso, adquiera eficacia el convenio en el que se acuerde una quita en el importe del crédito.
- Que concluya el procedimiento concursal sin que se hubiera satisfecho el crédito (salvo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las siguientes causas de las establecidas en el artículo 176 de la Ley Concursal: firmeza del auto que revoque en apelación el auto de declaración de concurso; pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o confirmación de que ya no existe la situación de insolvencia; firmeza de la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos).
- Que se cumpla el plazo de un año desde el inicio del procedimiento judicial distinto de los de concurso que tenga por objeto la ejecución del crédito sin que éste haya sido satisfecho.

Lógicamente, si con posterioridad al cómputo de la pérdida patrimonial el crédito fuera cobrado se imputará una ganancia patrimonial por el importe cobrado.

En otro orden, y si bien con carácter general los contribuyentes que realicen actividades empresariales o profesionales aplicarán los criterios de imputación temporal previstos en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, quienes determinen

sus rendimientos en el régimen de estimación directa simplificada podrán acogerse al criterio de cobros y pagos para imputar los ingresos y gastos de todas sus actividades económicas (en los términos previstos en el artículo 7.2 del Reglamento del IRPF), lo que permitirá aliviar los problemas financieros que evidentemente se les habrán derivado como consecuencia de la declaración de concurso de sus clientes.

Por otro lado, si estuviéramos ante salarios y demás retribuciones laborales devengadas a favor de los trabajadores del empresario declarado en concurso que no hayan sido satisfechos por éste en el ejercicio en que resultaron exigibles, y que sean pagados en un ejercicio posterior, resultará de aplicación la regla especial de imputación temporal contenida en el artículo 14.2.b) de la LIRPF, de manera que el rendimiento se imputará en el ejercicio en el que se percibiera el cobro (ya sea por pago del empresario, ya por percepción directamente recibida del FOGASA).

IV. IMPUESTO SOBRE VALOR AÑADIDO

Las situaciones de insolvencia han dado lugar tradicionalmente a distorsiones en el mecanismo del Impuesto sobre el Valor Añadido, contradiciendo el principio de neutralidad que constituye la esencia de su naturaleza.

Al respecto, en los últimos años ha sido una práctica recurrente que empresas en situaciones de serias dificultades económicas hayan tomado ventaja del mecanismo del Impuesto como forma fácil de financiación, lo que se ha instrumentado mediante la falta de pago a sus proveedores el IVA por éstos repercutido y el paralelo ejercicio del derecho a la deducción de las cuotas soportadas (se minoran así sus obligaciones de ingreso por este impuesto, sin para ello haber tenido que realizar desembolso alguno). En el otro lado de la moneda, en los proveedores obligados a ingresar en la Hacienda Pública el IVA repercutido se generan tensiones de tesorería que en numerosos casos han conducido a éstos, a su vez, a desatender las obligaciones de pago a sus proveedores, y así sucesivamente en una interminable cadena de incumplimientos. Muy probablemente éste comportamiento ha ayudado a incrementar notablemente el número de concursos de acreedores en los últimos años, hasta el punto de que quien finalmente deja de percibir el ingreso termina siendo la Hacienda Pública.

En sentido inverso, pero con las mismas consecuencias en términos de merma de recaudación para la Hacienda Pública, hemos asistido en tiempos de crisis a comportamientos fraudulentos, especialmente en el sector inmobiliario, en el que, con más frecuencia de la deseable, las empresas transmitentes dejaban de ingresar a la Hacienda Pública el IVA repercutido y percibido de los compradores, quienes, eso sí, ejercían el derecho a la deducción y devolución de las cuotas satisfechas.

Con el propósito de evitar estos comportamientos, garantizar la preservación de la neutralidad del Impuesto, y lograr que la Hacienda Pública no se vea perjudicada como consecuencia de las situaciones de insolvencia de las empresas, las recientes reformas de la legislación concursal han introducido relevantes modificaciones en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido ('LIVA'). En síntesis, se ha reforzado el crédito correspondiente al IVA en los supuestos de modificación de la base imponible, se han incorporado a la norma fiscal nuevos supuestos de inversión del sujeto pasivo, se han introducido reglas para la rectificación de cuotas repercutidas ante el ejercicio de una acción de reintegración concursal u otras acciones de impugnación ejercitadas en el seno del concurso, se ha procedido a una más correcta diferenciación de las cuotas de IVA anteriores y posteriores a la declaración de concurso, y se ha restringido el plazo para ejercitar el derecho a la deducción de las cuotas soportadas con anterioridad a la declaración de concurso.

1. Inversión del sujeto pasivo

A fin de desincentivar el desafortunadamente frecuente comportamiento por el que las empresas transmitentes dejaban de ingresar a la Hacienda Pública el IVA repercutido y percibido de los compradores, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, estableció en el artículo 84.Uno.2.º) de la LIVA la **obligatoria inversión del sujeto pasivo en las entregas de inmuebles efectuadas como consecuencia de un proceso concursal**.

Este supuesto de inversión del sujeto pasivo se ajusta a lo establecido en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y pretende evitar el perjuicio que se produce a la Hacienda Pública cuando el IVA no se ingresa en el Tesoro y, a continuación, se solicita el aplazamiento o se declara el concurso de la entidad transmitente. Daño que es doble, por cuanto el IVA no ingresado es deducido por el adquirente. Con este mecanismo se garantiza el ingreso del IVA en la Hacienda Pública, imposibilitando que el transmitente deje de ingresar el IVA que en otro caso habría percibido del adquirente (al ser éste quien procede a la auto-repercusión del impuesto).

En la misma dirección, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, añadió al antedicho supuesto el referido a las entregas de inmuebles efectuadas en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos, supuesto que se extiende expresamente a las operaciones de dación del inmueble en pago y cuando el adquirente asume la obligación de extinguir la deuda garantizada. Situaciones que perfectamente pueden concurrir en el seno de un concurso de acreedores,

tanto cuando éste finaliza con convenio como cuando se abre la fase de liquidación.

Aclaremos que **esta regla de inversión del sujeto pasivo es aplicable en todo caso si la entrega del inmueble se efectúa en el seno de un proceso concursal, pero fuera de éste resulta exigible que el inmueble objeto de transmisión esté afectado por un derecho real de garantía**, no extendiéndose a los supuestos de entregas de edificaciones en pago de una deuda no garantizada por dicho inmueble, o a aquellos casos en los que se hubieran constituido garantías personales¹⁴.

Evidentemente, en los supuestos amparados por esta regla de inversión, y en la medida en que el adquirente adquiere la condición del sujeto pasivo, quedaría sin objeto el mecanismo previsto en la Disposición Adicional Sexta de la LIVA, que permite, en los procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa, que sea el adjudicatario quien, en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, expida la factura y realice las labores dirigidas a la autoliquidación e ingreso del Impuesto.

2. Modificación de la base imponible

Una de las medidas esenciales para proteger la neutralidad del Impuesto, y al mismo tiempo evitar los perjuicios arriba comentados a los acreedores, se materializa en la posibilidad que éstos tienen de **modificar la base imponible del IVA, procediendo a su reducción, cuando, entre otros supuestos, el destinatario de las operaciones sujetas al Impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso** (artículo 80.Tres de la LIVA).

Se pretende con esta medida que el acreedor que ha repercutido el IVA al deudor concursado, pero no ha obtenido de éste el cobro de las mismas, pueda recuperar las cuotas ingresadas a la Hacienda Pública (una vez rectificadas la base imponible en los términos que comentaremos, podrá descontar el IVA no percibido del deudor concursado en la siguiente autoliquidación a presentar; por su parte, el deudor concursado estará obligado a rectificar las deducciones practicadas en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción de las cuotas soportadas, sin que proceda la aplicación de recargos ni de intereses de demora).

De esta forma, es la Hacienda Pública quien pasa a ocupar la posición de acreedor del IVA dejado de pagar (cuestión en la que ahondaremos al referirnos a la calificación del crédito correspondiente al IVA).

¹⁴ Consultas Vinculante V1283-13, de 17 de abril, y V1151-15, de 15 de abril.

Para poner en marcha este mecanismo de modificación de la base imponible habrá de atenderse a las siguientes reglas:

2.1. Plazo de la modificación

Con efectos desde el 1 de enero de 2015 se amplía el plazo para la modificación de la base imponible, que no podrá efectuarse después de transcurrido el plazo de dos meses contados a partir del fin del plazo máximo fijado en el artículo 21.1.5.^a de la Ley Concursal (un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso). En definitiva, **el acreedor tendrá un plazo de tres meses desde la publicación de la declaración de concurso en el BOE para ejercitar su derecho a modificar la base imponible** y de esta forma recuperar las cuotas de IVA no percibidas.

Se hace así la Ley del IVA sensible a las dificultades operativas que los acreedores estaban encontrando para ejercitar el derecho a modificar la base imponible en el plazo previsto con anterioridad a la comentada ampliación (se exigía proceder a la modificación en el plazo de un mes a contar desde la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso).

Anotamos que la reforma de la Ley Concursal dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al establecer en su artículo 191 quáter que, en lo no regulado expresamente para el procedimiento abreviado, se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario, vino a resolver la discusión doctrinal existente acerca de si es de aplicación el mismo plazo a los procedimientos ordinarios que a los procedimientos concursales abreviados previstos en el artículo 190 y ss. de la Ley Concursal. Y ello, confirmando así lo que había sido previamente declarado por la jurisprudencia¹⁵ a favor de la igualdad de plazo.

2.2. Supuestos excluidos de la modificación de la Base Imponible

Atendiendo a la naturaleza de las relaciones entre el deudor concursado y sus acreedores, y a la capacidad real que éstos pudieran tener para recuperar las cuotas de IVA no percibidas en determinados supuestos, la norma excluye la posibilidad de modificar la base imponible cuando estemos ante créditos de la siguiente naturaleza: que disfruten de garantía real, en la parte garantizada; afianzados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca o cubiertos por un contrato de seguro de crédito o de caución, en la parte afianzada o asegurada; entre personas o entidades vinculadas; adeudados o afianzados por Entes Públicos.

¹⁵ Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.^a, de 30/10/2013 (Rec. 52/2012) y 21/03/2013 (Rec. 51/2012).

En otro orden, tampoco procederá la modificación de la base imponible cuando el destinatario de las operaciones no esté establecido en el territorio de aplicación del Impuesto, ni en Canarias, Ceuta o Melilla.

2.3. Incompatibilidad con la modificación de la Base Imponible en el supuesto de créditos incobrables

Considerando que el apartado Cuatro del mismo artículo 80 de la LIVA prevé otro supuesto de modificación de la base imponible, en este caso referido a las situaciones en las que el crédito pueda considerarse incobrable, y ante la posible coincidencia en el tiempo de ambas situaciones, esto es, ante un deudor del que no se ha podido percibir el cobro de las cuotas repercutidas que finalmente es declarado en situación de concurso, la precitada Ley 7/2012, de 29 de octubre, introdujo en la norma el **carácter prevalente de las reglas y plazos previstos para la modificación de la base imponible en supuestos de concurso**, en relación con las cuotas repercutidas por operaciones cuyo devengo se produzca con anterioridad a dicho auto, esto es, en relación con las que serán calificadas como créditos concursales.

De esta forma, la norma sale al paso de la controversia suscitada por el Tribunal Económico-Administrativo Central¹⁶, que, en contra del criterio sostenido por la Dirección General de Tributos y por la Agencia Tributaria, amparaba la utilización alternativa de cualquiera de las vías previstas en la Ley del IVA. Téngase en cuenta que, como hemos visto, hasta el 1 de enero de 2015 los plazos eran muchos más restrictivos en el supuesto de concurso de acreedores, de forma que con frecuencia los acreedores a los que no hubieran ejercido el derecho a la modificación por esta vía pretendían aferrarse a la vía prevista para los créditos incobrables.

2.4. Efectos de los pagos parciales anteriores a la modificación de la Base Imponible

La norma prevé que la entidad concursada haya realizado pagos parciales de su deuda con anterioridad a la práctica de la modificación de la base imponible, y considera que el IVA está incluido en las cantidades percibidas, en la misma proporción que la parte de contraprestación satisfecha. A título de ejemplo:

	TOTAL	BI	IVA
Factura emitida	121,00	100,00	21,00
Pago anterior a concurso	70,00	20,00	12,15
Factura rectificativa tras declaración concurso	– 51,00	– 42,15	– 8,85

¹⁶ Resolución TEAC, de 20/09/2012 (RG 00/2471/2010).

En este caso, el acreedor recuperaría un importe de IVA de 8,85 euros, crédito del que la Hacienda Pública devendría acreedor.

2.5. Revisión de la BI modificada

Una vez declarado el concurso y modificada la base imponible, los acreedores no estarán obligados a modificarla de nuevo al alza, sea cual fuere el resultado del concurso.

