



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



1218 - 2018

ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'
PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL

Respuesta judicial a singularidades del proceso concurzal

NURIA FACHAL NOGUER

Directores:

AGUSTÍN-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Universidad de Oviedo)

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca)

Salamanca | 2018



**VNiVERSiDAD
DSALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



1218 - 2018

ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'
PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL

Respuesta judicial a singularidades del proceso concurzal

NURIA FACHAL NOGUER

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctora por la Universidad de Salamanca (España), dirigida por los Catedráticos de Derecho Procesal AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Universidad de Oviedo ~ agustin@uniovi.es) y NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca ~ nicolas@usal.es).

Salamanca | 2018

Para Julio,
por hacerme perseverar siempre.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín su apoyo incondicional. Las ilusiones se proyectan y ciertas personas coadyuvan a materializarlas. Tú eres una de ellas.

Mi más sincero agradecimiento a Nicolás Rodríguez García y a la Universidad de Salamanca por hacerlo posible.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
I. ASPECTOS PROCESALES DE LA ADOPCIÓN Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONCURSO	47
1. Petición de adopción de medidas cautelares en la solicitud de concurso: El supuesto concreto de la suspensión cautelar del procedimiento administrativo de apremio o del alzamiento de embargos administrativos.....	47
2. Alzamiento de medidas cautelares acordadas por otros órganos judiciales o administrativos, con incidencia en el patrimonio del concursado	55
2.1. Medidas cautelares acordadas con anterioridad a la declaración de concurso: planteamiento general.....	55
2.2. Alzamiento de medidas cautelares acordadas en sede administrativa o en sede jurisdiccional contencioso administrativa.....	57
2.3. Delimitación frente a los supuestos de prejudicialidad.....	59
2.4. Alzamiento de medidas cautelares acordadas por órganos de la jurisdicción penal.....	61
II. HIPOTECANTE NO DEUDOR Y DEUDOR NO HIPOTECANTE EN EL CONCURSO DE ACREEDORES	71
1. Introducción.....	71
2. La paralización temporal de ejecuciones de garantías reales en el concurso y las condiciones para su posterior inicio o reanudación: aproximación al régimen de los artículos 56 y 57 LC.....	73
3. Hipotecante no deudor y tercer poseedor del bien gravado: concepto, similitudes y diferencias.....	88
4. La hipoteca en garantía del cumplimiento de una obligación ajena en el concurso del deudor no hipotecante, del hipotecante no deudor y del tercer poseedor.....	94
4.1. Aplicación de los artículos 56 y 57 LC en el concurso del hipotecante no deudor y del tercer poseedor.....	94

4.2. Competencia objetiva para conocer de la ejecución de la garantía hipotecaria en caso de concurso del hipotecante no deudor y del tercer poseedor.....	99
4.3. Aplicación de los artículos 56 y 57 LC en el concurso del deudor no hipotecante.....	103
4.4. Competencia para conocer del procedimiento de ejecución de la garantía real en caso de concurso del deudor no hipotecante.....	109
5. Tratamiento concursal del crédito hipotecario en el concurso del deudor no hipotecante y del hipotecante no deudor.....	111
5.1. Tratamiento concursal en el concurso del hipotecante no deudor y del tercer poseedor.....	111
5.2. Tratamiento concursal en el concurso del deudor no hipotecante.....	113
5.3. Tratamiento concursal del crédito del hipotecante no deudor en el concurso del deudor no hipotecante en caso de pago de la obligación garantizada.....	115
6. Afectación de la garantía al convenio aprobado en el concurso del deudor no hipotecante.....	124
7. La realización del bien gravado en la fase de liquidación en caso de concurso del hipotecante no deudor.....	133
III. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	143
1. Introducción.....	143
2. La rendición de cuentas como obligación inherente al cargo de administrador concursal.....	146
3. Delimitación del contenido de la rendición de cuentas de la administración concursal.....	149
4. Las materias excluidas de la rendición de cuentas y su reflejo en la oposición a la rendición.....	157
4.1. Materias que no pertenecen al ámbito de la rendición de cuentas.....	157
4.2. Cuestiones susceptibles de constituir el contenido de la rendición de cuentas final.....	164
5. La estimación de la oposición a la rendición de cuentas y sus consecuencias.....	196
6. La inhabilitación de la administración concursal como consecuencia de la desaprobación de la rendición de cuentas.....	200

IV. RESCISIÓN DE GARANTÍAS CONTEXTUALES INTRA-GRUPO.....	209
1. Aproximación preliminar	209
2. El interés de grupo como posible elemento neutralizador del perjuicio en la constitución de la garantía contextual	213
3. La destrucción de la presunción de onerosidad de la garantía contextual: asunción de la carga de la prueba.....	218
4. La relevancia en la rescisoria concursal de la existencia de grupo de sociedades: concepto concursal de “grupo de sociedades”	224
5. La delimitación del perjuicio para la masa activa a los efectos del ejercicio de la acción de reintegración.....	226
6. Actos excluidos de la rescisión concursal: en particular, la constitución de garantías contextuales como actos ordinarios realizados en condiciones normales.....	231
7. Límites: ejercicio abusivo de la acción rescisoria concursal.....	234
8. Efectos de la rescisión.....	235
V. SOCIEDADES DE CAPITAL EN CONCURSO DE ACREEDORES: SANEAMIENTO FINANCIERO.....	241
1. La respuesta concursal a la infracapitalización nominal.....	
1.1. La infracapitalización en las sociedades de capital.....	
1.2. La opción del legislador español: la concepción concursal o el sistema del antiprivilegio.....	
1.3. El ejercicio de la acción rescisoria concursal para la reintegración a la masa de las cantidades devueltas al socio con anterioridad a la declaración de concurso de la sociedad.....	
2. Los préstamos participativos y su tratamiento concursal.....	
2.1. Clasificación de los créditos derivados de préstamos participativos.....	
2.2. La acción rescisoria y los préstamos participativos.....	
3. Las aportaciones de los socios con reflejo en la cuenta 118 del plan general contable.....	
3.1. La naturaleza jurídica de las aportaciones de socios y el derecho del socio a su reintegro.....	
3.2. Las aportaciones de socios y el concurso de la sociedad: tratamiento concursal y ejercicio de acciones rescisorias.....	
CONCLUSIONES	

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2004, este texto legal ha sufrido más de una veintena de modificaciones en las que se ha tratado de adaptar la redacción de sus preceptos a muchos de los problemas interpretativos que suscitaba la aplicación de la norma, así como dar respuesta expresa a cuestiones e incidencias que sólo afloraron una vez que la Ley Concursal inició su andadura.

A lo largo de estos casi catorce años de vigencia de la Ley Concursal ha sido ímprobo el esfuerzo interpretativo que han llevado a cabo los Juzgados de lo Mercantil, Audiencias Provinciales y Sala Primera del Tribunal Supremo para dotar de significación a buena parte de las dudas que generaban muchos de sus preceptos, hasta el punto de que la función de complemento del ordenamiento jurídico que se atribuye al Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho –artículo 1.6 CC– ha adquirido en esta rama de nuestro ordenamiento una trascendencia máxima¹.

A lo largo de las próximas páginas se hará referencia a algunas de las cuestiones que recibieron una respuesta dispar por parte de los Juzgados y Tribunales de nuestro país y que posteriormente fueron incorporadas al texto de la Ley en alguna de las sucesivas reformas que ha sufrido desde su entrada en vigor.

¹ La Sala Primera se ha referido en numerosas ocasiones a esta función de complemento del ordenamiento jurídico que corresponde a la jurisprudencia mediante la creación, de un modo reiterado, de doctrina jurisprudencial; con ello se contribuye al reforzamiento de la seguridad jurídica, aunque esta valiosa contribución a la mayor certidumbre en la interpretación y aplicación de las normas se compatibilice con la evolución de los criterios hermenéuticos en relación con la realidad social del tiempo y con el consiguiente cambio de orientación que se funde en nuevas interpretaciones razonables y exentas de arbitrariedad. En este sentido, se pronuncia la STS de 3 de enero de 1990 [RJ 1990/3]. Asimismo, en relación al reconocimiento de la función integradora del ordenamiento jurídico de la jurisprudencia que se consagra en el artículo 1.6 CC, se pueden citar las SSTS de 31 de mayo de 2001 [RJ 2001/3876], de 26 de septiembre de 2000 [RJ 2000/7031], y de 15 de julio de 1988 [RJ 1988/5722], entre otras.

También aludiremos a algunos de los problemas prácticos que provocó la aplicación de la Ley Concursal en los primeros años de vigencia, ya como consecuencia de las dudas que suscitaba la interpretación de sus disposiciones, ya por la ausencia de respuesta normativa expresa a determinadas cuestiones, lo que provocó que el juez del concurso acudiese a mecanismos integradores y a criterios hermenéuticos suministrados por nuestro ordenamiento jurídico a fin de darles respuesta².

Asimismo, a día de hoy persiste el vacío legal para algunas de las dudas que razonablemente se plantean en los procesos concursales, como así ocurre con la concreción de algunos de los efectos que produce la declaración de concurso del hipotecante no deudor, por lo que en estos extremos la labor de los Juzgados y Tribunales ha sido especialmente útil para colmar estos silencios normativos.

Por último, el empleo por parte del legislador de conceptos jurídicos indeterminados para delimitar cuestiones de enorme relevancia en el concurso, entre los que podemos citar la noción de “bien necesario” a los efectos de los artículos 55 y 56 LC en sede de ejecución separada, la delimitación de los “créditos imprescindibles para concluir la liquidación” en un escenario de insuficiencia de masa activa o el concepto de “justa causa” para la separación en el cargo de la administración concursal, ha conducido a los órganos de la jurisdicción mercantil a desarrollar la tarea de dotarles de significación, con resultados más o menos desiguales en lo que atañe a la uniformidad de las soluciones alcanzadas.

En definitiva, el papel que han asumido a lo largo de estos años los órganos judiciales de la jurisdicción mercantil ha asentado los pilares en los que se sustentaba la Ley Concursal, ha robustecido el peso de esta ley en un espacio temporal en el que nuestro país ha padecido una situación de grave crisis económica y financiera y ha permitido que la propia Ley Concursal se amolde a los nuevos tiempos y a las nuevas necesidades; el legislador ha prestado especial atención a esta respuesta judicial hasta el punto de afrontar algunas de las reformas legales con una inequívoca finalidad clarificadora, mientras que en otras ocasiones se ha limitado a plasmar en el texto de la norma el criterio que previamente se había extendido en el ámbito jurisdiccional.

² A título de ejemplo podemos mencionar la interpretación integradora que nuestros Juzgados y Tribunales han realizado en relación a la prohibición de levantamiento y cancelación de embargos administrativos en fase común del concurso, contenida en el artículo 55.3 LC, a la que nos referiremos más adelante.

A continuación nos referiremos a algunas de las cuestiones que han suscitado mayores dudas interpretativas en la tramitación de los procesos concursales, así como a la posición que se ha adoptado en la práctica judicial al tiempo de afrontar su estudio y resolución. En efecto, como se verá en las próximas páginas, el hilo conductor que anuda los trabajos que aquí se presentan se identifica con la respuesta judicial que es fruto de la aplicación de la Ley Concursal una vez transcurridos más de diez años de vigencia.

I. Ejecuciones separadas y apremios administrativos sobre el patrimonio del concursado

Especialmente relevante fue —por la magnitud y trascendencia de las modificaciones acometidas— la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, por medio de la que se dio nueva redacción al artículo 55 referente a los efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones y apremios iniciados con anterioridad a la fecha de la declaración. En su redacción primigenia, la LC admitía las ejecuciones y apremios administrativos que, de forma separada, podrían seguir adelante una vez declarado el concurso, aunque esta posibilidad quedaba supeditada a que el título ejecutivo que iniciaba el procedimiento de ejecución —la providencia de apremio— se hubiese dictado con anterioridad a la declaración de concurso y al carácter de los bienes o derechos sobre los que recayese aquel procedimiento: si el procedimiento ejecutivo recaía sobre bienes o derechos “necesarios” a la actividad empresarial o profesional del deudor, el privilegio de autotutela de la Administración Pública debía ceder a favor del procedimiento de ejecución universal.

La reforma operada por la Ley 38/2011 permitió que los procedimientos administrativos de ejecución continuasen adelante después de la declaración de concurso si, con anterioridad a esa fecha, se hubiese dictado la diligencia de embargo; ya no bastaba la providencia de apremio que anteriormente se requería. Además, se establecía un determinado límite temporal, más allá del cual el procedimiento administrativo de ejecución no podría continuar adelante, que se cifró el artículo 55 LC en la fecha de aprobación del plan de liquidación.

Frente a la regla general de suspensión de las ejecuciones singulares en trámite, el artículo 55, apartado 1, párrafo 2.º, LC 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 y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello 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”. En la redacción vigente del precepto, el privilegio de ejecución separada que la Ley Concursal reconoce a los acreedores públicos y laborales queda supeditado a la iniciación del procedimiento de ejecución en un momento temporal anterior a la declaración de concurso —y, en el caso de los procedimientos administrativos de apremio, al dictado de la diligencia de embargo—, así como al carácter no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional de los bienes o derechos sobre los que recaen aquellos procedimientos.

El concepto de “bien necesario” se configura como un concepto jurídico indeterminado, de extrema trascendencia para determinar si el titular del crédito cuenta con el privilegio procesal de la ejecución separada: esta noción quedó circunscrita a los bienes o derechos que mereciesen el calificativo de “imprescindibles”, por lo que sólo podrían integrarse en aquel concepto los activos sin los que la actividad de la concursada se vería comprometida de forma relevante o cuya falta bloquearía la continuidad de la actividad del deudor.

Por lo que respecta a la calificación de los bienes o derechos como necesarios, el artículo 56.5 LC aclara que la competencia para atribuir a un bien el carácter de necesario le corresponde al juez del concurso: esa competencia ya le había sido atribuida al juez en jurisprudencia reiterada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Sentencias de 22 de diciembre de 2006, de 19 de diciembre de 2008 y de 22 de junio de 2009).

De interpretación harto más polémica ha sido el apartado 3 del artículo 55 LC, al establecer una prohibición general de levantamiento y cancelación de embargos administrativos, que ha conducido al dictado de numerosas resoluciones judiciales correctoras del precepto, entre las que se puede citar el reciente AJM n.º 9 de Barcelona de 2 de febrero de 2016 que —con cita del AJM n.º 10 de Barcelona de 31 de mayo de 2012, AJM n.º 8 de Barcelona de 25 de julio de 2012 y, del mismo juzgado, de 31 de julio de 2012— ordenó alzar los embargos administrativos trabados por la AEAT sobre los derechos de crédito que la concursada ostentaba frente a tercero y para ello se apoyaba en la interpretación integradora del artículo 55.3 LC; esta postura interpretativa ha sido refrendada por el Auto de la Sección

15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de abril de 2014, a cuyo tenor:

“Aun cuando el precepto hable de “suspensión” de las ejecuciones en trámite, en realidad no nos hallamos ante una suspensión propiamente dicha, entendida como una paralización temporal de un proceso que está llamado a continuar. La norma alude, junto a la suspensión del proceso, a la necesidad de dar al crédito del ejecutante el “tratamiento concursal que corresponda”. Y ello implica la integración libre de cargas de los bienes objeto de una ejecución anterior (artículo 76 de la Ley Concursal) y la pérdida de cualquier derecho o preferencia del ejecutante sobre los bienes objeto de embargo, dado que la Ley Concursal no admite otros privilegios o preferencias que los expresamente reconocidos en ella (artículo 89.2). [...]

La cancelación de embargos no es un efecto directo de la declaración del concurso. Lo aclara definitivamente el apartado tercero del artículo 55. Sí lo es, por el contrario, de la realización de los bienes en liquidación (artículo 149.3.º de la Ley Concursal) o de su disposición en cualquiera de las fases del concurso de acuerdo con el artículo 43 de la Ley Concursal. En concreto, el artículo 149.3.º dispone que “el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de los créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC”.

La peculiar situación que genera la prohibición de levantamiento y cancelación de embargos administrativos del artículo 55.3 LC condujo a los órganos judiciales de nuestro país a realizar una interpretación correctora de este precepto, de modo que la sola declaración de un bien como necesario no implica el levantamiento del embargo administrativo anterior a la declaración de concurso; pero sí cabrá el levantamiento y cancelación cuando el bien o derecho se disponen dentro del concurso. Con ello, se dotó a la “suspensión” mencionada en el artículo 55.3 LC de una significación concursal que implicaba la plena integración de los bienes objeto de apremio en la masa activa del concurso, libres de cargas, y la pérdida de cualquier preferencia de la Administración ejecutante sobre esos bienes. En suma, los términos taxativos en los que se encontraba redactado el artículo 55.3 LC –al disponer que no podrían alzarse embargos acordados por las Administraciones Públicas– hizo aflorar esta interpretación correctora, por la que se legitimaba al juez del concurso para

acordar su levantamiento y cancelación cuando fuese preciso disponer del bien o derecho en el seno del concurso para que contribuyese a la finalidad que le es propia.

II. Ejecuciones de garantías reales en el concurso. En particular, en caso de concurso del hipotecante no deudor y del deudor no hipotecante

El artículo 56 LC prevé el bloqueo temporal de los procedimientos de ejecución hipotecaria que recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor como efecto de la declaración de concurso. El precepto dispone que “los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascorra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”; si las actuaciones ya se hubiesen iniciado antes de la declaración de concurso se ordena su suspensión “si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor” (artículo 55.2 LC).

La Ley Concursal prevé en el artículo 55.1 como un efecto de la declaración de concurso el bloqueo de las ejecuciones singulares — judiciales o extrajudiciales— que pudieran seguirse contra el patrimonio del deudor. Pero el propio precepto contempla una primera excepción a esta regla general de prohibición de inicio o tramitación de ejecuciones singulares tras la declaración de concurso, como es la relativa a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado (cfr. epígrafe 1). A esta primera excepción adiciona el apartado 4 del artículo 55 LC a los “acreedores con garantía real”: como se verá a continuación, esta excepción vendrá referida a los acreedores con garantía real que recaiga sobre bienes o derechos que

no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, como así resulta de cohonestar el artículo 55.4 LC con los artículos 56 y 57 LC (en los que se contienen las especialidades referentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios).

El presupuesto objetivo para que se paralice temporalmente el inicio o continuación de las ejecuciones de garantías reales como efecto de la declaración de concurso es que aquéllas recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. La nueva redacción del precepto –introducida por 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– sustituyó la expresión “bienes afectos” por la de “bienes necesarios”, lo que supone constreñir su ámbito objetivo, de forma que la imposibilidad de continuar con la ejecución separada queda limitada a aquellos bienes que no resulten “necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la concursada”³.

En suma, desde la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, ya no es relevante que los bienes sobre los que se sigue la ejecución separada estén “afectos” a la actividad de la deudora en concurso, sino que basta con que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial -artículo 56 LC-: siguiendo el criterio de la jurisprudencia menor, la noción de “bien necesario” guarda conexión con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo de la sociedad (v. gr. AAP de Madrid de 10 de julio de 2015, ROJ AAP M 708/2015). En todo caso, la competencia para atribuir a un concreto bien o derecho el carácter de necesario corresponderá al juez del concurso.

Con carácter previo a la reforma de la Ley Concursal operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre –que modificó la redacción de los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal– existía una posición jurisprudencial casi unánime que interpretaba el artículo 56 de la LC en el sentido de entender que sólo procedía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias incoadas antes de que se hubiera dictado auto declarando el concurso en los casos en que el juez del concurso hubiere declarado que el bien objeto de ejecución estaba “afecto” a la actividad o era necesario para la continuación de

³ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “Artículo 56 LC”, Comentario a la Ley Concursal, PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), Wolters kluwer La Ley, 2016, pág. 747.

la misma. Al tenor del artículo 568.2 LEC, el órgano judicial competente para acordar la suspensión temporal del procedimiento de ejecución de la garantía real será el Juzgado de Primera Instancia; en el caso de que el juez del concurso declare que el bien objeto de ejecución singular no es necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor, podrá reanudarse la ejecución separada de la garantía.