Y ello salvo cuando se acuerde la conclusión del concurso por alguna de las causas previstas en el artículo 176.1, apartados 1.º, 4.º y 5.º de la Ley Concursal, a saber: por revocación firme del concurso; por el pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos, por la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o porque ya no existe la situación de insolvencia; por el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores. En cualquiera de estos casos, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente.

Siguiendo el ejemplo anterior, de concurrir alguna de las circunstancias citadas, el acreedor deberá emitir factura con los siguientes importes:

	TOTAL	BI	IVA
Factura rectificativa tras revocación concurso (o resto causas)	51,00	42,15	8,85

2.6. Obligaciones formales. Autoliquidaciones

A las intrínsecas dificultades operativas para el normal funcionamiento de las empresas que se derivan de las situaciones de concurso de acreedores, cabe añadir la elevada carga fiscal indirecta resultante de las obligaciones formales exigidas en el Impuesto sobre el Valor Añadido, especialmente en relación con la modificación de la base imponible. A este respecto, el artículo 24 RIVA establece las siguientes obligaciones:

- *Para el acreedor:* facturar y registrar en tiempo y forma las correspondientes facturas rectificativas; enviar copia de las mismas a la administración concursal; comunicar a la AEAT por vía electrónica (modelo 952) la modificación de la base en el plazo de un mes desde la fecha de expedición de la factura rectificativa, justificando documentalmente el cumplimiento de los requisitos y adjuntando copia de la factura rectificativa.

- *Para el deudor concursado*: comunicar a la AEAT por vía electrónica (modelo 952) el recibo de las facturas rectificativas que le envíe el acreedor; presentar autoliquidación complementaria de cada uno de los periodos en los que se hubiera ejercitado el derecho a la deducción de las cuotas rectificadas (si bien esta rectificación se hará en la declaración-liquidación relativa a los hechos imponible anteriores a la declaración de concurso cuando: el deudor concursado no tuviera derecho a la deducción total del impuesto y en relación con la parte de la cuota rectificada que no fuera deducible; el destinatario de las operaciones tuviera derecho a la deducción del impuesto y hubiera prescrito el derecho de la Administración Tributaria a determinar la deuda tributaria del periodo de liquidación en que se hubiera ejercitado el derecho a la deducción de las cuotas soportadas que se rectifican). Estas autoliquidaciones habrán de presentarse en el mismo plazo que la declaración-liquidación del período en que se hubieran recibido las facturas rectificativas.

Evidentemente, el incumplimiento de sus obligaciones por parte del destinatario no impedirá al acreedor la modificación de la base imponible, si éste hubiera cumplimentado adecuadamente sus respectivas obligaciones.

3. Calificación del crédito tributario IVA

De acuerdo con consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷ podemos afirmar que actualmente es pacífico afirmar que **los créditos de IVA por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso deben calificarse como concursales**.

No obstante, interesa aquí destacar la forma en la que el Alto Tribunal ha resuelto la controversia en relación con el crédito correspondiente al IVA derivado de la modificación de la base imponible en los supuestos en los que el deudor hubiera sido declarado en concurso de acreedores.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha dejado claro que estamos ante un crédito concursal por cuanto el nacimiento de la obligación tributaria tuvo lugar cuando se produjo el hecho imponible del impuesto (anterior a la declaración de concurso). Debiendo aceptarse que la rectificación de las deducciones del destinatario por la rectificación de facturas del acreedor no origina un nuevo crédito tributario a favor de la Hacienda Pública, siendo el crédito que se transmite a ésta el mismo crédito que tenía el acreedor inicial. Se entiende así que se estaría operando por

¹⁷ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1/09/2009 (Rec. 253/2007), de 3/03/2011 (Rec. 2239/2006), y 3/10/2011 (Rec. 2270/2008), o de 10/01/2012 (Rec. 756/2009).

ley una modificación o novación subjetiva de la obligación tributaria por cambio de acreedor, pero nunca una modificación extintiva.

Se viene a contrarrestar así la tradicional postura de la Administración tributaria, evidentemente interesada en calificar el crédito como crédito contra la masa, quien amparaba su pretensión en la redacción del artículo 84.2.10 de la Ley Concursal (recordemos que incluye en esta categoría a los que resulten de obligaciones nacidas de la ley). Para la jurisprudencia esta posición ignora que el artículo 84.2.5.º de la propia Ley Concursal incluye como créditos contra la masa por el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del concursado únicamente a los generados tras la declaración del concurso, por lo que, habiéndose devengado el IVA por razón de la actividad anterior a la declaración de concurso, el crédito por IVA derivado de la modificación de la base imponible nunca podría merecer el tratamiento de crédito contra la masa. Esta posición es coherente con el tenor del artículo 80.Tres de la LIVA, que claramente se refiere a la modificación de la base imponible por impago de las cuotas repercutidas *«siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso»*, reconociendo así que la obligación tributaria habría nacido con anterioridad a la declaración del concurso. En igual sentido cabe aludir a las reglas que definen el hecho imponible y el devengo del impuesto, de las que cabría concluir que la entrega de bienes o prestación de servicios que constituye el hecho imponible del IVA se produjeron de manera indubitada como consecuencia de la actividad empresarial del concursado anterior al concurso.

En definitiva, **en los supuestos de modificación de la base imponible en el IVA no existe nuevo crédito nacido por obligación legal**, sino que estamos ante una mera novación modificativa subjetiva del crédito preexistente, por la que la Administración tributaria pasa a ocupar la posición del acreedor primitivo.

4. Autoliquidaciones IVA. Saldos a compensar. Deducciones

Con base en las conclusiones expuestas, y con el objeto de determinar y cuantificar de manera clara el crédito que tendrá carácter concursal en los supuestos en los que el auto de declaración de concurso se dicta a lo largo del periodo de liquidación del Impuesto, sea mensual o trimestral, el artículo 71.5 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece la **obligación de presentar dos declaraciones-liquidaciones en el periodo en el que se haya declarado el concurso, una por los «hechos imponibles anteriores» a la declaración de concurso y otra por los «hechos imponibles anteriores posteriores»**. Y si la primera de ellas arroja un saldo a favor del sujeto pasivo, éste podrá compensarse, a elección del mismo, en la declaración-liquidación relativa a los hechos imponibles posteriores a dicha declaración.

Adicionalmente, y a fin de evitar que el crédito concursal quede desvirtuado mediante la postergación de las cuotas de IVA soportado que fueran deducibles, el artículo 99.Cinco de la LIVA hace obligatorio que en la autoliquidación correspondiente a los *‘hechos imponibles anteriores’* se **proceda a la aplicación de la totalidad de los saldos a compensar correspondientes a periodos de liquidación anteriores a la declaración de concurso.**

Por otro lado, con el mismo objetivo, el artículo 99.Tres de la LIVA establece que **deberá ejercitarse el derecho a la deducción de las cuotas soportadas con anterioridad al auto de declaración de concurso en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que dichas cuotas fueron soportadas** (restringiendo así la regla general que posibilita extender este derecho durante el plazo de cuatro años).

De igual manera, y como hemos comentado, para adecuar la gestión del impuesto a la doctrina jurisprudencial, con carácter general **en los supuestos de modificación de la base imponible, la rectificación de deducciones como consecuencia de la declaración de concurso deberá realizarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció la deducción (artículo 114.Dos.2.º de la LIVA).**

En otro orden, el precitado artículo 114.Dos.2.º de la LIVA introduce un nuevo supuesto de rectificación de cuotas repercutidas para los casos en los que la operación gravada quede sin efecto como consecuencia del ejercicio de una acción de reintegración concursal u otras acciones de impugnación ejercitadas en el seno del concurso, en los términos previstos en los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal, esto es, las operaciones realizadas por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso que se consideren perjudiciales para la masa activa de aquél. En estos casos, el sujeto pasivo deberá rectificar las cuotas que fueron objeto de repercusión, y deberá hacerlo, en línea con lo previamente expresado, en la autoliquidación del período en que se realizó la operación.

Como efecto de todas estas medidas **se logra que sea la cuantía del crédito concursal la que queda reducida, evitándose así que el deudor concursado pase a minorar artificialmente, mediante el diferimiento del ejercicio del derecho a la deducción de las cuotas soportadas, el crédito contra la masa derivado de las operaciones realizadas con posterioridad a la declaración de concurso.**

Ni que decir tiene que el cumplimiento formal de estas reglas, loables desde el punto de vista de protección del crédito tributario, ha supuesto a las empresas un evidente incremento de la carga fiscal indirecta, quienes precisamente en la peor de las situaciones posibles, y seguramente afectadas por una drástica reducción de medios materiales y personales, se han visto obligadas a dar cumplimen-

to a mayores obligaciones formales (separación de autoliquidaciones por hechos anteriores y posteriores, autoliquidaciones rectificativas de períodos muy anteriores, etc.).

5. Regímenes Especiales IVA

Otra de las relevantes consecuencias de la situación de concurso en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido está relacionada con los Regímenes Especiales del Grupo de Entidades y del Criterio de Caja.

En relación con el primero de ellos, el artículo 163 septies prevé la exclusión del régimen de las entidades que se encontrasen al término de cualquier período de liquidación en situación de concurso o en proceso de liquidación, con los consiguientes efectos en cuanto a la determinación de la cuota a ingresar por el grupo.

Más destacado es el efecto producido en la aplicación del Régimen Especial del Criterio de Caja. En síntesis, este régimen permite retrasar el devengo y el consiguiente ingreso del IVA repercutido hasta el momento en el que el cliente proceda al pago total o parcial del precio pactado por la operación; por su parte, el cliente no podrá ejercitar el derecho a la deducción del IVA soportado sino hasta el momento en que efectúe el pago a los proveedores (en todo caso se establece como fecha límite para el pago el 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que las operaciones se hayan efectuado).

Pues bien, el artículo 163 sexiesdecies de la LIVA prevé que **el auto de declaración del concurso, bien del sujeto pasivo acogido al régimen especial de criterio de caja, bien del sujeto pasivo destinatario de sus operaciones, dará lugar al anticipo del devengo del Impuesto, que ya no quedará a expensas del momento de pago del precio.** Y ello en la medida en que tal fecha determinará: el devengo de las cuotas repercutidas por el sujeto pasivo acogido al régimen especial del criterio de caja que estuvieran aún pendientes de devengo en dicha fecha; el nacimiento del derecho a la deducción de las cuotas soportadas por el sujeto pasivo respecto de las operaciones que haya sido destinatario y a las que haya sido de aplicación el régimen especial del criterio de caja que estuvieran pendientes de pago; el nacimiento del derecho a la deducción de las cuotas soportadas por el sujeto pasivo concursado acogido al régimen especial del criterio de caja, respecto de las operaciones que haya sido destinatario no acogidas a dicho régimen especial que estuvieran aún pendientes de pago.

Formalmente, el sujeto pasivo en concurso deberá declarar las cuotas devengadas y ejercitar la deducción de las cuotas soportadas en la declaración-liquidación correspondiente a los hechos imponible anteriores a la declaración de con-

curso. Asimismo, el sujeto pasivo deberá declarar en dicha declaración-liquidación las demás cuotas soportadas que estuvieran pendientes de deducción a dicha fecha.

V. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

A fin de paliar los efectos negativos de la situación de concurso de acreedores, y en particular con el objeto de facilitar los acuerdos de refinanciación o pago, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, introduce en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados la **exención, en su tres modalidades (ITP, operaciones societarias, AJD) de las escrituras que contengan quitas o minoraciones de las cuantías de préstamos, créditos u otras obligaciones del deudor que se incluyan en los acuerdos de refinanciación o en los acuerdos extrajudiciales de pago** establecidos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siempre que, en todos los casos, el sujeto pasivo sea el deudor (artículo 45.I.B.19 de la Ley del ITP y AJD).

En el mismo impuesto, y con la finalidad de dotar de cierta seguridad jurídica a los adquirentes de elementos del activo de un deudor concursado, prevé el artículo 46.5 de la Ley del ITP y AJD que se considerará que **el valor fijado en las resoluciones del juez del concurso para los bienes y derechos transmitidos corresponde a su valor real**, no procediendo en consecuencia comprobación de valores en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan en un procedimiento concursal (incluyendo las cesiones de créditos previstas en el convenio aprobado judicialmente y las enajenaciones de activos llevadas a cabo en la fase de liquidación).

VI. CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO

Considerando que, en la mayoría de los procesos concursales, la Hacienda Pública termina siendo uno de los más importantes acreedores del deudor concursado, es evidente la alta trascendencia que la correcta calificación de los créditos tributarios tendrá para la resolución del concurso y para la protección de los intereses generales.