En el caso de que el acreedor con garantía real no hubiese iniciado la ejecución separada antes de la declaración de concurso, el artículo 56, apartado 1, LC dispone que ya no podrá instarla “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”: para que tenga lugar la aplicación de esta limitación a la ejecución separada de garantías reales será preciso que recaiga sobre bienes necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor y con la acotación temporal indicada; si se reanudasen una vez declarado el concurso, al tenor del artículo 57 LC, la competencia para conocer de la ejecución de la garantía real corresponderá al juez del concurso. Por el contrario, si la ejecución singular –judicial o extrajudicial– tiene por objeto un bien o derecho que no es necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor, la declaración de concurso no producirá como efecto la suspensión temporal de la tramitación del procedimiento ejecutivo, que podrá continuar tramitándose sin restricciones –cfr. AAP de Granada de 24 de junio de 2011 [JUR 2011/32166]–.

También ha resuelto la Sala Primera –ATS de 14 de septiembre de 2016 [JUR 2016/200767]– las dudas interpretativas surgidas en torno a la determinación del órgano judicial competente para conocer de los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. A partir de la interpretación conjunta de los artículos 56 y 57 LC, el Tribunal Supremo considera que si la garantía real recae sobre bienes “no afectos” a la actividad profesional o empresarial del deudor la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones será del órgano judicial o extrajudicial que las hubiera iniciado.

Por lo que respecta a la aplicación de los artículos 56 y 57 LC al concurso del hipotecante no deudor, el origen de la polémica surgida en torno a la procedencia de la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a aquél, en caso de que fuese declarado en

concurso, tiene como punto de partida la dicción del artículo 56, apartado 4, LC; este precepto contiene una previsión expresa para el tercer poseedor, al disponerse que “la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta”. El precepto implica que la declaración de concurso del tercer poseedor no limitará en ningún caso el derecho de ejecución separada que corresponde al acreedor hipotecario y, a estos efectos, será irrelevante que se trate de bienes necesarios o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Sin embargo, no existe una norma equivalente para el hipotecante no deudor, por lo que se cuestiona si su declaración de concurso provoca la suspensión de la ejecución singular de la garantía real constituida a favor de una deuda ajena. En la jurisdicción mercantil, varios órganos judiciales han expresado sus dudas acerca de la aplicación analógica del artículo 56.4 LC al hipotecante no deudor —vid. SJM n.º 9 de Barcelona de 14 de marzo de 2016 y SAP de Burgos n.º 411/2011, de 16 de diciembre [AC 2012/50]—, mientras que en la doctrina existen pareceres discrepantes: a favor de la inaplicación del artículo 56.4 LC al hipotecante no deudor se muestran SÁNCHEZ RUS y ANTÓN GUIJARRO, mientras que CORDERO LOBATO Y CARRASCO PERERA defienden la aplicación analógica del artículo 56.4 LC al hipotecante no deudor. Tanto es así que los argumentos que pueden suministrarse a favor de una y de otra tesis presentan en ambos casos suficiente robustez, pues quienes se decantan por la aplicación analógica del artículo 56.4 LC al hipotecante no deudor argumentan que las diferencias existentes con el tercer poseedor no justifican un trato diferenciado, ni en sede competencial ni en lo relativo a la paralización temporal de ejecuciones con garantía real; no obstante, los autores que sostienen que en caso de concurso del hipotecante no deudor será procedente la paralización de las ejecuciones singulares —si concurren los presupuestos del artículo 56 LC—, afirman que la falta de regulación expresa conduce a la aplicación del régimen general y que la ratio legis del precepto no entra en juego en caso de concurso del hipotecante no deudor, pues en este supuesto el acreedor sí ha tenido la posibilidad de valorar la solvencia de quien constituye la garantía, de tal forma que no existe una transmisión del bien gravado posterior a la constitución de la garantía que pudiera perjudicar la posición del acreedor hipotecario. Respecto de esta controvertida cuestión, no existe un pronunciamiento judicial expreso de la Sala Primera, aunque en su STS de 18 de junio de 2014 [RJ 2014/3698],

parece mostrarse favorable a la no aplicación analógica del artículo 56.4 LC al concurso del garante tercero.

III. La problemática de la rendición de cuentas de la administración concursal: en particular, la alteración del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa en el artículo 176 bis, 2, LC

La Ley Concursal dedica el artículo 181 a la “Rendición de cuentas” de la administración concursal y así establece en su apartado 1.º que “se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas”. El precepto constituye una manifestación específica en sede concursal de “la exigencia que el ordenamiento jurídico impone a cualquier persona que gestione intereses ajenos” (STS n.º 424/2015, de 22 de julio, RJ 2015/3289), y culmina el deber de información impuesto en el artículo 35 LC a la administración concursal, al hallarse sujeta en el desempeño del cargo a la fiscalización y control del juez del concurso.

La rendición de cuentas que ha de confeccionar la administración concursal con carácter previo a la conclusión del concurso habrá de incluir una parte explicativa y otra numérica. En cuanto al contenido de esta última, deberá incluir una referencia expresa a lo obtenido con la realización de los bienes y a los pagos efectuados a los acreedores, con detalle de la clasificación de sus créditos; en cuanto a los créditos contra la masa, habrá de incluirse un listado en el que se indiquen los créditos devengados y abonados, fechas de sus respectivos vencimiento e indicación del orden legal de prelación seguido para su pago. Por último, habrá de incluirse información sobre los honorarios de la administración concursal que han sido satisfechos con cargo a la masa.

Por lo que respecta a la parte explicativa, se incluirá una referencia específica a los hitos más relevantes de la actuación desarrollada por la administración concursal durante la tramitación del concurso y que guardan relación con los cometidos que le atribuye el artículo 33 LC. Queremos destacar, por su trascendencia, la necesidad de hacer una mención explícita en la rendición de cuentas a las labores de índole procesal —en conexión con actuaciones en procesos judiciales y

administrativos—: en particular, la administración concursal deberá referirse al resultado de las acciones rescisorias y otras de impugnación de actos del deudor que hubiese entablado la administración concursal al amparo del artículo 72 LC.

En particular, en lo que respecta a la rendición de cuentas, se aprecia un incremento notable de incidentes de oposición, normalmente promovidos por organismos públicos, en los que se introducen discrepancias relacionadas con el orden de pagos seguido por la administración concursal, tanto en los casos en que se haya seguido el criterio del vencimiento como en supuestos de pago de créditos contra la masa según el orden legal previsto en el artículo 176 bis, apartado 2, LC; tras la revisión de lo actuado en el seno de la oposición a la rendición de cuentas final, el efecto será la consiguiente desaprobación de las cuentas formuladas, si se aprecia infracción legal en el orden de pagos seguido por la administración concursal. Las consecuencias de esta desaprobación son las que repercuten con mayor o menor intensidad, según los casos, en el administrador concursal:

a) Se cuestiona si la Sentencia que estime la oposición a la rendición de cuentas habrá de acordar que se reordenen los pagos, con exigencia al administrador concursal de que restituya a la masa las cantidades indebidamente abonadas, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran dirigirse contra aquél, cuya procedencia no queda prejuzgada por la aprobación o desaprobación de la rendición de cuentas (artículo 181.4 LC). La STS de 22 de julio de 2015 [RJ 2015/3289], se limita a acordar la desaprobación de la rendición de cuentas pero apunta cuál es el criterio de la Sala en relación al efecto de la desaprobación: la reordenación de los pagos ya realizados o la reclamación a los acreedores a los que la administración concursal abonó su crédito de forma indebida no constituyen pronunciamientos propios de la desaprobación de la rendición. Por tanto, incumbirá a la administración concursal la tarea de efectuar las reclamaciones que correspondan a aquellos acreedores a los que hubiese hecho pago de sus créditos con postergación de otros que debió atender con carácter preferente y también habrá de llevar a cabo las actuaciones que resulten precisas para acomodar la nueva rendición al pronunciamiento desaprobatorio que se derive de la estimación de la oposición formulada.

b) Mayor polémica ha originado la sanción de inhabilitación temporal que habría de derivarse automáticamente de la desaprobación al tenor del

artículo 181.4 LC: esta cuestión parece definitivamente zanjada tras el dictado de la STS de 6 de abril de 2017 [RJ 2017/2674], que considera la sanción de inhabilitación como un efecto consustancial a la desaprobación de la rendición de cuentas final, como ya hizo la precedente STS de 22 de julio de 2015 [RJ 2015/3289].

Mención específica merece la diversidad de criterios que se observan en los Juzgados Mercantiles en lo relativo a la concreción de la porción de la retribución que el administrador concursal podrá percibir como pre-deducible en un escenario de insuficiencia de masa activa, previa su calificación como “crédito imprescindible para concluir la liquidación”.

La imperiosa exigencia del respeto a la seguridad jurídica, unida a la selección de los mejores profesionales para el desempeño del cargo de administrador concursal -pieza esencial en el correcto desarrollo del proceso concursal-, requiere por nuestra parte un especial esfuerzo reflexivo en el momento actual, en el que asistimos a un inequívoco endurecimiento de las condiciones que confluyen en el ejercicio de esta función. La percepción demasiado generalizada y, en la mayor parte de las ocasiones, escasamente fundada, de que los administradores concursales perciben sumas desproporcionadas en concepto de retribución ha provocado una reciente línea de resoluciones judiciales en las que se invocan criterios de prudencia o facultades moderadoras que no están explícitamente previstas en la norma para modular a la baja las retribuciones que habrán de percibir estos profesionales por su actuación en el concurso. Sin embargo, la tipología media de los concursos de acreedores que se registran e incoan en los Juzgados Mercantiles dista mucho de la realidad que se representan quienes no permanecen en contacto diario con la tramitación de los concursos: lejos de percibir retribuciones desproporcionadas o desmedidas por el desempeño de sus funciones, los administradores concursales se topan con un panorama actual en el que gobierna la insuficiencia de masa activa, con la aridez que este escenario entrañará para el cobro de sus honorarios.

El artículo 176 bis, apartado 2, LC establece cuál es el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que habrá de seguirse en los concursos con insuficiencia de masa activa. El precepto dispone que la administración concursal deberá comunicar al juez del concurso la insuficiencia de masa activa en el mismo instante en que constate que ésta no será suficiente para el pago de los créditos contra la masa. A partir de esa comunicación, la administración concursal deberá proceder a pagar los

créditos contra la masa conforme al orden establecido en el apartado 2 del precepto “salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación”:

“Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º 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.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa”.