Por un lado, la adecuada diferenciación entre créditos concursales y créditos contra la masa, atendiendo a los parámetros previstos en el artículo 84 de la Ley Concursal, permitirá conocer si los créditos tributarios mismos son susceptibles de sujetarse a quitas y esperas como resultado del convenio de acreedores, si cabe seguir procedimientos administrativos de apremio para su cobro, si pueden ser

objeto de compensación con los créditos que el concursado pueda tener frente a su acreedor, o si procede la suspensión del devengo de intereses.

Por otro lado, y una vez establecido el importe total del crédito concursal del que la Hacienda Pública es acreedora, resultará determinante encuadrar la parte del crédito tributario que se corresponde con cada una de las clases de créditos a las que se refiere el artículo 89 de la Ley Concursal.

En materia de calificación ha sido constante la controversia entre la Administración tributaria y las administraciones concursales, habiendo obligado a la jurisprudencia a definir y acotar los términos en los que debe procederse para la formación de la masa pasiva del concurso y la clasificación de los créditos.

1. Formación de la masa pasiva

Como regla general, **la calificación del crédito tributario como concursal o como crédito contra la masa dependerá del momento en el que nazca la obligación tributaria** que da lugar a aquél.

Al respecto, el artículo 21.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, prevé que el nacimiento de la obligación tributaria se produce con el devengo del impuesto, por ser éste el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible (el apartado 2 del mismo artículo añade que la ley de cada tributo puede establecer la exigibilidad de la cuota en un momento distinto al del devengo del tributo).

En consecuencia, habrá de estarse a la fecha del devengo para, en función de si éste es anterior o posterior a la fecha de declaración de concurso, encuadrar el correspondiente crédito tributario. Siendo absolutamente irrelevante a estos efectos la fecha o periodo en que se deba presentar la autoliquidación del respectivo impuesto.

Partiendo de este presupuesto, y en relación con cada una de las obligaciones tributarias que pudieran pasar a formar parte de la masa pasiva del concurso, ya sean principales o accesorias, ya deriven de las sanciones en su caso impuestas al deudor, para la correcta calificación de los créditos será necesario atender a las siguientes reglas:

- **Impuesto sobre Sociedades:** se devengará el último día del período impositivo, atendiendo al ejercicio social de la entidad.
- **IRPF:** se devengará con carácter general el 31 de diciembre de cada año (salvo fallecimiento del contribuyente).

- **IVA:** atendiendo a lo dispuesto en el artículo 75, el devengo del Impuesto coincidirá, como regla general, con la entrega de bienes o la prestación del servicio (sin perjuicio de las especialidades propias del IVA a la importación). En relación con la controversia suscitada en relación con la calificación del crédito por este impuesto, especialmente en los supuestos de modificación de la base imponible, nos remitimos a lo reseñado en el apartado IV.3 del presente trabajo.

- ***Retenciones e ingresos a cuenta:***

- Cuando el perceptor sea contribuyente del IRPF, con carácter general, la obligación nace cuando se satisfagan los respectivos rendimientos. Excepcionalmente, en el caso de que se satisfagan rendimientos de capital mobiliario, la obligación nace en el momento de su exigibilidad.

En relación con los rendimientos del trabajo, es frecuente que, con carácter previo a la declaración de concurso, la entidad empleadora haya dejado de satisfacer determinadas «nóminas». No habiendo nacido la obligación de retener, no se habrá generado crédito concursal por tales rendimientos (de hecho, las retenciones por salarios por trabajos anteriores a la declaración de concurso que se califiquen como créditos contra la masa, ex artículo 84.2.1.º de la LC, merecerán la misma calificación)¹⁸.

- Cuando el perceptor sea contribuyente del Impuesto sobre Sociedades, la obligación de retener nace en el momento de exigibilidad de las rentas, o en el de su pago o entrega (si fuera en especie) cuando éste fuera anterior.

- ***Pagos fraccionados en el IS o en el IRPF*** (por la realización de actividades económicas). Atendiendo a la naturaleza autónoma respecto de la obligación tributaria principal que el artículo 23 de la Ley General Tributaria otorga a los mismos, debemos estar, no a la fecha de devengo de la obligación principal (IS o IRPF), sino al momento en el que concluye el periodo de presentación de la declaración e ingreso de los pagos fraccionados (en el IRPF entre el día 1 y el 20 de los meses de abril, julio y octubre, y entre el día 1 y el 30 del mes de enero; en el IS, en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre).

- ***Intereses.*** En virtud de lo establecido en el artículo 59.1 de la Ley Concursal, los intereses cuyo devengo se encuentre suspendido desde la fecha

¹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 20/09/2009 (Rec. 202/2007) y 31/01/2011 (Rec. 844/2007).

de declaración del concurso, tendrán la consideración de créditos concursales subordinados. Lo que no afectará a los intereses correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía y con los créditos salariales que resulten reconocidos, los cuales formarán parte igualmente de la masa pasiva. Por su parte, los intereses devengados, pese a la paralización de las ejecuciones administrativas para hacer efectivos los créditos contra la masa que no sean satisfechos a su vencimiento, los cuales no quedan suspendidos (artículo 84.4 de la LC), tendrán la consideración de crédito contra la masa.

- ***Recargos por declaración extemporánea.*** Considerando que la obligación de satisfacer el recargo surge como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria, será la fecha de tal presentación la que haya de tomarse en cuenta como referencia para la calificación del crédito.
- ***Sanciones tributarias.*** La controversia a resolver entre el criterio tradicionalmente sostenido por la Administración tributaria, para la que habría de estarse al momento en el que fuera dictado el Acuerdo de imposición de la sanción, y la defendida por la mayor parte de la doctrina y resoluciones de los juzgados de lo mercantil, que se inclinaban por atender al momento en el que se hubiera cometido la infracción, se ha resuelto definitivamente por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁹ en favor de esta última posición.

Por último, prestamos atención a aquellos créditos respecto de los que, a la fecha de declaración de concurso, concurren especiales circunstancias que pudieran afectar a su integración en la masa pasiva.

- ***Créditos condicionales.*** Aquellos que se encuentren recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aun cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.2 de la Ley Concursal, se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación (atendidas las reglas arriba expresadas) hasta que exista resolución o sentencia firme.
- ***Créditos contingentes.*** Los créditos que pudieran resultar de procedimientos de comprobación o inspección abiertos en el momento de la declaración de concurso se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación. Y a partir de entonces tendrán el carácter que les corresponda con

¹⁹ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 23/02/2011 (Rec. 1627/2007), 05/04/2011 (Rec. 1306/2007, ésta por sanciones en materia de Seguridad Social) y 01/07/2011 (Rec. 947/2008).

arreglo a su naturaleza (vistas las reglas arriba expresadas), sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía (artículo 87.2, segundo párrafo, de la LC).

- *Créditos por delito fiscal pendientes de sentencia firme*; si hubiere recaído sentencia, pero ésta no hubiera adquirido firmeza, deberán reconocerse en la lista de acreedores conforme a su naturaleza (artículo 86.2 de la LC). Y si aún no hubiere recaído sentencia, se considerarán contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial (artículo 87.2, segundo párrafo, de la LC).

2. Clasificación de los créditos tributarios de carácter concursal

Una vez cuantificado el crédito tributario que ha de integrarse en la masa pasiva, procederá clasificar el mismo con arreglo a las normas previstas en los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal. Atendiendo a las especialidades del crédito tributario, en su clasificación habrá de atenderse a las siguientes reglas.

2.1. Créditos con privilegio especial

De acuerdo con lo previsto en el artículo 90.1.1.º de la LC, tendrán esta naturaleza los **créditos tributarios que hubieran quedado garantizados** (con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados y demás garantías previstas en la Ley).

Lo que se habrá producido generalmente en supuestos en los que, con carácter previo a la declaración de concurso, o bien se hubiera acordado el aplazamiento/fraccionamiento de la deuda, o bien se haya otorgado la suspensión de una deuda respecto de las que se hubiera interpuesto recurso o reclamación.

Cabe entender igualmente que este privilegio se extenderá a los créditos garantizados con hipoteca legal tácita o derivados del derecho de afección a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley General Tributaria.

2.2. Créditos con privilegio general

En este estadio de clasificación se encontrarán:

- **Los créditos correspondientes a retenciones tributarias** (artículo 91.2.º de la LC), por la totalidad de su importe. Se justifica la jerarquía que se

concede a estos créditos en el especialmente gravoso resultado que se derivaría del hecho de que cantidades detraídas de los trabajadores, y que éstos habrán deducido en sus correspondientes autoliquidaciones, pudieran acabar convirtiéndose en una fuente de financiación para la entidad concursada.

- **El 50% de los créditos tributarios que no gocen de otra clasificación** (artículo 91.4.º de la LC), esto es, que no gocen de privilegio especial o general del artículo 91.2.º, ni tengan la condición de subordinados.

Es en este punto en el que tradicionalmente se ha producido una disputa con la Administración tributaria, que se ha aferrado a la dicción literal del precepto —«*este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe*»—, para sostener que el privilegio general alcanza al 50% de la suma de la totalidad de créditos tributarios que formen parte de la masa pasiva. Pretensión que ha quedado superada por los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo²⁰, de cuyo asentado criterio se concluye que para el cómputo han de descontarse los créditos ya clasificados. Por un lado, los créditos con privilegio especial del art. 91.1.1.º, o general del art. 92.2.º de la LC, no sólo para evitar el sin sentido de una doble calificación, sino, además, porque los que tienen un privilegio específico ya se habrían hecho efectivos con antelación (art. 156 de la LC). Por otro lado, los créditos subordinados por cuanto no es razonable que se tomen en cuenta para incrementar la base de cálculo que repercute en favor del privilegio general, cuando sucede que dichos créditos están sujetos a discriminaciones en diversos aspectos y entre ellas la de postergación en el pago (art. 158 de la LC). Solución que armoniza plenamente con las líneas directrices del sistema, con una interpretación restrictiva de los privilegios y pleno respeto al principio de igualdad de trato de los acreedores, la *par condicio creditorum*.

- Los créditos **en concepto de responsabilidad civil derivada de delito** contra la Hacienda Pública (artículo. 91.5.º de la LC).

2.3. Créditos subordinados

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 92 de la LC, se integrarán en la masa pasiva como créditos subordinados los siguientes:

²⁰ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 21/01/2009 (Rec. 842/2007 y 341/2007), 20/09/2009 (Rec. 202/2007) y 17/03/2011 (Rec. 2209/2007).

- Las obligaciones tributarias que la propia Ley General Tributaria define en su artículo 25 como obligaciones accesorias. Por un lado, **los recargos** que se generen como consecuencia de la presentación extemporánea de autoliquidaciones en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LGT, como los del periodo ejecutivo a los que se refiere el artículo 28 de la LGT. Por otro lado, **los intereses de cualquier clase** (de demora, suspensivos), salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía y los recargos de cualquier clase.
- Las **sanciones tributarias** que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.3 del mismo texto, no forman parte de la deuda tributaria.

Considerando que el artículo 158.2 de la Ley Concursal prevé que el pago de estos créditos se hará siguiendo el orden descrito y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, conviene apuntar que la doctrina del Tribunal Supremo arriba citada ha venido a declarar que los recargos de apremio tienen a estos efectos naturaleza sancionadora, por derivar de la falta de pago de la deuda en plazo, debiendo por tanto sumarse a las sanciones a fin de proceder a su pago según el orden establecido.

VII. RECAUDACIÓN DE LAS DEUDAS TRIBUTARIAS

1. Prelación y concurrencia de procedimientos

A fin de garantizar el crédito tributario, el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria prevé que la Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores.

Y ello con la lógica excepción que se establece en favor de los acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, en aras del necesario respeto del principio de prioridad registral (el cual decae en cualquier caso en los supuestos de hipoteca legal tácita prevista para los tributos periódicos que recaen sobre bienes inmuebles y de afección de bienes, en los términos y con las limitaciones previstas en los artículos 78 y 79 de la misma ley).

No obstante, la propia norma tributaria reconoce en el artículo 77.2 que **el derecho de prelación decae en el proceso concursal, en el que los créditos tributarios quedan sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.**

Apuntemos aquí que la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, habría venido a resolver la controversia suscitada en relación con la redacción original de la norma (que, recordemos, decía: «*En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*»), en la que se apoyaba la Administración para defender que sólo los créditos afectados por el convenio de acreedores que eventualmente fuera aprobado en el concurso quedaban subordinados a las reglas propias de la norma concursal. Hasta el punto de pretender la excepción a la *par conditio creditorum*, manteniendo el derecho de prelación para aquellos créditos privilegiados no afectados por el convenio o, yendo más allá, para la totalidad de los créditos si es que finalmente se produjera la apertura de la fase de liquidación.