Existe doctrina ya consolidada de Sala Primera en relación a la determinación temporal del momento a partir del cual será de aplicación el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa establecido en el artículo 176 bis, apartado 2, LC. En las SSTS 306/2015, de 9 de junio, n.º 310/2015, de 11 de junio, n.º 305/2015, de 10 de junio, n.º 152/2016, de 11 de marzo, n.º 187/2016, de 18 de marzo, y n.º 225/2017, de 6 de abril, se reitera el siguiente criterio: “Una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del art. 176 bis LC, al margen de cuál sea su vencimiento. De hecho, dentro de cada orden tampoco se tiene en cuenta la fecha de vencimiento, sino que expresamente está prescrito que se paguen a prorrata”.

Igualmente relevante es la conclusión que se plasma en estas resoluciones —con remisión al parecer expresado en la STS n.º 305/2015, de 10 de junio—, en cuanto al ámbito de aplicación de las reglas de pago establecidos en el artículo 176 bis, apartado 2, LC:

“Las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la reseñada comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos

contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago.

Y de hecho, en la sentencia 305/2015, de 10 de junio, entendimos que, como la declaración de insuficiencia de activo había sido realizada por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa, en ese caso no podían oponerse los efectos previstos en el art. 176bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los créditos contra la masa reclamados por la TGSS en aquel incidente concursal”.

El mismo criterio se reproduce en resoluciones posteriores del Tribunal Supremo, Sentencias de 11 de marzo de 2016 [RJ 2016/954], y 18 de marzo de 2016 [RJ 2016/863].

La doctrina jurisprudencial elaborada en los últimos años por la Sala Primera en relación al escenario que surge con la comunicación de insuficiencia de masa que realiza la administración concursal se ha consolidado sobre la base de dos ejes vertebradores, constituidos por: i) la aplicación de las reglas de pago del artículo 176 bis, apartado 2, LC desde la comunicación de insuficiencia de masa; ii) la extensión de este orden de pagos a todos los créditos contra la masa pendientes de pago, lo que comprende a los ya vencidos y a los que vencieran después de la comunicación⁴; esta última regla se exceptúa, siguiendo la doctrina jurisprudencial plasmada en las SSTs de 10 de junio de 2015 [RJ 2015/3775], de 11 de marzo de 2016 [RJ 2016/954], y de 18 de marzo de 2016 [RJ 2016/863], en aquellos casos en los que la comunicación de insuficiencia de masa por parte del administrador concursal respondió a una demanda incidental de reconocimiento y pago de un crédito contra la masa interpuesta para que su abono fuese atendido según el criterio del vencimiento.

El AJM n.º 1 de Oviedo de 16 de abril de 2018 nos ilustra acerca de la configuración de la insuficiencia de masa como un estado de hecho que surge al margen del concurso, aunque será la comunicación del artículo 176 bis, apartado 2, LC la que active el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que se contiene en este precepto:

“La insuficiencia es un estado de hecho, no de derecho. No precisa de la comunicación de la administración concursal para nacer a la vida ni tampoco de una resolución judicial que la declare o constate.

⁴ MUÑOZ PAREDES, A., Protocolo concursal, Aranzadi, 2017, pág. 682.

Cuestión distinta es que para que ese estado de hecho tenga efectos procesales precise de la comunicación de la administración concursal, que deberá efectuarse tan pronto acontezca, pero, como veremos, ello no altera la circunstancia fáctica de la insuficiencia ni el momento de su aparición.

Como estado de hecho, discurre al margen del concurso, por lo que es posible que se haga patente en fase de liquidación, en la fase común e, incluso, en la de convenio (antes de su aprobación).

Ciertamente la insuficiencia puede hacer su aparición en una fase avanzada del concurso, ya abierta la liquidación y aprobado el plan, pero, siendo la insuficiencia de masa para cubrir los gastos del concurso un mal casi endémico de los procedimientos concursales españoles, es muy frecuente que la impotencia de la masa se detecte ab initio o en una fase aún embrionaria del concurso.

En cambio, el ap. 1.º del art. 176 bis, para concluir el concurso por insuficiencia de masa activa, exige que la administración concursal razone que no es “previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable”, y si las mismas ya están en tramitación, deberán haber concluido, “salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa”. Ello nos lleva a estadios más avanzados del concurso, pues en una fase muy inicial es difícil que la administración concursal pueda venir en conocimiento de tales circunstancias.

Por ello hay que incidir, para evitar confusiones, en que una cosa es la comunicación del art. 176 bis.2, que sólo exige el presupuesto fáctico de la insuficiencia, y otra la conclusión, que exige que se hayan realizado los bienes hasta donde sea posible y que no sea previsible la entrada de otros nuevos vía rescisión o calificación.

El tránsito entre uno y otro estadio, como decimos, puede ser más o menos rápido, según el número y la naturaleza de los bienes a liquidar o la complejidad de las operaciones de rescisión o susceptibles de calificación que haya que analizar”.

Se descarta que la comunicación de insuficiencia de masa activa tenga carácter constitutivo “pero para que la administración concursal pueda empezar a pagar conforme a ese orden es preciso un presupuesto procesal, la comunicación efectuada por la administración concursal al juez del concurso de tal circunstancia. En ausencia de tal comunicación, no puede

la administración concursal, aun cuando concurra el estado de hecho de insuficiencia, alterar el orden de pagos y aplicar el artículo 176 bis.2 bis”⁵. Al respecto, la STS n.º 225/2017, de 6 de abril, estima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Lugo de 22 de julio de 2014 y reitera la doctrina jurisprudencial de la Sala⁶, según la cual el orden de prelación del artículo 176 bis, apartado 2, LC no podía entrar en juego ante la ausencia de comunicación de insuficiencia de masa: la mera concurrencia de la insuficiencia de masa activa no faculta al administrador concursal para activar el orden legal en el pago de los créditos contra la masa que se prevé en aquel precepto. Para el Tribunal Supremo, si en el momento en que se abonaron aquellos créditos existía la insuficiencia de masa pero no se hizo aquella comunicación, se apreciará la infracción del criterio del vencimiento que se consagra en el artículo 84.3 LC. Por este motivo, se desaprueba la rendición de cuentas del administrador concursal y se declara que el crédito de la TGSS era de cobro preferente a los honorarios que le correspondían por su intervención en la fase de liquidación.

Una de las cuestiones que ha dado lugar recientemente a una intensa polémica en los Juzgados de lo Mercantil es la relativa a la determinación de la posición del crédito por honorarios de la administración concursal en el orden de prelación del artículo 176 bis, apartado 2, LC.

Al respecto, la vaguedad de que adolece la categoría de “gastos imprescindibles para concluir la liquidación” ha suscitado una intensa polémica en lo que atañe a la subsunción de la totalidad o de una fracción de la retribución de la administración concursal en esta categoría, que facultaría al administrador concursal para hacerse pago de sus honorarios con el carácter de pre-deducibles y, por tanto, con preferencia a otros créditos de vencimiento posterior al suyo. La disparidad de criterios se hacía extensiva a la determinación de la categoría del artículo 176 bis, apartado 2, LC en la que debería incluirse la retribución de la administración concursal que no pudiera ser catalogada como “gasto imprescindible para concluir la liquidación”, pues la falta de mención explícita de este crédito dentro de la enumeración establecida por el precepto para los supuestos de insuficiencia de masa activa generaba dudas acerca de su calificación como “crédito por costas y gastos judiciales del concurso” (n.º 4) o bien si su integración

⁵ MUÑOZ PAREDES, A., “La insuficiente regulación de la insuficiencia de masa activa”, Anuario de Derecho Concursal n.º 40/2017.

⁶ Con cita de las SSTS n.º 306/2015, de 9 de junio, n.º 310/2015, de 11 de junio, n.º 305/2015, de 10 de junio, n.º 152/2016, de 11 de marzo, y n.º 187/2016, de 18 de marzo.

habría de producirse en la categoría residual de otros créditos contra la masa del n.º 5 del artículo 176 bis, apartado 2, LC.

La STS n.º 390/2016, de 8 de junio [RJ 2016/2341], analiza cuál es la posición que ocupan los honorarios de la administración concursal dentro de las cinco categorías de créditos contra la masa enumeradas en el artículo 176 bis, apartado 2, LC partiendo de la tipificación que se hace en los apartados 2.º y 3.º del artículo 84 LC de los conocidos como “gastos de justicia”, dentro de los que no se incluyen los honorarios de la administración concursal: estos gastos de justicia “son tanto los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de la publicidad, de celebración de la junta de acreedores, etc.), como los derivados de incidentes concursales, e incluso de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los juicios que, en interés de la masa, inician o continúan de acuerdo con la propia Ley”; en cuanto a los “gastos de administración” comprenden los honorarios de la administración concursal y de sus auxiliares. Para la Sala Primera es determinante que el artículo 176 bis 2 LC no realice una mención expresa a los gastos de administración, pero ello no puede conducir a su asimilación a los créditos por costas y gastos judiciales (apartado 4.º), aunque determinadas actuaciones de la administración concursal puedan tener esta consideración. Finalmente concluye: “...puesto que el legislador, al enumerar los créditos contra la masa, distingue entre costas y gastos judiciales, por un lado, y retribución de la administración concursal, por otro, no cabe asimilarlos en aplicación del art. 176 bis 2, cuando en el número 4.º únicamente hace mención a los primeros. Por lo que habrá que entender que tales retribuciones quedan encuadradas en el grupo residual del apartado 5.º del art. 176 bis 2 LC”.

En un escenario de insuficiencia de masa activa, la retribución de la administración concursal es ubicada en la última categoría de créditos contra la masa que se recoge en el artículo 176 bis, apartado 2, LC. Si se tiene en cuenta que este mismo precepto ordena que el pago de los créditos contra la masa se realice siguiendo este orden de prelación y, dentro de cada número, a prorrata, es fácilmente constatable que serán escasas las expectativas de cobro que puedan tener estos profesionales por su intervención en el concurso.

En este contexto se comprende la enorme trascendencia que ha adquirido la categoría de “créditos imprescindibles para concluir la liquidación”. Constituye este concepto jurídico indeterminado la vía idónea para tratar

de eludir el desempeño del cargo de administrador concursal carente de remuneración en los cada vez más frecuentes concursos “con insuficiencia de masa”, que con lamentable frecuencia tramitamos en los Juzgados de lo Mercantil. Pero los intereses en juego son múltiples y, por este motivo, las pretensiones de pago de los honorarios de los administradores concursales como pre-deducibles son aquilatadas en estos Juzgados acudiendo a la ambigüedad de que se encuentra teñida la categoría de “créditos imprescindibles para concluir la liquidación”.

En sus SSTS n.º 390/2016, de 8 de junio, y n.º 226/2017, de 6 de abril, el Tribunal Supremo reconoce que la administración concursal está conceptuada como uno de los órganos imprescindibles del concurso, por lo que está carente de justificación que deba correr con los costes de las actuaciones imprescindibles para que otros puedan cobrar: “Ahora bien, el artículo 176 bis, apartado 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 comunicada la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe”.

Sin embargo, en estas resoluciones el Tribunal Supremo advierte de que si la administración concursal no ha identificado las actuaciones e importes que han de reputarse pre-deducibles, no puedan satisfacerse parte de sus derechos arancelarios como gastos imprescindibles para realizar las operaciones de realización con carácter previo al pago de los créditos concurrentes.

El tratamiento radicalmente diverso que ha recibido la retribución de la administración concursal por parte de los Juzgados de lo Mercantil ante este tipo de solicitudes plantea más dudas acerca del acierto de la remisión a este cauce, puesto que ante solicitudes de contenidos prácticamente coincidentes pueden recibirse respuestas judiciales antagónicas.

A esta problemática alude certeramente el AJM n.º 1 de Córdoba de 16 de marzo de 2017, que concluye que el total de los honorarios de la AC fijados en el Real Decreto 1860/2004 para la fase de liquidación son imprescindibles: “Este titular no acierta a entender como puede, repito, individualizarse gestiones profesionales como las que lleva a cabo la AC en esta sede del concurso, con un riesgo además de una absoluta falta de

uniformidad indeseable donde lo que en Córdoba es imprescindible, en Bilbao no lo sea por ejemplo. La opción sería fijar como imprescindible un porcentaje de la retribución, pero ello tampoco estaría analizando actuaciones singulares como indica el TS en su resolución. Lo que si parece dejar claro el TS es que la labor de fijación de lo que es y no es imprescindible se deja en mano de la discrecionalidad (que no arbitrariedad) del Juez del concurso dado que la norma no ha fijado las concretas actuaciones imprescindibles, quizás, y esta pueda ser otra interpretación de la norma, es que no se ha querido hacer porque no era la intención del legislador, recordemos que el art. 33 de la LECO dispone un amplísimo catálogo de actuaciones de la AC, ergo cuando el legislador ha querido fijar específicamente un catálogo similar lo ha hecho”.

La línea divisoria que permite deslindar los criterios interpretativos existentes está constituida por la mayor o menor objetivización de las bases para el cálculo de la retribución que el administrador concursal podrá percibir con el carácter de imprescindibles: algunos Juzgados de lo Mercantil han entendido que no está justificado acudir a los parámetros normativos del Real Decreto 1860/2004, que sirve para cuantificar la retribución de la administración concursal para cada una de las fases del concurso, pero a la que no puede concederse idéntica utilidad a los efectos de fijar el importe de esa retribución que aquel órgano podrá percibir con el carácter de pre-deducible -SSAP de Salamanca n.º 458/2017, de 17 de octubre, de Cantabria de 15 de junio de 2017 [ROJ: SAP S 435/2017], y de Cádiz n.º 343/2017, de 26 de junio, así como AJM n.º 1 de Cádiz de 18 de marzo de 2018-. A su vez, también aquellos órganos judiciales que han optado por acudir a las bases de cálculo del Real Decreto 1860/2004 lo han hecho de forma diversa, ya sea empleando esta norma con el fin de establecer la parte de la retribución que tendrá la condición de “gasto imprescindible” en conexión con el tiempo que es razonable invertir en la realización de las operaciones liquidatorias, ya sea para determinar –como una simple operación aritmética– cuáles son los honorarios de la administración concursal: éstos, una vez cuantificados, son considerados en su totalidad como gastos imprescindibles para concluir la liquidación –AAJM n.º 2 de Valencia de 25 y 27 de abril de 2017, AJM n.º 2 de Málaga de 20 de enero de 2017 y AJM n.º 2 de A Coruña de 24 de noviembre de 2017–.

De forma prácticamente unánime se ha admitido la posibilidad de examinar dentro de la rendición final de cuentas la corrección en el orden

de pago de los créditos seguido por la administración concursal, a fin de corroborar si ha existido vulneración del orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa que resulte de aplicación y que consistirá en la regla del vencimiento prevista en el artículo 84.3 LC y, en caso de insuficiencia de masa, en el orden que establece el artículo 176 bis, apartado 2, LC.

Para facilitar el control del respeto del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa se precisa que la rendición de cuentas contenga información suficiente sobre este extremo, lo que constituye una manifestación del requisito establecido en el artículo 181, apartado 1, LC, cuando dispone que la rendición de cuentas ha de ser “completa” y ha de contener información sobre “el resultado y saldo final de las operaciones realizadas”.

De esta manera, el primer eslabón de control requiere que el documento en el que se contenga la rendición de cuentas de la administración concursal incorpore información suficiente sobre los créditos contra la masa que se han satisfecho, ya que resulta indispensable facilitar información sobre los concretos pagos realizados, con indicación de sus fechas y destinatarios, para así poder comprobar si se ha respetado el orden de pagos legalmente establecido.

En definitiva, si el acreedor contra la masa cuyo crédito ha sido indebidamente postergado en un escenario de insuficiencia de masa activa -en el que se aplica el orden de prelación del artículo 176 bis, apartado 2, LC-, formula oposición a la rendición de cuentas final por aquel motivo y el juez del concurso estima producida la infracción denunciada, deberá acordar en sentencia la desaprobación de la rendición de cuentas final y la consiguiente formulación de una nueva rendición que se acomode al pronunciamiento judicial contenido en aquella resolución. En concreto, si la vulneración del orden de pagos hubiese procedido de la satisfacción preferente de todo o parte de los honorarios de la administración concursal, la necesidad de adaptar la nueva rendición de cuentas al fallo de la sentencia conllevará que la administración concursal haya de reintegrar a la masa la porción de su retribución que hubiese percibido indebidamente. En todo caso, la resolución que desapruebe la rendición de cuentas habrá de imponer al administrador concursal la sanción de inhabilitación por un lapso temporal que oscilará entre los seis meses y los dos años, ya que este efecto se ha considerado automático y consustancial a la desaprobación (artículo 181.4 LC).

IV. Rescisión de garantías contextuales intragrupo

1. La acción rescisoria concursal y las presunciones de perjuicio para la masa en la constitución de garantías contextuales

La Sala Primera ha afrontado el estudio en el marco de la acción rescisoria concursal de las garantías contextuales a favor de tercero, en particular, cuando han sido prestada como operaciones de grupo entre sociedades pertenecientes al mismo grupo. La correcta comprensión de la doctrina jurisprudencial elaborada por el Alto Tribunal en relación a la rescisión de este tipo de operaciones se considera imprescindible acometer un breve análisis del objeto y finalidad de la acción rescisoria, así como de los presupuestos y legitimación activa para su ejercicio en sede concursal.

El artículo 71, apartado 1, LC dispone que “declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. El perjuicio para la masa activa del concurso ha sido definido por la Sala Primera⁷ como un

⁷ STS de 26 de octubre de 2016 [RJ 2016/5359], resume la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera referente al concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal:

“Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal. Jurisprudencia:

1.- Son distintos los casos en que un negocio jurídico puede resultar rescindible, a partir de la cláusula general del art. 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”.

La Sentencia de esta Sala núm. 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415), declaró 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 en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo

sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que supone una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artículo 71 LC), y, además, debe carecer de justificación.

El sacrificio patrimonial injustificado —vid. SSTS n.º 629/2012, de 26 de octubre [RJ 2012/10415], n.º 487/2013, de 10 de julio [RJ 2013/499] y n.º 428/2014, de 24 de julio [RJ 2014/4590], entre otras— requiere para su apreciación: i) una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa —art. 76— y ii) la inexistencia de justificación para esta minoración. La reciente STS n.º 117/2018, de 6 de marzo [RJ 2018/943], recopila la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera referente a este concepto.

Por lo que respecta a la legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria, el artículo 72.1 LC, establece que “la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal”. Al respecto, la SJM Oviedo 3 septiembre 2007 ha precisado que la administración concursal no precisa el refrendo judicial para interponer acciones de reintegración, pues está facultada, por propia autoridad, para interponer las que convengan a los intereses del

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. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que 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 LC), y, además, debe carecer de justificación”.

2.- La jurisprudencia, pues, concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado (sentencias núm. 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio (RJ 2013, 4998); 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 2907); 428/2014, de 24 de julio (RJ 2014, 4590); y 105/2015, de 10 de marzo (RJ 2015, 2678)). Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume iuris et de iure el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio iuris tantum previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, trasladan a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa”.

concurso. Asimismo, según lo preceptuado en el artículo 72.3 LC, “las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado”.

Para facilitar la prueba del perjuicio para la masa activa del acto que se pretende rescindir, el artículo 71 LC establece dos tipos de presunciones, *iuris et de iure* -párrafo 2- y *iuris tantum* -párrafo 3-. Fuera de aquellos casos en que resulten aplicables estas presunciones, se dispone en el artículo 71.4 LC que “el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria”.

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, ha sido particularmente intensa la evolución en el posicionamiento de nuestros órganos judiciales en relación a la incidencia que produce la pertenencia de la concursada a un grupo de sociedades en la rescisión de operaciones societarias. En lo que respecta a la rescisión de garantías contextuales intragrupo, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera ha sido determinante en la configuración concursal del concepto de grupo de sociedades, así como en lo referente a la apreciación de la relevancia de la contextualidad en la constitución de garantías —reales y personales— a los efectos de la calificación como acto de disposición a título gratuito u oneroso; ello tendrá indudable trascendencia para la apreciación de la prueba del perjuicio para la masa como consecuencia del juego de la presunción *iuris et de iure* de perjuicio que sólo se prevé en el artículo 71.2 LC para los actos de disposición a título gratuito. También han profundizado las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo de los últimos años en la relevancia que presenta la invocación del “interés de grupo” como elemento enervador del perjuicio para la masa en caso de ejercicio de la acción rescisoria concursal.