Se completa la subordinación de los créditos tributarios a lo que resulte del ordenamiento concursal con lo previsto en el artículo 164 de la Ley General Tributaria, en relación con la concurrencia del procedimiento de apremio con un eventual proceso concursal, lo que es coherente con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal, en virtud del cual, **una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.**

En este escenario, la Ley General Tributaria limita la preferencia del procedimiento administrativo de apremio para la ejecución de los bienes que hubieran sido embargados a los supuestos en los que el embargo por parte de la Administración tributaria se hubiera acordado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso (atendiendo a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho). En el mismo sentido, el párrafo segundo del artículo 55.1 de la LC prevé que, **hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.**

Con relación a la noción de bien necesario, la jurisprudencia tiene reiteradamente dicho que, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, debe procederse a realizar un análisis particular de cada caso, pero teniendo presente que es determinante conocer si el mantenimiento del bien es absolutamente trascendental para la continuación de la actividad por parte del deudor (parece evidente que en una actividad hotelera, el inmueble es un bien necesario, pero no existe la misma coincidencia al determinar si gozan de tal naturaleza los derechos de crédito frente a terceros, o los saldos en cuentas corrientes, debiendo estarse en tal caso a circunstancias tales como la existencia de fuentes de financiación alternativas suficientes).

Por otro lado, en el apartado 2 del precitado artículo 164 de la LGT se apunta que el sometimiento a la norma concursal no impedirá que se dicten las correspondientes providencias de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa.

2. El papel de la Administración tributaria en los concursos

Prevé el artículo 164.4 de la Ley General Tributaria que, dado el carácter privilegiado de los créditos tributarios, la Hacienda Tributaria tendrá derecho de abstención en los procesos concursales.

Lo que no obsta a la **posibilidad de que la Hacienda Pública convenga suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal**, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, si bien éstas no podrán ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial.

A fin de acotar las condiciones de los acuerdos singulares que puedan ser suscritos por la Agencia Tributaria con obligados declarados en concurso de acreedores, habremos de estar a lo dispuesto en la **Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, dictada por el Departamento de Recaudación**. Estos acuerdos sólo pueden afectar a la parte del crédito tributario que haya sido calificado como crédito privilegiado (en virtud de lo previsto en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal). Por otro lado, no pueden incorporar quitas en relación con las deudas originadas por retenciones, ingresos a cuenta, o deudas aduaneras. No obstante, sí se prevé que se acuerde un tipo de interés por las deudas que queden aplazadas inferior al de demora. Se exigirá que se hayan satisfecho en su totalidad los créditos contra la masa, siendo posible requerir el ingreso de un porcentaje de la deuda simultáneamente o con carácter previo a la formalización del mismo. Estos acuerdos mantendrán su vigencia únicamente si el deudor cumple con sus obligaciones corrientes.

En la práctica, salvo supuestos excepcionales o allí donde el crédito tributario supone un alto porcentaje del crédito concursal, en relación con el crédito ordinario o subordinado, la Administración tributaria adopta un papel pasivo a lo largo de la tramitación del proceso concursal, terminando por adherirse, o abstenerse, a las condiciones del convenio que el deudor haya pactado con el resto de acreedores (siempre, evidentemente, que el importe de los créditos de éstos que permita alcanzar las mayorías previstas para la aprobación del convenio, en los términos exigidos en la Ley Concursal).

3. Supuestos de responsabilidad en el orden tributario

Entre las medidas que persiguen el aseguramiento del cobro de la deuda tributaria, la Ley General Tributaria configura las figuras de los sucesores y responsables como sujetos a los que, en su caso, y siempre que se cumplan los presupuestos objetivos y subjetivos establecidos en la norma, se derivará la acción de cobro.

Concretamente, en el ámbito de los concursos de acreedores, la norma tributaria prevé que la Administración tributaria podría exigir el pago de la deuda tributaria a los siguientes sujetos.

3.1. Sucesores de personas jurídicas disueltas y liquidadas

En el supuesto de que el concurso de acreedores finalice con la disolución y liquidación de la sociedad, y en los términos establecidos en el artículo 40.1 de la Ley General Tributaria, las obligaciones tributarias pendientes de la entidad, esto es, **la deuda tributaria que no hubiera quedado cancelada en la fase de liquidación, será exigible a sus socios, quienes responderán de forma solidaria.**

Cuando estemos ante entidades en las que la Ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, el importe máximo exigible por razón de la deuda tributaria pendiente, y de las sanciones que hubieran sido impuestas, se corresponderá con la suma del valor de la cuota de liquidación que corresponda a los socios y del resto de percepciones patrimoniales recibidas por los mismos en los dos años anteriores a la fecha de disolución que hubieran minorado el patrimonio social que debiera responder de tales obligaciones. Se pretende de esta manera atacar el fraude consistente en repartir a los socios el patrimonio existente, a través de operaciones de pre-liquidación, para dejar paso a una liquidación formal con una cuota insignificante, cuando no inexistente.

3.2. Sucesores en la titularidad o ejercicio de la actividad

La Ley General Tributaria prevé un supuesto de responsabilidad solidaria para evitar que, mediante la transmisión del negocio a terceros, se pueda ver frustrado el cobro de las obligaciones tributarias contraídas por el anterior titular y derivadas de su ejercicio.

Así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1.c) de la LGT se exigirá la deuda al sucesor en la titularidad o el ejercicio de la actividad económica, siempre que no se trate de la adquisición de elementos aislados que no permitan la continuación de la explotación o actividad.

Pues bien, **esta regla general decae en los supuestos en los que la adquisición tiene lugar en un procedimiento concursal. Se pretende así evitar el desincentivo que la obligación de hacer frente a las deudas de la entidad concursada supondría para los potenciales adquirentes de la explotación**, alineándose la norma fiscal con el declarado objetivo de la legislación concursal de lograr la continuidad de la empresa.

3.3. Responsables subsidiarios: administradores concursales

El artículo 43.1.c) de la Ley General Tributaria, declara responsables subsidiarios a los integrantes de la administración concursal, configurando dos diferentes supuestos:

- **Créditos concursales: serán declarados responsables cuando no hubiesen realizado las gestiones necesarias para su íntegro cumplimiento.** En definitiva, se exige una actitud negligente por parte del administrador concursal que haya desembocado en un incumplimiento de las obligaciones de las que inicialmente serían responsables quienes ostentaran la condición de administradores con anterioridad a la declaración de concurso.
- **Créditos contra la masa: sólo les serán exigibles en el supuesto de que tengan atribuidas funciones de administración**, en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley Concursal. Se equipararía este supuesto de responsabilidad a los previstos en los artículos 43.1.a) y b) de la LGT, los conocidos como «*administrador infractor*» y «*administrador del cese*», respectivamente.

En cualquiera de los casos, y como excepción al principio general establecido en la Ley General Tributaria, la responsabilidad subsidiaria de los administradores concursales se extiende a las sanciones.

4. Prescripción

Dentro de los supuestos de interrupción de la prescripción del derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y auto-liquidadas, el artículo 68.1.b) de la Ley General Tributaria se refiere a la declaración del concurso del deudor. Supuesto lógico y coherente con la imposibilidad de seguir la acción recaudatoria y el sometimiento pleno a las reglas del concurso.

Aclaremos aquí que la interrupción respecto del deudor principal, o de alguno de los responsables, producirá los mismos efectos en relación con el resto de

los sujetos que se encuentren solidariamente obligados al pago, ya sean otros responsables o el propio deudor principal, sin perjuicio de que puedan continuar frente a ellos las acciones de cobro que procedan (artículo 68.8 de la LGT).

Dicho esto, y a fin de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de la Hacienda Pública con los deudores, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, modifica el momento en que se reinicia el **plazo de prescripción interrumpido por la declaración de concurso, que se hace coincidir con el momento en que la Administración recupera sus facultades de autotutela ejecutiva, que, con carácter general, se fija en el momento en el que adquiera firmeza la resolución judicial de conclusión del concurso** (artículo 68.7 de la LGT). Si se hubiere aprobado un convenio, habrá de distinguirse entre las deudas tributarias no sometidas al mismo, cuyo plazo se iniciará con la aprobación de aquél, y las que sí quedan sometidas a sus términos, en cuyo caso, el plazo se reiniciará en el momento en el que resulten exigibles al deudor.

5. Aplazamientos y fraccionamientos

Para evitar la postergación artificiosa del crédito público como consecuencia de la simple solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de las deudas tributaria devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, práctica habitual de las entidades en concurso, la misma la Ley 7/2012, de 29 de octubre, introduce un apartado c) en el artículo 65.2 de la Ley General Tributaria y **elimina la posibilidad de aplazamientos o fraccionamientos de los créditos contra la masa en las situaciones de concurso**.

Con relación a esta cuestión, la Instrucción 6/2013, Cuarta, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos en caso de concurso de acreedores, resuelve las dudas que se suscitan cuando cesan los efectos del concurso como consecuencia de la aprobación de un convenio de acreedores. Distingue la Instrucción entre deudas devengadas entre la fecha de declaración del concurso y la fecha de eficacia del convenio (coincidente con carácter general, con la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza, ex artículo 133.1 de la LC), las cuales serán en todo caso inaplazables por razón de lo dispuesto en el artículo 65.2 de la LGT. En consecuencia las solicitudes que se formulen serán objeto de inadmisión.

Por su parte, las deudas posteriores a la fecha de eficacia del convenio, se consideran créditos nacidos tras el cese de los efectos del concurso, por lo que su tratamiento será el propio de cualquier otra deuda tributaria y serán aplazables de acuerdo con las normas generales. No obstante, si se abriera la fase de liquidación

por incumplimiento del convenio de acreedores, y dado que con ello se desplegarán de nuevo todos los efectos del concurso, tales deudas serán objeto de recalificación, pasando a ser consideradas crédito contra la masa.

Por lo que respecta a las solicitudes de aplazamiento de deudas que tengan la naturaleza de crédito concursal, si aquéllas se hubieran formulado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso se resolverá su archivo por pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, y si se produjeran con posterioridad serán directamente inadmitidas por carecer manifiestamente de fundamento, dado que estas deudas quedan plenamente sujetas al proceso concursal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARGENTE ÁLVAREZ, Javier, BERTRÁN GIRÓN, Fernando y MELLADO BENAVENTE, Francisco Manuel: *Fiscalidad y recaudación en el concurso de acreedores*, CISS-Grupo Wolters Kluwer, 2012.

CARBAJO VASCO, Domingo: *Algunas cuestiones tributarias en los concursos de acreedores*. Instituto de Estudios Fiscales. Documentos. Doc. núm. 4/2015.

— *La responsabilidad tributaria del administrador concursal*, Instituto de Estudios Fiscales. Documentos. Doc. núm. 7/2014.

CARRERAS MANERO, Olga: «El derecho de prelación general de la Hacienda Pública para el cobro de los créditos tributarios frente al resto de acreedores concurrentes y sus efectos en el procedimiento concursal», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 346, octubre 2011.

DE MIGUEL CANUTO, Enrique: «Los créditos considerados incobrables a efectos de IVA», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 384, marzo 2015.

MARTÍN MARTÍN, Fernando: «Las distorsiones del IVA motivadas por la normativa concursal: medidas correctoras introducidas por la Ley 7/2012», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF número 364, julio 2013.

RAMOS SÁNCHEZ, Sofía y MÍNGUEZ CONDE, José Luis: «La empresa en liquidación: aspectos contables», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 377-378, agosto-septiembre 2014.

RELEA SARABIA, Antonio: *Problemas no resueltos en el tratamiento de las facturas rectificativas del IVA en el concurso de acreedores*, Ponencia Congreso Tributario AEDAF-CGPI, 2012.

RUIZ HIDALGO, Carmen: «La modificación de la base imponible del IVA por la declaración de concurso del deudor del sujeto pasivo: ¿Resultan compatibles los procedimientos del art. 80.Tres y 80.Cuatro del IVA con la modificación introducida por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre?», *Revista Técnica Tributaria AEDAF*.

— Memento Práctico Impuesto Sobre Sociedades, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio, Francis Lefebvre, junio 2016.

*(Trabajo recibido el 23/09/2016
y aceptado para su publicación el 31/10/2016)*

PRINCIPALES SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA CONCURSAL

LUCÍA CAGIGAS COUREL

Notaria de Meira

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA

Notaria de Barrax

- 1) **Resolución DGRN de 20 de enero de 2014**, *en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de El Campello, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de obligaciones futuras.*

En esta Resolución se abordan dos cuestiones:

En primer lugar, y como condición previa a la calificación y no defecto calificable, el Centro Directivo confirma la negativa del registrador a admitir un impreso de autoliquidación, acompañado de solicitud de aplazamiento, que consta presentado en una Comunidad Autónoma distinta del lugar en que se sitúa el inmueble y, por ende, procedente de una Administración Tributaria incompetente para recibir el pago. El artículo 33.2 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, establece claramente el punto de conexión aplicable, fijado en el territorio del Registro en que debe procederse a la inscripción como base para la imputación de los rendimientos derivados del gravamen.