A los efectos previstos en el artículo 71 LC, la expresión “acto de disposición” debe entenderse en sentido amplio, comprensiva de cualquier acto que entrañe un perjuicio para la masa activa⁸. Así lo expresa la STS n.º 295/15, de 3 de junio, cuando considera que “si la fianza hubiera sido gratuita, como ya señalábamos en la STS 193/2014, de 21 de abril (RJ 2014, 3846), aunque el art. 71.2 LC se refiera a “actos de disposición a título gratuito”, la fianza “sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un

⁸ HERBOSA, I., “La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)”, Anuario de Derecho Concursal n.º 36/2015, págs. 129-169, BIB 2015/2413.

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”.

La STS de 8 de junio de 2016 [ROJ: STS 2637/2016], refleja la doctrina de la Sala en relación a la valoración del perjuicio que irroga la constitución de una nueva garantía, con fundamento en la aplicación del artículo 71 LC y, a los efectos que aquí interesan, manifiesta:

“Con carácter general, sentencias núm. 58/2015, de 23 de febrero y núm. 143/2015, de 26 de marzo, esta Sala, a propósito del artículo 71.3.2.º LC, tiene declarado:

“[...]La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa porque “implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recae, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito” (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concorra otra circunstancia que le prive de justificación”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de octubre de 2016 [ROJ 4646/2016], que califica la constitución de garantías sobre bienes del deudor como actos de disposición, en los que el concepto de perjuicio se concreta en el sacrificio patrimonial para la masa activa que puede comportar su otorgamiento”.

No obstante lo anterior, la onerosidad de la garantía contextual a favor de deuda ajena no bloqueará la acción rescisoria concursal si, en las circunstancias concurrentes, es posible apreciar la existencia de perjuicio para la masa en la constitución de la garantía. El carácter oneroso de las

º SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “La rescisión de garantías contextuales a favor de deuda ajena (a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 3 de junio de 2015)”, Anuario de Derecho Concursal n.º 37/2016, págs. 365-392.

garantías contextuales excluye la aplicación de la presunción de perjuicio para la masa del artículo 71.2 LC y así, a salvo los supuestos en los que entre en juego alguna de las presunciones iuris tantum de perjuicio para la masa del artículo 71.3 LC¹⁰, la prueba de su concurrencia le corresponderá a quien entable la acción rescisoria concursal –artículo 71.4 LC–.

Además, si se constata el carácter contextual de la garantía, pesará sobre la administración concursal la carga de probar que, pese a ello, o bien la garantía se presta a título gratuito o bien, presumida la onerosidad, que carece de equivalencia o proporción.

2. La noción concursal de grupo de sociedades y el interés de grupo como elemento enervador del perjuicio

El concepto de grupo de sociedades en el marco concursal se delimita en la actualidad de acuerdo con el artículo 42 CCom y ello en virtud de la remisión efectuada en la D.A. 6.^a LC. La redacción actual del precepto y la adopción del elemento de control como parámetro definitorio del grupo fue introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para una armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, que modificó el artículo 42 CCom e incluyó la referencia al control que se ostente o se pueda ostentar directa o indirectamente sobre otra u otras sociedades; se establecieron además unas presunciones que constituyen indicadores de la existencia de ese control ejercido por la sociedad dominante hacia la dependiente.

La STS n.º 134/2016, de 4 de marzo, examinaba el concepto de grupo a los efectos del artículo 93.2.3.º LC y, después de reconocer que bajo la redacción originaria de la Ley Concursal no existía en nuestro ordenamiento jurídico mercantil un concepto unitario de grupo de sociedades, señala que “la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para evitar equívocos sobre la noción de grupo de sociedades, introdujo la actual disposición

¹⁰ En el apartado 3 del artículo 71 LC se contemplan como presunciones iuris tantum de perjuicio para la masa las que se refieren a la realización de los siguientes actos:

“1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”.

adicional 6.^a de la Ley Concursal, según la cual “a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio”.

Con esta remisión, ahora queda claro que la noción de grupo, en toda la ley concursal, viene marcada no por la existencia de una “unidad de decisión”, sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1 CCom, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio. En el párrafo segundo, expresamente se afirma que “(e)xiste un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

El concepto de grupo de sociedades que maneja el artículo 42 CCom resulta plenamente aplicable al proceso concursal y ello a pesar de que este precepto regula las situaciones en las que surge dentro del grupo la obligación de consolidar las cuentas anuales. Con todo, el legislador ha optado por efectuar una remisión al concepto de grupo que se contiene en este precepto, por lo que esta noción quedará circunscrita en el concurso a los grupos verticales o jerárquicos, en los que una sociedad controla directa o indirectamente a las restantes. Tanto es así que la configuración del concepto de grupo sobre la base de una dirección unitaria —que sirvió para la construcción doctrinal y jurisprudencial de este concepto— ha sido desplazada por el elemento del control, lo que para algunos autores (FUENTES NAHARRO) tiene su explicación en razones puramente pragmáticas, ante la mayor dificultad probatoria de que se ve aquejada la “unidad de decisión”.

La idea nuclear sobre la que pivota el concepto de grupo se identifica con el control, directo o indirecto, por lo que a los efectos de la subordinación de los créditos en el concurso será relevante la existencia de una situación de dominio entre dos o más sociedades. Así lo corrobora la STS n.º 190/2017, de 15 de marzo [RJ 2017/1370], que estima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013 [PROV 2014/19588], y asume el criterio que condujo al Magistrado discrepante a formular su voto particular. La Sala Primera considera que la remisión de la D.A. 6.^a LC al artículo 42.1 CCom se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, que se traduce en el control —directo, indirecto, real o potencial— al que se refiere el precepto, aunque ello no conlleve la exigencia de que quien ejerza el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales. En esta resolución se exponen las razones por las que se concede

el tratamiento de persona especialmente relacionada con el deudor a una sociedad perteneciente al grupo de la concursada y que determinan la clasificación de su crédito como subordinado: “La posibilidad de que el acreedor, al ser una sociedad sometida al mismo control que la sociedad deudora, pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor, que haya podido tener alguna influencia en su actividad, o que la financiación otorgada por esa sociedad del grupo intente paliar la infracapitalización de la sociedad deudora, que son las principales razones de que sus créditos se posterguen respecto de los de acreedores que no tengan la calificación de personas especialmente relacionadas, son circunstancias que concurren plenamente en un supuesto como el que es objeto del recurso, en el que una persona física controlaba a la deudora y a la acreedora, hasta el punto de que ambas sociedades tenían el mismo administrador y sus ejecutivos tenían poderes cruzados para actuar indistintamente en nombre de una y otra”.

Para la Sala Primera, si existe control —en el sentido definido en el artículo 42 Ccom—, es indiferente para que pueda apreciarse la presencia de grupo de sociedades a efectos concursales que en la cima se halle una sociedad mercantil o una persona física que no esté sometida a la obligación de formular cuentas e informe de gestión consolidados.

La doctrina (VILLORIA) ha precisado que la prestación de garantías en relación a deudas de otra de las sociedades perteneciente al mismo grupo de la garante podrá constituir un acto a título oneroso si ésta obtuvo una contraprestación directa o indirecta como consecuencia de la prestación de la garantía. Se sostiene por este sector doctrinal que la onerosidad o gratuidad de la garantía intragrupo debe ser examinada en atención a la existencia de alguna clase de contraprestación en la relación tripartita, aunque como regla general podrá afirmarse que, cuando exista un interés de grupo, la prestación de la garantía a favor de otra de las sociedades del grupo se entenderá onerosa, a salvo el supuesto en que la pertenencia al grupo no le reporte ventaja alguna a la sociedad garante.

La dificultad estriba en identificar los beneficios que reporta al garante el otorgamiento de la garantía, habida cuenta que la mera pertenencia al grupo, así como la genérica invocación del “interés de grupo”, no son per se elementos suficientes para neutralizar la existencia del perjuicio.

La STS n.º 695/2015, de 11 de diciembre [RJ 2015/5440], ha establecido importantes precisiones en relación a la necesaria ponderación del “interés de grupo” en los casos de pertenencia de varias sociedades al mismo grupo,

cuando se produzcan conflictos entre el interés de grupo y el interés social particular de cada sociedad filial. Si bien el supuesto sometido a la consideración de la Sala se refería al ejercicio de una acción social de responsabilidad contra el administrador de una de las filiales del grupo al que se imputaba una actuación infractora del deber de lealtad —consistente en la desviación a otra sociedad del grupo la mayor parte de la clientela que había logrado captar en Francia la sociedad de la que era administrador—, los razonamientos empleados por el Alto Tribunal sirven como parámetro para el enjuiciamiento de conductas que pudieran ser perjudiciales para la filial pero beneficiosas para el grupo en el que aquélla se integra.

Se trata así de hallar el equilibrio entre los dos intereses en liza —el interés de grupo y el interés particular de la sociedad filial—, que habrá de buscarse “en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial).

Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones”.

3. Posición de la Sala Primera en relación a la rescisión de garantías contextuales y no contextuales intragrupo

En la STS 100/2014, de 30 de abril, se ha definido la garantía a favor de tercero como aquélla que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación en la que el obligado principal es una persona ajena al que presta la garantía personal o real. En esta resolución se altera el prisma desde el que de ordinario se había examinado la constitución de las garantías contextuales, al analizar la operación atendiendo a la relación trilateral que se origina entre garante, acreedor y deudor garantizado, de modo que la Sala concluye que la garantía “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”. En esta resolución, al Alto Tribunal añade las siguientes consideraciones: “...tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza. [...]

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 constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este, 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 del tercero”.

La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera ha calificado como contextuales las garantías que son coetáneas al nacimiento del crédito garantizado y ha considerado que en esa hipótesis la prestación de la garantía se presume onerosa. También la doctrina (GIRGADO PERANDONES) se ha referido a las garantías contextuales como aquéllas en las que el préstamo es coetáneo y vinculado a la garantía. Se recuerda que si el garante y el deudor pertenecen al mismo grupo de sociedades, las garantías prestadas por uno de sus miembros a favor de otra de las sociedades del grupo se habían calificado, inicialmente, como actos gratuitos; pero este criterio ha sufrido una evolución jurisprudencial relevante, de la que es expresión la STS n.º 100/2014, de 30 de abril.

De este modo, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera define la garantía contextual como aquélla que es coetánea con el nacimiento del crédito garantizado; en este caso, la garantía se entiende correspondiente a la concesión del crédito y, por ello, onerosa, lo que excluye en el marco de la rescisoria concursal el juego de la presunción *iuris et de iure* de perjuicio para la masa a que se refiere el artículo 71.2 LC.