Ello implica que, ante la falta de acreditación de la liquidación del impuesto, el registrador puede practicar el asiento de presentación y suspender la calificación, de forma que una vez acreditado aquel requisito proceda a calificar el documento. En el presente caso, el registrador opta por calificar unitariamente el título presentado. Por tanto, la cuestión de fondo es la posibilidad de inscribir una escritura de constitución de hipoteca que es calificada por el notario como de garantía de obligaciones futuras y en la que se dan las siguientes circunstancias:

- a) Se constituye a favor de los créditos contra la masa concursal —activa— de una sociedad en concurso por quien es su administrador y socio, sobre bienes de su propiedad privativa; y
- b) Se indica que los concretos acreedores y créditos garantizados serán determinados en documento judicial una vez que se produzca el supuesto eventual de la liquidación de la sociedad y sólo en garantía de aquellos créditos que se encuentren pendientes de pago en dicho momento, en el cual se procederá a la identificación de los titulares del crédito, de los créditos mismos y de su eventual prelación de pago.

La Dirección General, ante la indeterminación de importantes elementos de la hipoteca; indeterminación inicial de los titulares; sobre el cumplimiento de los requisitos de las hipotecas unilaterales y en relación a la indeterminación también inicial de las obligaciones garantizadas, desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

2) Sentencia del Tribunal Supremo 3143/2014, de 2 de junio

La cuestión objeto del recurso consiste en determinar si los recargos correspondientes a deudas por cuotas de Seguridad Social posteriores a la declaración de concurso deben tener o no la consideración de crédito contra la masa.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acuerda estimar el recurso basándose en el artículo 81.2.5.º de la LC, que atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la Seguridad Social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados.

Mientras que los créditos concursales no son exigibles tras la declaración del concurso hasta que no se alcance la solución al mismo, los créditos contra la masa deben ser pagados a su vencimiento, según establece actualmente el artículo 84.3 de la LC. Si bien el citado precepto faculta a la administración concursal a alterar la regla del vencimiento cuando lo considere conveniente en interés del concurso, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre las que se encuentran los créditos de la Seguridad Social. El impago de las cuotas de la Seguridad Social devenga el correspondiente recargo si no son satisfechas a su vencimiento. Aunque el artículo 55.1 de la LC excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo,

conforme establece el artículo 25 de la LGSS. Recargo que tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito que ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal.

- 3) **Resolución DGRN de 1 de julio de 2014**, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad interino de Valencia n.º 15, por la que se deniega una anotación preventiva de demanda ordenada por mandamiento de secretario judicial en procedimiento de medidas cautelares contra sociedad mercantil en concurso de acreedores.

Se plantea la cuestión de si puede tomarse anotación preventiva de una demanda por la que se ejercita acción de resolución de contrato de compraventa, ordenada por Juzgado ordinario, sobre una finca perteneciente a una sociedad declarada en concurso; o si, como considera el registrador, el mandamiento ordenando se tome anotación de demanda ha de expedirlo el juez de lo Mercantil que entiende del concurso en el que está incurso la demandada.

Tras la reforma de la LEC, aunque se mantiene como norma general el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, se exceptúan de esa disponibilidad las reglas atributivas de competencia territorial a las que la ley atribuya expresamente carácter imperativo, siendo la falta de competencia territorial apreciable de oficio por el juez. En este caso, como consecuencia de la situación concursal, en materia de competencia judicial procede la aplicación de la regla especial recogida en el artículo 8 de la Ley Concursal, que viene a establecer en su apartado cuarto, en materia de medidas cautelares, que «*la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias... (4.º) Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º*».

Es por ello que la Dirección General desestima el recurso, pues corresponde al juez del concurso la competencia para ordenar que se practique una anotación preventiva de demanda, anotación que, evidentemente, afecta al patrimonio del titular registral concursado y debe adoptarse por el órgano judicial competente.

- 4) **Resolución DGRN de 24 de julio de 2014** en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de revocación de poderes.

Se debate la cuestión de si para la cancelación de una inscripción de poder en el Registro Mercantil es precisa la intervención de la administración concursal de la sociedad poderdante habida cuenta de su situación de concurso.

La Ley Concursal sujeta el conjunto de las relaciones patrimoniales del deudor concursado a una serie de limitaciones que tienen por finalidad la salvaguarda de la masa activa y la satisfacción ordenada de la masa pasiva. Por lo que se refiere a la masa activa, la limitación consiste en la intervención de sus facultades patrimoniales por parte de los administradores concursales (cfr. artículo 40.1 Ley Concursal).

Dentro del conjunto de relaciones de naturaleza patrimonial que se integran en el patrimonio del deudor se incluyen las relaciones de representación, de modo que la restricción derivada de la intervención o suspensión se predica de los órganos titulares del poder de representación cuando, como en el supuesto de este expediente, el concursado sea persona jurídica (cfr. artículo 48.1 Ley Concursal). Tales restricciones se extienden a los representantes voluntarios y de ahí que los apoderados del deudor y, en lo que ahora nos afecta, de la persona jurídica concursada se vean sujetos a la misma intervención o suspensión que los administradores o liquidadores de la sociedad (cfr. artículo 48.3 Ley Concursal).

Alega el recurrente que la relación de poder está basada esencialmente en la confianza y que de ahí resulta que su revocación no es una acción sujeta a las restricciones del concurso.

El Centro Directivo desestima el recurso y confirma la calificación del registrador al señalar que, si bien la relación de representación está basada esencialmente en la confianza que el principal deposita en la persona del apoderado y de ahí que en condiciones normales se entienda que su mera voluntad extingue la relación, en el caso que nos ocupa y como ha quedado acreditado, la relación de poder queda afectada por la situación de concurso del principal, concurriendo además un interés, el de la masa pasiva, que si bien en condiciones normales no existe en la situación de concurso, determina el régimen jurídico especial regulado por la Ley Concursal.

En esta situación, la eventual responsabilidad del apoderado, cualquiera que sea la relación subyacente (artículo 1.718 del CC y 253 del CCom), excluye que pueda revocarse el poder sin la intervención de la administración concursal, por lo que, al igual que el resto de los actos sujetos a intervención: *«no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme»*, de acuerdo a la disposición del artículo 40.7 *in fine* de la Ley Concursal.

5) Resolución DGRN de 25 de julio de 2014 *en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Arévalo, por la que se suspende la anotación de embargo como consecuencia de las obligaciones urbanísticas previstas en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ordenada por mandamiento de secretario judicial.*

Se decreta embargo contra determinada finca de una sociedad en concurso de acreedores.

Considera el registrador en su nota de calificación que el embargo debe ser acordado por el juez del concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.4 de la Ley Concursal y debe someterse el ejercicio de esa acción de ejecución de garantía real a la jurisdicción de dicho juez.

Los recurrentes alegan básicamente que del Registro no consta que la finca objeto de embargo esté afecta a la actividad profesional o empresarial de la concursada, luego debe entenderse lo contrario.

El Centro Directivo confirma la nota de calificación del registrador, pues es doctrina reiterada del mismo que debe partirse de la base de la competencia del juez de lo Mercantil, encargado del concurso, para conocer de todas las incidencias de la ejecución de los bienes en caso de concurso del deudor; es por ello que no cabe la anotación preventiva pretendida sin un especial pronunciamiento del juez de lo Mercantil encargado del concurso que lo autorice por entender que la finca embargada no es necesaria para la continuidad profesional o empresarial de sociedad en concurso contra la que se dirige el embargo.

6) Resolución DGRN de 5 de septiembre de 2014 *en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Las Rozas de Madrid n.º 2, por la que se deniega la cancelación de determinadas cargas registrales, ordenada en un proceso concursal.*

Se debate la inscripción de un auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil por el que se aprueba el plan de liquidación en un proceso concursal, en el que se acuerda «la cancelación de todas las cargas, gravámenes, trabas y garantías personales y reales, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, que puedan afectar a los derechos, numerario, bienes muebles e inmuebles sujetos a la presente liquidación, especialmente las cargas reales que pesan sobre los bienes inmuebles y ya reconocidos como créditos privilegiados». A dicho auto se acompaña otro por el que se concede autorización a los concursados para enajenar el único bien inmueble que forma parte del inventario a favor de persona determinada y con especificación de precio.

La primera cuestión se centra en determinar si, aprobado el plan de liquidación en el que se acuerda la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo, se precisa o no determinar en el mandamiento que se ha dado audiencia a los titulares de las anotaciones de embargo que se pretenden cancelar.

La Dirección General confirma el primer defecto recurrido tomando como fundamento el apartado 3 del artículo 55 de la Ley Concursal, que dispone que *«cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado»*.

Abierta la fase de liquidación, en el supuesto de haberse aprobado el plan de liquidación, estos requisitos del artículo 55.3 deberán ser adaptados a la nueva situación concursal, puesto que la petición de la administración concursal estará justificada por la aprobación del plan de liquidación en el que se acuerde la cancelación de los embargos y sin que sea ya exigible como requisito habilitante la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Respecto a la exigencia de la audiencia previa de los acreedores afectados, deberá entenderse sustituida por la notificación, común en los procesos de ejecución, respecto de titulares de derechos y cargas que han de cancelarse, de conformidad con el principio de tracto sucesivo registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el de salvaguardia judicial de los asientos registrales del artículo 1, párrafo tercero, de la misma Ley.

De no aprobarse el plan de liquidación o, en su caso, si nada se hubiera previsto, la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo se verificaría con sujeción a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Ley Concursal.

Por lo que se refiere la segunda cuestión, se pretende la cancelación de sendas hipotecas constituidas a favor de dos entidades bancarias, en cumplimiento del auto por el que se aprueba el plan de liquidación. Pero esta cancelación de las hipotecas se pretende que se verifique con anterioridad a la enajenación del bien hipotecado, entendiendo el registrador que la cancelación de la hipoteca sólo está prevista en los supuestos en los que se proceda a la enajenación del bien del concursado, no antes que ésta, y con las prevenciones que indican los artículos 149.3 y el artículo 155.4 de la Ley Concursal.

La Dirección General también confirma este segundo defecto, exigiendo el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 155 de la Ley concursal, como consecuencia de la enajenación del bien hipotecado.

7) Resolución DGRN de 13 de octubre de 2014, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Pozuelo de Alarcón n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por sociedad de responsabilidad limitada en concurso de acreedores.

Se presenta a inscripción escritura por la que una compañía mercantil en situación legal de concurso de acreedores, hallándose declarada y finalizada la fase común del concurso y aprobado el plan de liquidación presentado, por medio de su administradora concursal vende de forma directa una vivienda y una plaza de garaje, quedando protocolizado testimonio de auto por el que se ordena la cancelación de cualesquiera anotaciones de embargo, cargas o gravámenes existentes respecto del inmueble.

El registrador suspende la inscripción de la venta porque, a pesar de que el notario sí hace constar que en el auto por el que se autoriza la venta se cita textualmente que «acuerdo acceder a la petición de la Administración Concursal... y se aprueba la postura presentada por don..., quien ofrece la cantidad de 250.000 €, en cuanto a los bienes que se reseñan en el escrito», en ninguno de los autos protocolizados se dice nada respecto del precio de venta directa ni del nombre del comprador, siendo necesario aportar la resolución judicial que así lo declare o, en su defecto, el plan de liquidación aprobado judicialmente con objeto de comprobar si se determinó o no un precio mínimo de venta que se acomode al fijado en la escritura, si se determinó o no un plazo máximo de recepción de ofertas, etc., que excluyan la celebración de la subasta.

Asimismo, se suspende la cancelación de las dos hipotecas inscritas sobre la vivienda objeto de venta por no constar con claridad en el auto incorporado cuáles son los derechos cuya cancelación se ordena, debiendo hacerse constar expresamente en la resolución judicial que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios del plan de liquidación, las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial y que el plan de liquidación —no el auto— es firme.

En cuanto al primer defecto señalado por el registrador, ha de tenerse en cuenta que de una simple lectura de la escritura, de la cita del notario y del testimonio del auto de autorización protocolizado queda patente que se ha omitido en dicha protocolización la hoja del auto en la que se contiene la parte dispositiva de la resolución y que eventualmente ha de coincidir con lo citado textualmente por el notario. Formalmente, en la medida en que el notario refiere a que deduce fotocopia del auto que deja unida a la escritura y resulta que dicha fotocopia es incompleta, puede considerarse que existe incongruencia entre lo relacionado por el notario y el auto incorporado, si bien la misma será fácilmente subsanable a través de la correspondiente diligencia notarial o mediante la aportación del testimonio del auto completo.