Por el contrario, en el caso de las garantías no contextuales sobre deuda ajena, para comprobar la onerosidad o la gratuidad de la garantía, habrá que analizar las circunstancias que concurrieron al tiempo de su constitución. No será posible reputar automáticamente la constitución de la garantía no contextual sobre deuda ajena como un acto de disposición a título gratuito, sino que habrá que ponderar cuáles fueron las ventajas

patrimoniales obtenidas por la prestación de la garantía: salvo que se acredite que el garante obtuvo alguna ventaja patrimonial –directa o indirecta– por la constitución de la garantía, habrá que entender que se trata de un acto de disposición a título gratuito.

La STS n.º 401/2014, de 21 de julio, recuerda que en el asunto al que hacía referencia la sentencia n.º 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014/2907), se trataba de una “garantía hipotecaria “contextual” prestada simultáneamente a la concesión del crédito por una filial a favor de otra filial del mismo grupo. Se señaló entonces que, “salvo prueba en contrario la garantía coetánea o contextual con la concesión del crédito se entenderá una prestación correspectiva al otorgamiento de éste, y por tanto onerosa”. Sin embargo, en el supuesto sometido a la consideración de la Sala en la STS de 21 de julio de 2014 concurren determinadas circunstancias diferenciadoras, que se identifican como las dos siguientes:

a) En el momento de otorgamiento de la garantía real por parte de una sociedad del grupo por una deuda de otra sociedad del grupo, no existe una correspectiva prestación a favor de la garante. La inexistencia de contextualidad conlleva la calificación del acto como dispositivo a título gratuito ante la ausencia de contraprestación a favor del garante.

b) La garantía se prestó por obligaciones preexistentes y la garante no recibió nada a cambio en el acto de su otorgamiento.

La Sala Primera añade una interesante reflexión acerca de la mera invocación de la pertenencia de ambas sociedades al mismo grupo de sociedades a los efectos de valorar la existencia de determinadas ventajas que actuaran como elemento enervador del perjuicio: “Aún admitiendo, como reconoce la sentencia, que existe grupo por la unidad de dirección (grupo vertical y participativo), la hipoteca no garantizaba un suministro futuro (de tratarse de una hipoteca de máximo, si se prefiere, ex art. 158 bis LH), lo que podría haber destruido la noción de perjuicio. Se trata en el caso enjuiciado de una hipoteca de reconocimiento de deuda y ampliación de la garantía hipotecaria. Se otorga en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes sin que nada recibiera a cambio la hipotecante no deudora. Luego la garantía debe rescindirse, bien porque se da el supuesto del art. 71.2 LC, por tratarse de una garantía gratuita”.

En suma, la gratuidad sólo podrá apreciarse si el resultado del análisis de todas las circunstancias concurrentes en la operación revelan que la sociedad garante no obtuvo contraprestación alguna por el otorgamiento de la garantía. Con todo, si se ha reconocido la existencia de un grupo de

sociedades y se ha constituido por una de sus integrantes una garantía a favor de otra sociedad del grupo, en caso de ejercicio de la acción rescisoria en el concurso de la garante, será posible aplicar la presunción de perjuicio del artículo 71.3.1.º de la Ley Concursal. Esta presunción de perjuicio para la masa admite prueba en contrario, por lo que será posible destruirla y, consecuentemente, evitar los efectos de la rescisión mediante una justificación adecuada de que el acto objeto de impugnación consistió en una operación de grupo que, si bien causó un detrimento en el patrimonio de la garante, fue compensado de manera suficiente mediante las correspondientes ventajas económicas, que incluso pudieron ser anteriores a la realización de acto.

V. Financiación de socios y rescisión de operaciones

El último de los epígrafes que resta por analizar se refiere a la rescisión de determinadas operaciones societarias vinculadas con la devolución a los socios de préstamos y otros negocios jurídicos análogos destinados a la financiación de la concursada, siempre que estos actos de disposición se hubiesen producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad. Las sociedades de capital pueden incurrir en determinados casos en una situación de infracapitalización nominal, que estará presente en aquellas compañías que cuentan con los recursos económicos suficientes para el desarrollo de la actividad que constituye su objeto social, aunque los socios no han suministrado tales recursos por medio de aportaciones a capital social —iniciales o como consecuencia de una operación de aumento—, sino que la inyección de aquellos recursos se ha producido por medio de préstamos u negocios jurídicos análogos; ello genera en los socios una expectativa de recuperación futura pero, al tiempo, conlleva un desplazamiento del riesgo empresarial a los acreedores. Por este motivo, las devoluciones a los socios de los conocidos como “préstamos sustitutivos de capital” —concedidos por el socio a la sociedad en supuestos de infracapitalización— será una de las operaciones que frecuentemente se impugnarán por medio de la acción rescisoria, si la sociedad hubiese sido declarada en concurso y la devolución del préstamo al socio hubiese tenido lugar dentro del período sospechoso.

El planteamiento legal parte nuevamente de lo establecido en el artículo 71 LC, por lo que la rescisión de estos actos de disposición realizados en período sospechoso dependerá de su calificación como actos perjudiciales para la masa activa. La valoración de las circunstancias fácticas en las que

tuvo lugar la devolución del préstamo al socio habrán de ser valoradas por la administración concursal a fin de decidir si procede entablar la acción rescisoria concursal; operará, a falta de ejercicio de esta acción por la administración concursal, la legitimación subsidiaria de los acreedores prevista en el artículo 72, apartado 1, LC.

En relación con la presunción de perjuicio patrimonial aplicable a los pagos realizados por la concursada, la STS de 10 de julio de 2013, reitera la doctrina ya apuntada en la STS de 26 de octubre de 2012 en relación a la posible rescisión de los pagos debidos efectuados dentro del periodo sospechoso; en esta resolución se consideraba que “como regla general los pagos, aunque conllevan 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, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos 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. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, 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” [igual condición de los acreedores]...”.

En el caso de los pagos debidos, el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato (par conditio creditorum): si se trata de pagos efectuados por la sociedad para amortizar total o parcialmente préstamos o actos de análoga naturaleza concedidos por los socios —concurra o no en ellos la condición de administradores sociales—, se presumirá la existencia de perjuicio para la masa, salvo prueba en contrario (artículo 71.3.1.º LC), siempre que los socios tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor ex artículo 93.2.1.º LC.

Por tanto, para que las devoluciones de préstamos efectuados por los socios pueden ser calificadas como perjudiciales para la masa activa habrán de ponderarse, con carácter previo, cuáles fueron las circunstancias concurrentes en el momento del pago —insolvencia de la compañía o proximidad temporal con la declaración de concurso, condición de la

persona a cuyo favor se realiza el pago o naturaleza del crédito—: si se acredita que no existían circunstancias anormales en el instante en que tuvieron lugar los pagos debidos al socio, devendrá inoperante la presunción de perjuicio para la masa que establece el artículo 72.3.1.º LC.

Por lo que respecta a los efectos de la rescisión, atendida la naturaleza unilateral del pago, únicamente conlleva la obligación de restitución, con los intereses, mientras que el crédito a favor del acreedor habrá de ser reconocido en el concurso como crédito concursal, cuya clasificación será la de subordinado si se trata de créditos cuyos titulares son personas especialmente relacionadas con el deudor, como ocurre en el caso de los socios con participación relevante en el capital social que supere los umbrales del artículo 93.2.1.º LC. La STS de 26 de octubre de 2012 examina la cuestión relativa a los efectos de aquella rescisión y concluye que “si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, 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 afecte tan 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 pertinente”.

CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2004, este texto legal ha sufrido más de una veintena de modificaciones en las que se ha tratado de adaptar la redacción de sus preceptos a muchos de los problemas interpretativos que suscitaba la aplicación de la norma, así como dar respuesta expresa a cuestiones e incidencias que sólo afloraron una vez que la Ley Concursal inició su andadura.

Podemos extraer, tras el estudio de las cuestiones a las que hemos dedicado las páginas precedentes, las conclusiones que a continuación se expondrán.

1. Ejecuciones separadas y apremios administrativos sobre el patrimonio del concursado; las medidas cautelares y el concurso de acreedores

– La Ley Concursal ha acotado y restringido los privilegios que concedía la anterior legislación de insolvencias³¹⁹. El artículo 89.2 LC parte de la previsión general de la no concesión en el concurso de más privilegios o preferencias que los reconocidos en la Ley. Ello guarda conexión con el principio de paridad de trato, también conocido con la expresión *par conditio creditorum*, en virtud del cual “la Ley parte de la consideración de la proporcionalidad o igualdad de los acreedores como la regla general, por lo que los tratamientos discriminados de los créditos deben ser estimados como excepciones”³²⁰.

– En el artículo 55 LC se supedita la continuación después de la declaración de concurso de las ejecuciones laborales y procedimientos administrativos de apremio a la concurrencia de varios requisitos: iniciación de estas ejecuciones y apremios con anterioridad a la declaración de concurso; declaración por el juez del concurso del carácter no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor de los bienes

³¹⁹ La Exposición de Motivos de la LC establece como uno de los objetivos de esta Ley la restricción de los privilegios o preferencias con el fin de favorecer las razonables expectativas de cobro de todos los acreedores concursales. Con ello se pretendía corregir la situación que fomentó la legislación precedente en la que se habían adicionado preferencias que dificultaban la aplicación de aquella normativa.

³²⁰ GARRIDO, J.M., “Artículo 89”, Comentario de la Ley concursal, ROJO/BELTRÁN (Dir.), Tomo I, Civitas, 2004, pág. 1597.

y/o derechos sobre los que recae la ejecución; fijación de un momento temporal que constituirá el límite máximo hasta el que podrán continuar aquellos procedimientos, que se corresponde con la aprobación del plan de liquidación.

– Por lo que respecta a la adopción de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, el artículo 8.4.º LC le atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda medida cautelar que tenga incidencia sobre el patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que quedan excluidos de su ámbito de competencia objetiva de conformidad con el n.º 1 del mismo artículo; también quedan fuera del ámbito de competencia objetiva del juez del concurso las medidas cautelares acordadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de las facultades atribuidas a aquél para decretar su suspensión o alzamiento (art. 52 LC).