Por lo que se refiere a la cancelación de sendas hipotecas constituidas a favor de dos entidades bancarias, en cumplimiento de un auto dictado al efecto con carácter genérico para todo tipo de cargas, la Dirección General confirma la nota de calificación del registrador pues si tenemos en cuenta las especiales consecuencias que tiene la aprobación del plan de liquidación en relación con el pago de los créditos que gozan de privilegio especial, conforme a los artículos 148 y 155 de la Ley Concursal, y considerando el ámbito de calificación del registrador conforme al artículo 132 de la Ley Hipotecaria a la hora de cancelar la hipoteca —aplicable también en el ámbito de la liquidación concursal— debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios del plan de liquidación, las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial y que el plan de liquidación —no sólo el auto ordenando la cancelación— es firme.

8) Resolución DGRN de 15 de octubre de 2014 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Corcubión, por la que se suspende la inscripción de un decreto de adjudicación en un procedimiento de ejecución directa hipotecaria.

Se debate en este recurso la inscripción de un decreto de adjudicación en un procedimiento de ejecución directa de hipoteca, que se entabla exclusivamente contra los hipotecantes no deudores, siendo así que el deudor se encuentra en situación legal de concurso, lo que se acredita mediante certificación del Registro Mercantil. Se interpone recurso alegándose que la sociedad deudora estaba declarada en concurso, lo que imposibilita dirigir contra ella la ejecución.

El Centro Directivo estima el recurso y revoca la nota de calificación del registrador, pues ante la falta de demanda contra el deudor y de requerimiento de pago al mismo, el Juzgado ha seguido el procedimiento y ninguno de los intervinientes ha alegado nada contra dicha omisión, es decir, tanto el acreedor ejecutante como el hipotecante no deudor no han hecho ninguna alegación, dando lugar a que la ejecución quede firme. Y además, una vez puesta la primera nota por el registrador en la que señalaba la falta de demanda y de requerimiento de pago al deudor, se ha aportado certificación del Registro Mercantil acreditando la situación de concurso, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 568.3 de la LEC, que, en caso de declaración de concurso del deudor, no cabe seguir la ejecución contra el mismo, ello no impide que se siga la ejecución contra el hipotecante no deudor, como aquí ocurre, que garantiza con la finca de su propiedad la ejecución hipotecaria, teniendo en cuenta que no cabe aplicar el beneficio de excusión en el ámbito hipotecario, ni siquiera en el ámbito de la fianza personal cuando el deudor ha sido declarado en concurso.

9) Resolución DGRN de 24 de octubre de 2014 en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Valladolid n.º 5, por la que se deniega la expedición de una certificación de dominio y cargas ordenada en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Se debate la expedición de una certificación de titularidad y cargas dentro de un proceso de ejecución hipotecaria, certificación que debe expedirse de conformidad con el artículo 688, en relación con el apartado 1 del artículo 656, ambos de la LEC, siendo así que la deudora e hipotecante se encuentra en situación legal de concurso, pero habiéndose aprobado el convenio en virtud de sentencia.

El defecto alegado por la registradora es la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para iniciar procesos de ejecución hipotecaria, una vez declarada la situación de concurso, siendo atribuida dicha competencia al Juzgado de lo Mercantil, conocedor del expediente concursal.

El recurrente funda su recurso en la falta de legitimación de la registradora para calificar cuestiones de competencia y, en la circunstancia de que, estando aprobado el convenio, cesan los efectos del concurso y la competencia exclusiva del Juzgado de lo Mercantil.

Respecto a la primera cuestión, la Dirección General confirma la legitimación de la registradora, pues tras la reforma de la LEC, aunque se mantiene como norma general el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, se exceptúan de esa disponibilidad las reglas atributivas de competencia territorial a las que la Ley atribuya expresamente carácter imperativo, siendo la falta de competencia territorial apreciable de oficio por el juez. Al ser norma imperativa, apreciable de oficio, sin que quepa alteración por sumisión expresa o tácita, debe considerarse susceptible también de calificación por parte del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Respecto a la segunda cuestión, la Dirección General confirma la nota de calificación, pues de la interpretación conjunta de los artículos 56 y 57 de la misma Ley Concursal debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el artículo 56 se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial. En cuanto a éstos, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 57 de la Ley Concursal, el inicio o reanudación de las acciones paralizadas por aprobación de convenio se ha de someter a la jurisdicción del juez del concurso en tanto no conste la conclusión de dicho concurso por alguna de las causas establecidas en el artículo 176 de la Ley Concursal. Y en este sentido no se prevé la conclusión del concurso por aprobación del convenio, sino por auto firme que

declare el cumplimiento del mismo (artículo 176.2 LC). Consecuentemente será preciso que por el juez de lo Mercantil que conozca del concurso se manifieste si son bienes necesarios o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

10) Sentencia del Tribunal Supremo 5408/2014, de 12 de diciembre.

En la presente sentencia el Tribunal Supremo niega la posibilidad de ejecuciones administrativas separadas e independientes del concurso de acreedores, sin necesidad de intervención del juez del concurso y sin sometimiento al plan de liquidación aprobado judicialmente, interpretando el artículo 84.4 LC, no literalmente, pues ello podría suponer un choque frontal con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales, sino de forma sistemática con el resto de los preceptos de la Ley Concursal.

Parte la sentencia de la previsión general contenida en el artículo 8.3.º LC, que atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de *«toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado»*. Esta norma se corresponde con la regla general, contenida en el artículo 55.1 LC, según la cual: *«declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor»*. Con ello se pretende preservar la integridad del patrimonio frente a ejecuciones separadas que, *de facto*, distorsionen la aplicación efectiva del principio de la *par condicio creditorum*.

Sobre la base de estos argumentos resulta muy relevante advertir cuál es la previsión normativa contenida en el artículo 57.3 LC: *«abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada»*. Esta norma responde a la lógica de que si el concurso de acreedores entra en la fase de liquidación, haya una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado, para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro, previstas para acreedores tanto concursales como contra la masa —las únicas excepciones serán las ejecuciones administrativas o laborales que sobre bienes embargados antes de la declaración de concurso no se hayan visto afectadas por la paralización prevista en el artículo 55 LC, y las ejecuciones de garantías y las acciones de recuperación asimiladas que se hubieran iniciado antes del concurso o antes de la liquidación.

Por tanto, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS.

11) Resolución DGRN de 24 de abril de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Bilbao n.º 10, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se plantea en este expediente si procede anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, habida cuenta que la sociedad titular de la finca tiene anotado en dicho Registro la declaración de concurso, así como la apertura de la fase de liquidación, y tanto la providencia de apremio como la diligencia de embargo son posteriores a la fecha del auto por el que se declaró el concurso.

La Dirección General confirma la nota de calificación del registrador y reitera su doctrina partiendo del artículo 84.4, que establece que *«las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos»*.

Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento».

Como ha expresado el Tribunal Supremo en varias sentencias, el apartado núm. 4 del artículo 84, reproducido, contiene dos normas unidas por una conjunción adversativa, lo que ha generado dudas en la interpretación de este precepto. Según una posible interpretación —literal— del precepto, cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse una vez transcurrida la paralización temporal que supone la espera o la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Sin embargo, como reconoce el propio Tribunal Supremo, esta interpretación literal choca frontalmente con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales. Y es que una interpretación sistemática de los

artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal conduce a afirmar que la consideración de un determinado crédito como crédito contra la masa, al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto, sino que deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la «vis atractiva» que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso.

12) Sentencia del Tribunal Supremo 390/2016, de 8 de junio (*ponente: Señor Vela Torres*), dictada en el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2013 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén.

Se trata de una sentencia que ha aparecido en numerosos periódicos y suscitado la oposición de los administradores concursales y que establece que los honorarios de la administración concursal sólo son créditos contra la masa imprescindibles cuando respondan a actuaciones estrictamente necesarias para gestionar la liquidación y el pago.

La Tesorería General de la Seguridad Social interpone demanda de incidente concursal en la que impugna la propuesta de modificación del plan de pagos de liquidación, al entender que el crédito por honorarios de la administración concursal debe situarse en el quinto núm. del art. 176 bis. 2 LC, dentro de la categoría de «los demás créditos contra la masa», y no en el concepto de «los créditos por costas y gastos judiciales del concurso».

La Audiencia Provincial consideró que había que distinguir dos momentos a la hora de calificar los créditos de la administración concursal:

- a) Por un lado, declaró imprescindibles los honorarios devengados desde que se comunica la insuficiencia de la masa, dado que el procedimiento no puede continuar sin su intervención.
- b) En cuanto al resto de sus honorarios, los calificó como gastos judiciales y costas, al entender que no deben postergarse como si fueran de peor condición que la de los demás profesionales cuyas minutas se incluyen dentro de tal concepto.

El Tribunal Supremo entiende lo siguiente:

- i) En cuanto a los honorarios devengados, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de la masa activa: *«son créditos contra la masa imprescindibles (...) únicamente cuando respondan a actuaciones estrictamente necesarias para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago».*

El TS reconoce que la administración concursal está conceptuada como uno de los órganos imprescindibles del concurso, *«sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución»*, no obstante, el artículo 176 bis. 2 LC *«no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa.*

La determinación de tal carácter de honorarios imprescindibles, así como su importe, se hará a propuesta de la administración concursal y por resolución del juez del concurso, previa audiencia de los demás acreedores contra la masa».

- ii) *«El resto de honorarios de la administración concursal se incardinan en el concepto “los demás créditos contra la masa” del apartado 5.º del artículo 176 bis. 2 LC».*)

13) Resolución DGRN de 25 de mayo de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Bilbao n.º 10, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se presenta en el Registro de la propiedad mandamiento de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social y el titular de la finca embargada se encuentra en concurso, según resulta de anotación practicada en el Registro mercantil. La providencia de apremio y la diligencia de embargo son posteriores a la fecha del auto que declaró el concurso.

El Centro Directivo entiende que no cabe practicar la anotación solicitada: *«El artículo 84.4 LC establece que “las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos (...)”».*

Una interpretación sistemática de los artículos 8, 9, 84 y 154 LC conduce a afirmar que la consideración de un determinado crédito como crédito contra la masa, al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde al interesado ni al registrador, sino al juez del concurso.

14) Resolución DGRN de 2 de junio de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Armilla, por la que se suspende la anotación de un embargo cuando el deudor se encuentra en situación de concurso de acreedores.

Estando el deudor concursado, se pretende obtener una anotación de embargo por la AEAT, habiéndose dictado la diligencia de embargo con anterioridad a la declaración de concurso.

La Dirección General parte de dos artículos: el art. 55.1 LC, que dispone que «Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo (...) con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor», y el art. 56.5 LC que señala que «corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». En consecuencia, al no constar que el juez del concurso haya determinado el carácter necesario o no del bien objeto del embargo, no puede anotarse el mismo en el Registro de la Propiedad.

15) Resolución DGRN de 8 de junio de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Inca n.º 1, por la que se suspende la anotación de un embargo de bienes de una sociedad concursada.

Se presenta providencia de apremio y mandamiento de anotación de embargo de bienes de una sociedad concursada y sometida a convenio aprobado judicialmente. Las deudas son de naturaleza tributaria: algunas anteriores a la declaración del concurso y a la aprobación del convenio y posteriores.

A juicio de la Dirección General, procede la anotación de los embargos ya que:

- En primer lugar, los créditos anteriores a la declaración del concurso (créditos concursales, según el TS) forman parte de la masa pasiva del con-

curso, aunque su carácter privilegiado matiza los efectos del convenio sobre los mismos. Si tales créditos no resultan afectados por la quita y espera establecida en el convenio (art. 140 LC), su ejecución separada puede sin duda realizarse a través del procedimiento de apremio que les resulte aplicable, que en este caso es el de carácter administrativo.

- En segundo lugar, los créditos surgidos después de la declaración del concurso (créditos contra la masa) no forman parte de la masa pasiva del concurso, se someten a las consecuencias normales del tráfico y se excluyen del convenio, por lo que su ejecución independiente parece posible mientras no se produzca la apertura de la fase de liquidación y sin perjuicio de su calificación de créditos contra la masa (art. 84 LC).

Como señala el punto sexto de la resolución que nos ocupa: *«el concursado, una vez aprobado el convenio con sus acreedores, queda rehabilitado en todas sus facultades, y sólo queda sometido a las previsiones de quita o espera previstas en el acuerdo alcanzado con aquéllos o a las especiales limitaciones fijadas en el convenio, por lo que una vez cumplidas dichas disposiciones, o al margen de las mismas en los casos como el previsto (al tratarse de crédito privilegiado que no ha respaldado el convenio), su actuación es libre y por ello también lo es la de los acreedores para poder iniciar o continuar sus pretensiones, siempre que ello no suponga una vulneración del convenio (...). De esta manera, las actuaciones o ejecuciones llevadas a cabo, bien cumpliendo las estipulaciones del convenio, bien cuando se amparen en la exclusión del mismo a dicha actuación (como ocurre en el caso de los créditos privilegiados no adheridos al convenio) o cuando se encuentren justificadas por créditos contra la masa nacidos después de la declaración del concurso, son perfectamente válidas y no requieren de la intervención del juez de lo mercantil, pudiendo llevarse a cabo por vía de apremio ordinario o administrativo dentro de los parámetros normales de competencia judicial o administrativa del órgano ejecutivo que en cada caso corresponda»*. Es decir, aprobado el convenio, y siempre que éste no resulte perjudicado, resulta de aplicación plena la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC.

- 16) Resolución de 2 de julio de 2015 (en el mismo sentido, DGRN de 22 de septiembre de 2015) en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Móstoles n.º 3, por la que se suspende la cancelación de una anotación de embargo practicada antes de la declaración de concurso.**

Abierta la fase de liquidación concursal, el juez mercantil ordena cancelar una anotación de embargo existente sobre un bien del concursado, sin intervención del acreedor anotante, con el fin de vender el bien.

A juicio de la DGRN:

- i) Durante la fase de negociación, según el art. 55.3 LC: *«el juez, a petición del administrador concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado».*
- ii) Abierta la fase de liquidación, estos requisitos del artículo 55.3 deberán ser adaptados a la nueva situación concursal, *«puesto que la petición de la administración concursal estará justificada por la aprobación del plan de liquidación en el que se acuerde la cancelación de los embargos, y sin que sea ya exigible como requisito habilitante la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Respecto a la exigencia de la audiencia previa de los acreedores afectados deberá entenderse sustituida por la notificación, común en los procesos de ejecución, respecto de titulares de derechos y cargas que han de cancelarse, de conformidad con el principio de tracto sucesivo registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el de salvaguardia judicial de los asientos registrales del artículo 1, párrafo tercero, de la misma Ley».* Por tanto, para la cancelación de la anotación es precisa la notificación al acreedor anotante, lo que no se acredita en el caso concreto.

17) Resolución DGRN de 6 de julio de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles IV de Alicante, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad, correspondiente al ejercicio de 2013.

Se solicita el depósito de cuentas de una sociedad concursada ya disuelta y en fase de liquidación, suspendiendo la registradora el depósito, ya que *«la expedición de la certificación comprensiva de las cuentas le corresponde al administrador concursal»*, conforme al art. 48.3 LC.

La sociedad recurre por medio de sus administradores alegando que, si bien en el momento de la solicitud de inscripción la sociedad se encontraba en la fase de liquidación, ni en la fecha de formulación de las cuentas, ni en la de expedición de la certificación, el órgano de administración se hallaba suspendido ni intervenido.

La registradora, ante el recurso, pide la ratificación por parte de la administración concursal, que no se produce, dudando por ello la registradora de la legitimación del recurrente.

En cuanto a la legitimación del recurrente, la misma es reconocida por la DGRN, ya que el artículo 325 LH se la concede a «*quien tenga interés conocido en asegurar los efectos*» de la inscripción, en este caso, del depósito, y es evidente que los administradores cesados lo tienen.

En cuanto a la cuestión de fondo planteada, la DGRN realiza dos apreciaciones:

- a) La certificación expedida y presentada cumple con lo dispuesto en el artículo 109.2 del RRM, pues los que expedían la certificación tenían su cargo inscrito y vigente en el momento de la expedición.
- b) La cuestión radica en si es o no necesario que se acredite el «*consentimiento, conocimiento o intervención de las cuentas presentadas a depósito por la administración concursal, toda vez que a la fecha de su presentación consta en el Registro el cese de los anteriores administradores sociales, que han sido sustituidos por una administradora concursal cuyo nombramiento y vigencia resulta del Registro mismo*». La DGRN señala que sí es necesario, a los efectos del depósito de cuentas, el «*consentimiento, intervención o supervisión de la administración concursal*».

18) Resolución DGRN de 8 de julio de 2015 (en idéntico sentido, DGRN de 6 de julio de 2015) en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Salamanca n.º 1, por la que se suspende la cancelación de determinadas cargas registrales, ordenada en un proceso concursal.

En el plan de liquidación de los bienes del concursado (aprobado judicialmente) se propone, para aquellos bienes que no tienen constituida garantía real a favor de acreedores del concurso, la venta directa con la previa cancelación de todas las cargas y anotaciones que los graven, incluso las acordadas en procedimiento administrativo. El secretario judicial dicta decreto por el que se libra mandamiento para el Registro de la propiedad disponiendo la cancelación de cargas, incluidas las hipotecas, con carácter previo a la venta de los inmuebles.

A juicio de la DGRN:

- 1) Aunque el plan de liquidación tenga efectos inmediatos desde su aprobación, para que el auto aprobatorio pueda causar un asiento registral definitivo (inscripción, cancelación) ha de ser firme. La DGRN se basa en dos argumentos: el primero, que el juez puede acordar la suspensión del plan de liquidación; el segundo, que el art. 3 LH se refiere al título judicial

inscribible hablando de «ejecutoria», y no hay ejecutoria si no hay firmeza en los términos del art. 207 LEC.

- 2) No cabe la cancelación de las hipotecas con carácter previo a la venta de los bienes de la masa: no es lo mismo, dice la DGRN, que se trate de cancelar anticipadamente un embargo, que no hay inconveniente en admitirlo, a que se trate de cancelar anticipadamente una hipoteca, cuya operatividad exige necesariamente su permanencia en garantía del crédito específicamente garantizado por ella, de modo que, si no se ha pagado la deuda, dicha hipoteca pueda ser ejecutada.

Así, en el caso discutido puede aprobarse la venta directa de un bien hipotecado, pero el precio obtenido quedará afecto al pago del crédito garantizado, pues, como resulta del art. 155.1 LC, también en el concurso de acreedores el pago de los créditos con privilegio especial se tiene que hacer con cargo a los bienes y derechos afectos. Por tanto, no cabe la cancelación previa solicitada, pues tal medida referida a una hipoteca no viene prevista legalmente, salvo el caso excepcional contemplado en el art. 97.2 LC (STS de 23 de julio de 2013).

- 3) Para la cancelación solicitada es necesario que a los acreedores hipotecarios se les haya notificado el plan de liquidación en lo que afecta a su crédito, con expresión de las medidas que se hubieran adoptado o se proyecten adoptar para la satisfacción de sus créditos, no bastando un conocimiento potencial de dicho plan.

19) Resolución DGRN de 16 de julio de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Madrid n.º 10, por la que se resuelve no practicar las operaciones registrales interesadas en un decreto de adjudicación y un mandamiento de cancelación de cargas.

Se pretende inscribir la adjudicación de fincas en favor de los ejecutantes que tenían practicada anotación preventiva de embargo a su favor en procedimiento de juicio cambiario, cuando el auto de declaración de concurso se dictó el día 13 de mayo —objeto de anotación en el Registro de la Propiedad el día 17 de junio— y el decreto de aprobación del remate es de 14 de mayo.

A juicio de la DGRN, no puede practicarse la inscripción. La regla general (arts. 55.1 y 24.4 LC) es la prohibición de iniciar ejecuciones singulares. Como excepción (art. 55.1, segundo inciso) existen dos tipos de embargos cuya ejecución sí puede iniciarse o continuarse siempre y cuando hubieran sido trabados antes de la declaración de concurso: los embargos laborales —si se hubiera decre-

tado el embargo con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso— y los embargos administrativos, si se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso, pero en todo caso es necesario que los bienes embargados no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y sólo hasta la aprobación del plan de liquidación.

Este caso, sin embargo, no se halla comprendido en ninguna de las citadas excepciones, y sí por tanto en la regla general, dado que se trata de una adjudicación aprobada después de la declaración del concurso, que no está incluida en ninguno de los supuestos previstos en el citado art. 55 —que permitirían continuar las actuaciones— y que al tiempo de presentarse el auto de adjudicación consta anotada en el Registro la declaración del concurso.

20) Resolución DGRN de 2 de septiembre de 2015 en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid n.º 29 a la inscripción de una escritura de venta de un inmueble mediante subasta notarial.

En una liquidación concursal se procede a la subasta notarial de una finca sobre la que recae una hipoteca a favor de varias entidades de crédito, cada banco por su propio porcentaje. En el pliego de condiciones de la subasta se señala que el acreedor hipotecario podrá pujar con el importe del crédito con privilegio especial que ostenta sobre el inmueble, y si ninguna de las ofertas alcanza el tipo de licitación fijado, o no existieren ofertas por encima del 50% del referido tipo, el/los acreedores hipotecarios podrán pedir, en el mismo acto, la adjudicación del bien por el 50% del tipo de licitación. A la subasta únicamente concurren los Bancos, que hacen una oferta propia y conjunta por partes iguales, calificando el registrador negativamente por entender que no caben postores plurales (siendo éstos además los acreedores hipotecarios).

La DGRN opina que debe inscribirse la adjudicación, dado que la misma se ha realizado al licitador que ofreció mayor precio, en este caso los acreedores hipotecarios, y del pliego de condiciones no resulta prohibición alguna de las posturas presentadas por los acreedores hipotecarios, sin que tampoco exista limitación o prohibición de posturas presentadas conjuntamente por varias personas o entidades ni se diga que las pujas hayan de ser individuales (STS de 23 de julio de 2013 y arts. 149 y 155 LC).

21) Resolución DGRN de 29 de septiembre de 2015 (interesante contrastar con DGRN de 6 de octubre de 2015), en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Las Rozas de Madrid n.º 2 a

la inscripción de determinada transmisión de inmueble y cancelación de cargas registrales como consecuencia de un proceso concursal.

Se pretende la inscripción de una venta directa de una finca (en ejecución del plan de liquidación del concurso) sin escritura pública, con base únicamente en el auto dictado por el juez de lo mercantil.

Para la DGRN:

- 1) Es necesaria escritura pública para la inscripción de la venta. El título a efectos de la inscripción será —como título principal— la escritura pública en la que conste el negocio traslativo (art. 33 RH); complementada por el título formal que acredite la autorización judicial (art. 155 LC).
 - 2) Para la cancelación de las anotaciones de embargo sin privilegio especial debe acreditarse que se han notificado al acreedor los autos en los que se aprueba el plan de liquidación y se ordena la cancelación de todas las cargas y gravámenes, sin que sea suficiente indicar sólo genéricamente que se ha dado conocimiento a los acreedores personados en el procedimiento sin privilegio especial, pues no se identifican tales acreedores a los que se ha efectuado la notificación. De acuerdo con el art. 55 LC, esta notificación es uno de los trámites de obligada calificación por parte del registrador, pero una vez que en los documentos presentados se afirma por el juez que se ha notificado y se ha dado audiencia a tales acreedores, el registrador ha de pasar por ello.
 - 3) Para la cancelación de las hipotecas no es suficiente que conste que se ha notificado a los acreedores con tal privilegio especial el plan de liquidación y de la venta efectuada, sino que es necesario que se especifiquen las medidas tomadas para la satisfacción de su crédito (art. 115.4 LC). En el caso que nos ocupa, al constar en el auto que han sido cumplidos los requisitos exigidos en este sentido por la R. de 5 de septiembre de 2014 y que se ha dado audiencia a los acreedores privilegiados, debe entenderse que esa audiencia comporta también la notificación de las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial.
- 22) Resolución DGRN de 5 de octubre de 2015 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Navarra, por la que se resuelve no practicar la operación registral interesada en un decreto de adjudicación de un vehículo.**

Se pretende inscribir en el Registro de Bienes Muebles la adjudicación de un vehículo en favor del ejecutante, que tenía practicada anotación preventiva de embargo a su favor en procedimiento de ejecución de títulos judiciales de carácter laboral por auto de fecha anterior a la declaración del concurso del titular del bien, pero habiéndose aprobado el plan de liquidación en fecha anterior al decreto de adjudicación, por lo que el registrador suspende la inscripción conforme al artículo 55.1 LC.

A juicio de la DGRN, no procede la inscripción, ya que si bien el artículo 55.1 permite la continuación de las ejecuciones laborales o administrativas iniciadas antes de la declaración del concurso, la ejecución sólo podrá continuarse hasta la aprobación del plan de liquidación. Por tanto, si este plan de liquidación ya se ha aprobado en el momento de la ejecución, ésta no puede prosperar. Como señala GARCÍA VALDECASAS¹, se trata de un «*caso claro de aplicación del principio de prioridad en el Registro de la propiedad mobiliaria (...). En el supuesto de hecho el registrador tuvo en cuenta las anotaciones hechas en el Registro Mercantil, pero la obligación de los que instaron el concurso hubiera sido inscribir el concurso también en el Registro de Bienes Muebles*».

23) Resolución GRN de 6 de octubre de 2015 (interesante contrastar con RDGRN de 29 de septiembre de 2015), en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Madrid n.º 27, por la que se deniega la inscripción de un testimonio de auto de adjudicación y mandamiento.