– Una vez declarado el concurso, si se pretende alzar una medida cautelar con trascendencia sobre el patrimonio del concursado habrá de efectuarse una primera diferenciación en atención al momento temporal en el que se hubiese acordado la medida: i) si se trata de una medida cautelar decretada con anterioridad a la declaración de concurso le corresponderá la competencia para alzarla o dejarla sin efecto al órgano judicial que la adoptó; ii) si la medida cautelar tiene incidencia en el patrimonio del concursado y se acordó con posterioridad a la declaración de concurso, la competencia exclusiva y excluyente para ordenar su alzamiento habrá de corresponder al juez del concurso, al desplegar en tal caso todos sus efectos la previsión competencial prevista en el artículo 8.4.º LC.

– La *vis atractiva* del juez del concurso implica que una vez declarado el concurso le esté legalmente atribuida la competencia para acordar, con carácter general, las medidas cautelares que tengan trascendencia sobre el patrimonio del concursado. Idéntica competencia le corresponderá para decretar su alzamiento, aunque si se hubiese acordado por otro órgano administrativo o judicial con carácter previo a la declaración de concurso y este órgano no accediese a dejar sin efecto la medida decretada, la posibilidad que le restará al juez del concurso será ordenar su alzamiento al amparo del artículo 149.5 LC: al tenor de este precepto, los bienes y derechos del concursado se enajenan en el concurso libres de las cargas y gravámenes constituidas en garantía de créditos concursales, por lo que en el momento de su realización en sede liquidatoria procederá el dictado de

una resolución judicial que cancele las cargas que gravan los activos del concursado, incluidas las medidas cautelares que recayesen sobre tales activos.

2. Ejecuciones de garantías reales en el concurso: en particular, en caso de concurso del hipotecante no deudor y del deudor no hipotecante

– El artículo 56 LC prevé el bloqueo temporal de los procedimientos de ejecución hipotecaria que recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor como efecto de la declaración de concurso. La competencia para pronunciarse sobre el carácter necesario de determinados bienes y/o derechos objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria le corresponderá al juez del concurso (artículo 56.5 LC).

– En el caso de que el acreedor con garantía real sobre bienes y/o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no hubiese iniciado la ejecución separada antes de la declaración de concurso, al tenor del artículo 56, apartado 1, LC no podrá instarla “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”; si las ejecuciones singulares paralizadas por efecto del artículo 56 LC se reanudasen una vez declarado el concurso, la competencia para conocer de la ejecución de la garantía real corresponderá al juez del concurso ex artículo 57 LC. Por el contrario, si la ejecución singular -judicial o extrajudicial- recayese sobre un bien o derecho que no tuviese la condición de necesario, la declaración de concurso no producirá como efecto la suspensión temporal de la tramitación del procedimiento de ejecución, que podrá continuar tramitándose al margen del concurso ante el órgano competente.

– La disociación entre deuda y responsabilidad permite la constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena. Esta disociación tiene lugar en el caso del “hipotecante no deudor”, definido como aquél que constituye una hipoteca sobre un bien de su propiedad en garantía de una deuda de un tercero. Si la transmisión de los bienes gravados tiene lugar una vez constituida la garantía y sin que el adquirente asuma la obligación garantizada, éste habrá de ser reputado “tercer poseedor” del bien hipotecado.

– No encontramos en la LC ninguna referencia explícita al hipotecante no deudor, a pesar de que sí existe una mención a la figura del tercer

poseedor, precisamente para excepcionar de la paralización de la ejecución con garantía real prevista en el artículo 56.4 LC el supuesto en que el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto del procedimiento de ejecución de la garantía. No existe una equiparación legal absoluta entre las figuras del hipotecante no deudor y del tercer poseedor, a pesar de que el tratamiento en sede concursal podrá considerarse idéntico en determinados extremos (por ejemplo, en nuestra opinión, a los efectos de la aplicación del artículo 56.4 LC al hipotecante no deudor). En particular, las especialidades en caso de concurso del hipotecante no deudor y del tercer poseedor del bien hipotecado se plantean en sede de ejecución separada de la garantía por parte del acreedor hipotecario - artículos 56 y 57 de la LC-, clasificación del crédito del titular de la garantía, vinculación al convenio judicialmente aprobado por parte del acreedor hipotecario y cancelación de la carga hipotecaria en sede de liquidación concursal.

3. La problemática actual de la rendición de cuentas de la administración concursal: en particular, la alteración del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa en el artículo 176 bis 2 LC

– La administración concursal deberá confeccionar una rendición de cuentas final con carácter previo a la conclusión del concurso por finalización de las operaciones de liquidación o por insuficiencia de masa activa, así como en todos los supuestos de cese anticipado en el cargo (aprobación judicial del convenio, renuncia o separación). El informe de rendición de cuentas final deberá incluir una parte explicativa, en la que se detallará el uso que se haya realizado de las facultades de administración y disposición conferidas al administrador concursal; también deberá incorporar una parte numérica, en la que deberá expresarse el resultado y saldo final de las operaciones realizadas, incluida la relación de los pagos efectuados a los acreedores, el listado de créditos contra la masa devengados y abonados, fechas de sus respectivos vencimiento e indicación del orden legal de prelación seguido para su pago. Por último, habrá de incluirse información sobre la retribución de la administración concursal que ha sido satisfecha con cargo a la masa.

– En la oposición que se formule a la rendición de cuentas final por el cauce del incidente concursal al que se refiere el artículo 181.2 LC podrá cuestionarse si se respetó el orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa; también podrá impugnarse por esta vía el abono

que la administración concursal se hubiese hecho de sus propios honorarios. La sentencia que estime la oposición a la rendición de cuentas final no podrá reordenar los pagos que se hubiesen realizado en el concurso pero sí podrá acordar que la administración concursal proceda a adecuarlos al contenido de la Sentencia. En consecuencia, en la nueva rendición de cuentas que confeccione la administración concursal deberá acomodar su contenido al Fallo de la resolución, debiendo previamente interponer las acciones judiciales que procedan para lograr que se reintegren las sumas indebidamente satisfechas a alguno de los acreedores; en su caso, también habrá de proceder a la devolución a la masa de la retribución que percibió con vulneración del orden de pagos.

– Según la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera -Sentencias de 22 de julio de 2015 y 6 de abril de 2017- la desaprobación de la rendición de cuentas final comportará la inhabilitación del administrador concursal, que habrá de imponerse de forma automática, incluso si no hubiese mediado petición expresa de la parte que formuló oposición a la rendición. A salvo el supuesto en que no se hubiera interesado expresamente su aplicación - que conllevará que se fije por el mínimo legal de seis meses-, en los restantes casos la ponderación de las circunstancias concurrentes, tales como la gravedad de la irregularidad o de la incorrección apreciada, únicamente podrá conducir a modular la duración de la sanción, pero no a su exclusión.

4. Rescisión de garantías contextuales intragrupo

– La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera expresada a partir de la STS de 30 de abril de 2014 ha definido la garantía contextual como aquella que es coetánea con el nacimiento del crédito garantizado; en este caso, la garantía se entiende correspectiva a la concesión del crédito y, por ello, onerosa. Esta calificación del acto dispositivo excluye en el marco de la rescisoria concursal el juego de la presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa a que se refiere el artículo 71.2 LC.

– En el caso de que el garante y el deudor pertenezcan al mismo grupo de sociedades, las garantías prestadas por uno de sus miembros a favor de otra de las sociedades del grupo se califican inicialmente como actos de disposición a título oneroso. Pero esta calificación no impedirá la rescisión de la garantía en aquellos supuestos en que no se pueda corroborar la existencia de beneficios para el garante que se deriven del otorgamiento de la garantía: en este sentido, la mera pertenencia al grupo y la genérica invocación del “interés de grupo” para justificar su otorgamiento, no son per

se elementos suficientes para neutralizar la existencia del perjuicio para la masa.

– La prueba de la existencia de perjuicio para la masa se verá facilitada en caso de ejercicio de una acción rescisoria encaminada a privar de eficacia a la constitución de una garantía –real o personal- a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo de la concursada mediante la activación de la presunción de perjuicio del artículo 71.3.1.º LC: el precepto establece que, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de actos de disposición a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor; el artículo 93.2.3.º LC considera personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada.

5. Financiación de socios y rescisión de operaciones societarias

– Se definen los préstamos sustitutivos de capital como operaciones societarias que encubren un supuesto de infracapitalización nominal: el capital a crédito que dota a la sociedad de recursos financieros para el desarrollo de su actividad procede de los socios, aunque no se facilitan los recursos económicos por medio de aportaciones a capital, sino que se acude a préstamos o negocios análogos, que generan en el socio una expectativa de recuperación. La infracapitalización priva a los acreedores de la garantía que el patrimonio de la sociedad deudora representa para el cobro de sus créditos, por lo que queda mermada la justificación del pago que el socio acreedor se hace del crédito procedente de estos préstamos societarios.

– No se contiene en nuestra legislación una regulación específica para el fenómeno de la infracapitalización, ni se impone una responsabilidad a los socios por la ausencia de una capitalización adecuada de la sociedad. Sí se encuentra en la LC una respuesta para este tipo de situaciones, ya sea por la vía de la subordinación crediticia (artículo 92.5 LC), ya sea por la vía de la rescisión de las devoluciones de estos préstamos societarios, cuando estos pagos se hubiesen producido en los dos años anteriores a la declaración de concurso y su devolución pudiera ser constitutiva de un “sacrificio patrimonial injustificado” (artículos 71 y ss LC).

– El legislador opta por la subordinación automática de los préstamos o negocios de naturaleza análoga concedidos por los socios –artículo 92.5 LC–, cuando se trate de socios que “sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en

concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera” (artículo 93.2.1.º LC): se opta por la solución concursal al problema de la infracapitalización, cuyo efecto legal no es la reclasificación de la aportación y su conversión en capital de responsabilidad, sino su postergación automática con independencia del grado de capitalización de la sociedad.

– A salvo los supuestos en que opera la presunción *iuris et de iure* de perjuicio para la masa del artículo 71.2 LC, que entrará en juego si se hubiesen abonado con carácter previo a la declaración de concurso créditos cuyo vencimiento fuese posterior a ésta, en el caso de devolución de las cantidades prestadas por socios relevantes cuyo porcentaje de participación en el capital social supere los umbrales fijados por el artículo 93.2.1.º LC, se aplicará la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial para la masa del artículo 71.3.1.º LC.