Se pretende inscribir una venta directa de una finca conforme al plan de liquidación aprobado con base en el auto en el que se hace constar expresamente «que el presente auto constituye título y modo, a efectos de la transmisión de la propiedad y título inscribible en los registros públicos correspondientes». Considera la registradora que el auto es sólo la autorización de la transmisión y que no constituye en ningún caso título traslativo inscribible.

La DGRN parte del mismo criterio que en la resolución de 29 de septiembre más arriba comentada, que exige escritura pública. Sin embargo, estima la DGRN que este caso es distinto, ya que la juez no se limita a autorizar la enajenación, sino que el auto es el vehículo directo de la transmisión, de forma que pueda ser objeto de inscripción. El argumento es que, en este caso, tanto la administración concursal como el ofertante solicitaron que el auto tuviera validez en los términos más arriba expresados entre comillas, y la juez, después de valorar que inicialmente debe autorizar las transmisiones y no sustituir la voluntad de las partes, concluye que procede recoger la solicitud de las partes. Por ello, procede practicar

¹ GARCÍA VALDECASAS, José Ángel: comentario a resoluciones de la DGRN de octubre 2015, www.notariosregistradores.org.

la inscripción, ya que en primer lugar el testimonio de una resolución judicial (en este caso un auto) es título público a los efectos del art. 3 LH y, en segundo lugar, la calificación registral de documentos judiciales que no puede incidir sobre el fondo de la resolución (art. 100 RH).

24) Resolución DGRN de 19 de octubre de 2015 en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad accidental de Daimiel a practicar la cancelación de una anotación preventiva de embargo en favor del Estado, que grava una finca cuya titular ha sido declarada en concurso.

Se pretende cancelar una anotación preventiva de embargo administrativa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, en virtud de un mandamiento que incorpora testimonio del auto del juez de lo mercantil en el que se autoriza la venta directa, pero no aquél que ordena la cancelación de las cargas, inscripciones y anotaciones posteriores.

La DGRN establece lo siguiente:

1) El art. 55.3 LC no es obstáculo para la cancelación, ya que dicha limitación sólo es aplicable a las fases anteriores a la apertura de la liquidación. Una vez abierta dicha fase, es lógico que haya una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro y la única excepción será la prevista en el art. 57.3 en relación con las garantías reales, en los supuestos contemplados en dicho precepto.

2) En el caso concreto, no obstante, no puede practicarse la cancelación, ya que «no se inserta, conforme exige el art. 165 RH, la resolución judicial en la que se acuerda la cancelación de las cargas que afectan a la finca», y es que compete al juez ordenar la cancelación de las anotaciones (art. 149.5 LC) en el auto de aprobación de la transmisión del bien, lo que no queda suficientemente claro en el mandamiento expedido.

25) Resolución DGRN de 23 de octubre de 2015 en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Benidorm n.º 2 a practicar una anotación preventiva de concurso.

Se decreta judicialmente una anotación preventiva de concurso de acreedores de una persona física que en el Registro aparece como casada en régimen de gananciales, cuando en realidad no está casada, aunque esta circunstancia sólo se acredita a la registradora con posterioridad a su calificación.

A juicio de la DGRN, nadie duda que, aunque la LC no lo exija expresamente, para tal anotación sería preciso que constare la notificación al cónyuge del concursado casado en gananciales; la cuestión es si ha de notificarse cuando en realidad no se halla casado, pero en el Registro consta así. Según señala la DGRN, para rectificar el Registro no cabe el recurso gubernativo, sino los medios del 40 LH, y mientras no se rectifique subsistirá la presunción de exactitud del asiento que publica el carácter ganancial de la finca.

26) Resolución DGRN de 9 de febrero de 2016 en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Hellín a practicar la cancelación de una anotación preventiva de embargo respecto de determinada finca de titularidad de una sociedad declarada en concurso.

Se pretende cancelar una anotación preventiva de embargo practicada con anterioridad a la declaración de concurso de la sociedad titular. La cancelación se ordena en virtud de mandamiento de cancelación de cargas, expedido por el Juzgado de lo mercantil una vez autorizada la venta de la finca objeto de embargo. El acreedor titular de la anotación no se ha personado en los autos y no consta que se le haya dado audiencia o notificación.

La Dirección confirma la calificación y reitera el criterio mantenido en anteriores resoluciones ya comentadas: el art. 55.3 LC establece los requisitos para la cancelación de los embargos en el procedimiento concursal, pero en el supuesto de haberse aprobado el plan de liquidación, estos requisitos deberán ser adaptados a la nueva situación concursal: la audiencia previa de los acreedores deberá entenderse sustituida por la notificación de titulares de derechos y cargas que han de cancelarse (principio de tracto sucesivo del art. 20 LH y el de salvaguardia judicial de los asientos registrales del art. 1.3).

El art. 149.5 LC permite al juez del concurso ordenar cancelaciones en los siguientes términos: «*En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados (...) el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen*». Pero ello no implica que la cancelación se verifique sin tener en cuenta otros principios de la normativa aplicable, como el de tracto sucesivo e interdicción de la indefensión antes referidos, debiendo justificarse la intervención del titular registral afectado por dicha cancelación.

- 27) Resolución DGRN de 9 de febrero de 2016 en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Alicante a practicar la cancelación de determinadas anotaciones preventivas de embargo que gravan vehículos de titularidad de una sociedad declarada en concurso.**

Misma doctrina que la resolución anterior, pero referida al Registro de Bienes Muebles.

- 28) Resolución DGRN de 16 de marzo de 2016 en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Granada n.º 5 a practicar la cancelación de una inscripción de hipoteca respecto de determinada finca adjudicada a una sociedad como consecuencia de determinado procedimiento concursal.**

Se vende, en desarrollo del plan de liquidación, una finca sujeta a una hipoteca anterior al concurso. En los documentos presentados a la registradora para la inscripción y cancelación figura expresamente que el acreedor hipotecario, «*como titular de un crédito con privilegio especial sobre el inmueble, consiente igualmente en su venta, percibiendo íntegramente la cantidad de 400.000 € dando carta de pago*».

La registradora inscribe la venta a favor del adjudicatario, pero no cancela la hipoteca previa porque, al tratarse de un crédito con privilegio especial, es necesario el consentimiento del acreedor hipotecario o la correspondiente resolución judicial que expresamente ordene dicha cancelación. Alega que, conforme a la doctrina de la DGRN, el requisito de la previa audiencia de los acreedores afectados supone una generalización a la fase de liquidación de lo previsto por el art. 55.3 LC para un caso particular: el del levantamiento y la cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (DGRN de 6 y de 8 de julio de 2015).

La DGRN estima el recurso presentado por el adjudicatario, ya que en el supuesto descrito el acreedor con privilegio especial se ha intervenido activamente y ha tenido conocimiento de las medidas tomadas en relación con su crédito y recibido determinada cantidad en tal concepto. Por ello, revoca la calificación.

- 29) Resolución DGRN de 4 de abril de 2016 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Sabadell n.º 6, por la que se suspende la expedición de una certificación de dominio y cargas prevenida en el artículo 688 de la LEC.**

Se solicita certificación de dominio y cargas en un proceso de ejecución hipotecaria, estando la deudora e hipotecante en situación de concurso, pero habiendo aprobado un convenio. La registradora entiende que para ello es preciso que el juez del concurso declare que los bienes o derechos no estén sujetos o afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

La DGRN revoca la nota de calificación. El Centro Directivo señala que la única limitación que existe para los bienes hipotecados es que, cuando fueren bienes necesarios para la continuidad de la actividad, el art. 57 LC señala que *«abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada»*.

Sin embargo, el caso que nos ocupa es distinto porque ya se ha aprobado el convenio. No obstante, ¿procede aplicar lo anterior? La DGRN, sobre la base de los artículos 56.1, 133, 137, 134.2 y 136 LC, concluye que se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el art. 55 LC queda superada por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo.

Por tanto, una vez aprobado el convenio, debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas y si su contenido no afecta a los acreedores hipotecarios se levanta la suspensión. En este caso, la adhesión al convenio por parte de la ejecutante no resulta de la inscripción, ni se ha solicitado su acreditación por la registradora, por lo que, de acuerdo con el art. 326 LH, ha de circunscribirse el recurso al contenido de su nota, y del expediente no resulta que el convenio aprobado afecte a la garantía real del préstamo objeto de ejecución.

30) Resolución DGRN de 9 de junio de 2016 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos, por la que se suspende la cancelación de cargas y limitaciones de disposición sobre un vehículo ordenada en virtud de auto dictado por un Juzgado de lo Mercantil en un procedimiento de concurso.

El problema de fondo consiste en determinar si es posible cancelar una inscripción de concurso en virtud de un mandamiento del Juzgado de lo Mercantil, dictado en un procedimiento concursal, en el que se ordena «el levantamiento de cualesquiera cargas o limitaciones de disposición existentes sobre el vehículo», cuando en el Registro no constan cargas y sólo está vigente la anotación de decla-

ración de concurso, la inscripción de su conversión y la inscripción de la apertura de la fase de liquidación.

Para la DGRN no procede la cancelación. Tras comentar el art. 55.3 LC, la DGRN señala que, abierta la fase de liquidación, el artículo 149.5 permite al juez del concurso ordenar cancelaciones en los términos en él expresados. Lo que ocurre en este caso es que no existe ninguna carga, salvo la anotación de concurso, que continúa, por lo que no es procedente solicitar cancelación alguna.

31) Resolución DGRN de 27 de junio de 2016 en el el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad interina de Pontevedra n.º 1 a inscribir el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación librados en procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados.

Se presenta testimonio de auto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas, derivados de un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado antes de que la sociedad ejecutada entrara en situación de concurso. En el Registro consta anotada la declaración de concurso, la apertura de la fase de liquidación y su conclusión con la extinción de la entidad. Los anuncios de subasta son posteriores a la declaración de concurso. La registradora pide que se aporte testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. El recurrente arguye que, desde que se abre la fase de liquidación, se produce la disolución de la sociedad, por lo que difícilmente pueden existir bienes necesarios para la actividad empresarial de la misma.

A juicio de la DGRN:

- 1) Es preciso determinar si el bien que se ejecuta es necesario o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, lo que ha de dilucidar el juez del concurso. Esta exigencia se extiende a la fase de liquidación porque, aunque se disuelva la sociedad, no podemos olvidar que uno de los objetivos que persigue la nueva legislación concursal en España es el mantenimiento de las unidades productivas y de la actividad empresarial.
- 2) Sin embargo, la DGRN revoca la nota del registrador, porque en el Registro de la Propiedad consta anotada la conclusión del concurso de acreedores, recogándose en la anotación que se dictó auto poniendo fin a la fase de liquidación. Por tanto, los efectos del concurso han cesado, y aun cuando el desarrollo del procedimiento de ejecución se haya llevado a cabo pendiente la situación concursal, una vez declarada la conclusión del concurso y extinta la sociedad, desaparece el carácter de bien afecto a la

actividad, pues ésta deja de producirse, por lo que resulta ahora improcedente solicitar un pronunciamiento en ese sentido. Además, el Centro Directivo apunta a la conveniencia de cancelar los diversos asientos derivados del procedimiento concursal cuando se haga constar su fin en el Registro.

32) Resolución DGRN de 28 de junio de 2016 en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Málaga n.º 13 a inscribir una escritura de dación en pago de deudas.

Estando la sociedad concursada en liquidación, se pretende la inscripción de una dación en pago parcial de deuda otorgada a favor de una sociedad acreedora. El plan de liquidación aprobado judicialmente contempla como medio de liquidación la venta directa con determinadas condiciones, pero no la dación en pago.

La DGRN dispone que no puede utilizarse como medio para realizar el activo del concursado un procedimiento que no está previsto en el plan de liquidación, estando dicha pretensión *«necesariamente condenada al fracaso»*.

Tampoco cabe la interpretación analógica de la administración concursal: si en el plan de liquidación se ha previsto la realización mediante la venta directa y con ciertas condiciones, en modo alguno puede considerarse implícita en tal previsión una autorización para otorgar una dación en pago. Las lagunas que pudiera tener el plan de liquidación han de colmarse con la aplicación supletoria de las reglas legalmente previstas (art. 149.1 LC).

Todo nuestro sistema concursal pretende huir de la discrecionalidad en el modo de realización del valor de los elementos de la masa activa, especialmente por parte de la administración concursal. Aunque no está legalmente previsto, sí cabe con causa justificada alterar algunas de las reglas del plan una vez aprobado judicialmente, pero siempre con observancia de las reglas procedimentales previstas para la elaboración y aprobación del plan de liquidación que se pretende modificar.

*(Trabajo recibido el 11/10/2016
y aceptado para su publicación el 10/11/2016)*

