



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

La Administración Concursal. El Informe

Autor:

Henry Oliver Peredo Herrera

Director:

María Isabel Candelario Macías

DEPARTAMENTO: DERECHO PRIVADO

Getafe, enero 2017



TESIS DOCTORAL

TÍTULO DE LA TESIS

La Administración Concursal. El Informe

Autor: *Henry Oliver Peredo Herrera*

Director: *María Isabel Candelario Macías*

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

A mis padres y hermana por su generosidad, amor y ejemplo.

A mi esposa Jancarla, por su amor, apoyo y confianza desde el primer momento.

A mi Santiago, por su sonrisa y por permitirme haberle robado muchas horas de juego.

A mi hermana Wendy, a quien extraño con toda el alma.

Agradecimiento

A mi mentora María Isabel Candelario Macías, porque sin ella, todo el esfuerzo nunca se hubiera plasmado en esta tesis. Gracias por su profesionalidad, su dirección, por su apoyo, confianza y sobre todo por su paciencia.

Gracias también, porque más allá de la relación maestro-alumno, encontré en ella a un gran ser humano de enorme corazón con quien compartí muchas alegrías y también muchas tristezas, y que con sus sabios consejos hizo que viera las cosas de una manera siempre positiva.

Mi eterno agradecimiento y mi eterno cariño.

LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. EL INFORME

Índice.....	1
Abreviaturas	9
Justificación	13
Metodología	21

CAPÍTULO I CONSTITUCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. ANTECEDENTES.....	25
1.1 La Roma antigua y el <i>Curator Bonorum</i>	25
1.2 El <i>Curador</i> y el <i>Depositario</i> a partir de las Ordenanzas de Bilbao en España .	28
1.3 La Codificación y su influencia en la designación de órganos no Jurisdiccionales en la insolvencia.....	31
1.3.1 La Quiebra y los órganos de administración y representación	31
1.3.2 El Comisario	36
1.3.3 El Depositario Administrador	40
1.3.4 Los Síndicos.....	44
1.4 La Suspensión de Pagos.....	53
1.4.1 Los Interventores Judiciales.....	57
2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	69
3. LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000.....	75
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA LEY 22/2003. PRESUPUESTOS GENERALES.....	77
4.1 El Auto de Declaración de Concurso	83
5. LOS MODELOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	90
5.1 El modelo histórico tradicional	95
5.2 El modelo público.....	96
5.3 El modelo privado	97
5.4 El modelo de la Administración Concursal en la Ley 22/2003 Concursal.....	98

6. CUALIDADES SUBJETIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY 17/2014	104
6.1 La opción de una administración concursal profesionalizada	106
6.2 La unipersonalidad de la Administración Concursal.....	108
6.3 La Administración Concursal persona física	110
6.4 La Administración Concursal persona jurídica.....	111
7. EL SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	114
7.1 La designación de la Administración Concursal por turno correlativo	115
7.2 La designación de la Administración Concursal en función al tamaño del concurso	116
7.3 El procedimiento abreviado y la elección de la Administración Concursal ...	120
7.4 Concursos conexos y la Administración Concursal	123
8. PUBLICIDAD. EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL	125
8.1 Inscripción en el Registro Público Concursal de la Administración Concursal	128
8.1.1 El registro de la Administración Concursal. Requisitos	129
9. EXCEPCIONES LEGALES PARA EJERCER EL CARGO DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	132
9.1 La Incapacidad	133
9.2 La Incompatibilidad.....	135
9.3 Prohibiciones.....	140
10. RECUSACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	141
11. EL MEDIADOR CONCURSAL COMO FIGURA <i>TERTIUM GENUS</i> Y SU APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	147
11.1 Nombramiento y funciones del mediador concursal	151
11.2 Responsabilidad del mediador concursal	153
11.3 El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente del mediador concursal.....	155
12. LA REGULACIÓN EUROPEA DE INSOLVENCIA Y LA ADMINISTRACION CONCURSAL	156
12.1 La Administración Concursal en el Reglamento Europeo 2015/848 de 20 de mayo	161
12.1.1 El Coordinador-administrador concursal.....	166

13. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	167
13.1 La Administración Concursal en el Derecho italiano. <i>Il Curatore</i>	168
13.2 La Administración Concursal en el Derecho francés. <i>La Administrateur Judiciaire et le Mandataire Judiciaire</i>	173
13.3 La Administración Concursal en el Derecho alemán. <i>Die Insolvenzverwalter</i>	175
13.4 La Administración Concursal en el Derecho inglés	178
13.5 La Administración Concursal en el Derecho estadounidense	180

CAPÍTULO II

ESTATUTO JURÍDICO Y FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. EL RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN UN SISTEMA COLEGIADO EN LA LEY 22/2003	185
1.1. La actuación colegiada de la Administración Concursal.....	186
1.2. Adopción de acuerdos y su procedimiento	189
2. EL EJERCICIO DEL CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	192
3. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL NUEVO ORDEN ESTABLECIDO POR LA LEY 17/2014	196
4. FUNCIONES DE CARÁCTER PROCESAL.....	199
4.1. Acciones contra el socio personalmente responsable por deudas anteriores a la declaración de concurso	199
4.2. Acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores	203
4.3. Responsabilidad de los administradores de la sociedad en la Ley Concursal.....	205
4.4. Embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores.....	210
4.5. Levantamiento y cancelación de embargos	213
4.6. Enervar acciones de desahucio contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso	216
4.7. Acciones rescisorias y demás de impugnación.....	219
4.8. Solicitud de ejecución de condena	222
4.9. Transformación del procedimiento abreviado en ordinario.....	224
4.10. Sustitución del deudor en los procedimientos judiciales.....	227
4.11. Acciones de índole no personal	229

5. FUNCIONES EN RELACIÓN A LAS PROPIAS DEL DEUDOR O DE SUS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN.....	231
5.1. Actos de disposición para la viabilidad de la empresa.....	232
5.2. Asistencia a los órganos colegiados de la persona jurídica concursada.....	234
5.3. Disposición de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad.....	237
5.4. Solicitud de revocación del nombramiento del auditor de cuentas.....	239
5.5. Ejercicio de derechos políticos del deudor en otras entidades.....	242
5.6. Reclamación de aportaciones sociales diferidas.....	244
5.7. Rehabilitación de contratos de préstamo y de crédito.....	247
5.8. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles.....	251
5.9. Autorización para que el administrador inhabilitado continúe al frente de la empresa.....	253
5.10. Convocatoria de la junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes cubran las vacantes de los inhabilitados.....	256
5.11. Concesión de conformidad para interponer demandas.....	257
5.12. Sustitución de facultades de administración del patrimonio del deudor.....	259
5.13. Medidas de continuación de la actividad profesional o empresarial.....	261
5.14. Formulación de auditoría de las cuentas anuales.....	262
5.15. Resolución de contratos con obligaciones recíprocas.....	265
5.16. Presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.....	267
5.17. Intervención de las facultades de administración del deudor.....	270
5.18. Supervisión de la formulación de cuentas.....	272
5.19. Operaciones para la continuidad de la actividad.....	273
5.20. Autorización de actos de administración y disposición.....	275
5.21. Autorización para desistir, allanarse y transigir litigios.....	277
5.22. Autorización de interposición de demandas.....	281
5.23. Presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.....	282
6. FUNCIONES EN MATERIA LABORAL.....	282
6.1. Cumplimiento de resoluciones judiciales de modificación de las condiciones de trabajo.....	284
6.2. Modificación de las condiciones de trabajo y extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado ...	287
6.3. Intervención en los procedimientos de modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.....	291
6.4. Extinción y suspensión de contratos del concursado con el personal de alta dirección.....	293
6.5. Aplazamiento del pago de indemnizaciones de los contratos de alta dirección.....	296

7. FUNCIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES	298
7.1 Modificación del orden de pago de los créditos contra la masa	300
7.2 Elaboración de la lista de acreedores.....	303
7.3 Solicitud de apertura de la fase de liquidación en caso de cese de la actividad	307
7.4 Comunicación de créditos con privilegio especial	311
7.5 Subsistencia del gravamen en caso de bienes afectos a privilegio especial	314
7.6 Solicitud de realización de pagos de créditos ordinarios.....	316
8. FUNCIONES DE INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	318
9. FUNCIONES DE REALIZACIÓN DE VALOR Y LIQUIDACIÓN.....	320
9.1 Sustitución de administradores o liquidadores en fase de liquidación.....	321
9.2 Plan de liquidación para la realización de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso	324
9.3 Venta directa de bienes afectos a créditos con privilegio especial	330
10. FUNCIONES DE SECRETARÍA	332
10.1. Comunicación electrónica de la declaración de concurso a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social	332
10.2. Comunicación a los acreedores de la declaración de concurso y créditos .	334
10.3. Comunicación a los acreedores de la lista de acreedores provisional.....	336
10.4. Recepción de comunicación de créditos de los acreedores	340
10.5. Asistencia al Secretario del Juzgado en la Junta de acreedores.....	342
10.6. Asistir a la Junta de Acreedores.....	345
10.7. Información de la declaración de concurso a los acreedores con domicilio o sede en el extranjero	347
10.8. Publicidad registral en el extranjero del auto de declaración de concurso .	349
10.9. Traducción al castellano de escritos de comunicación de créditos de acreedores extranjeros.....	350
11. LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	351
11.1 El cálculo de la remuneración concursal	355
11.2 La pérdida de la retribución	360
11.3 La Cuenta Arancelaria	361
11.4 La irrupción de la Sentencia 390/2016 del Tribunal Supremo en relación a los honorarios de la Administración Concursal y su orden de prelación.....	362
12. LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	365

13. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES	368
13.1. La responsabilidad penal de la Administración Concursal.....	372
13.2. Responsabilidad tributaria de la Administración Concursal	375
14. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	377
15. COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	379
15.1. Los Auxiliares Delegados	379
15.2. El Experto Independiente	383
15.3. Los Colaboradores Internos	385

CAPÍTULO III

EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES	387
2. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL INFORME	390
2.1 El análisis del contenido de la memoria	391
2.1.1 Historia Económica	394
2.1.2 Historia Jurídica	399
2.2 El análisis de la contabilidad del deudor	403
2.2.1 Los libros contables del concursado	407
2.2.2 El juicio sobre las cuentas anuales	410
2.3 Memoria sobre las actuaciones y decisiones de la administración concursal	415
3. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA.....	419
3.1 Concepto de masa activa.....	419
3.2 El incremento de la masa activa.....	423
3.3 Reducción de la masa activa	425
3.4 Separación de bienes de la masa activa	426
3.5 Contenido del inventario.....	427
3.5.1 Bienes y derechos incluidos en el inventario	432
3.5.2 Los bienes conyugales en el inventario	437
3.5.3 Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia	440
3.6 Los saldos de cuentas en entidades de crédito	441
4. DETERMINACION DE LA MASA PASIVA.....	442
4.1 Concepto de masa pasiva	442
4.2 Delimitación de la masa pasiva	444
4.3 Comunicación de créditos.....	445
4.3.1. Comunicación extemporánea de créditos	448
4.4 Reconocimiento de créditos	450
4.4.1 El reconocimiento forzoso de créditos	451
4.4.2 Supuestos especiales de reconocimiento de créditos.....	454
4.4.2.1 Créditos condicionales	454

4.4.2.2	El reconocimiento de créditos bajo condición resolutoria	454
4.4.2.3	Créditos de Derecho Público de las Administraciones Públicas objeto de recurso en vía administrativa o judicial	455
4.4.2.4	Créditos reconocidos bajo condición suspensiva litigiosa	456
4.4.2.5	Créditos afianzados por un tercero relacionado con el deudor	457
4.5	Estructura y contenido de la lista de acreedores	458
4.5.1	La relación de acreedores presentada por el deudor.....	458
4.5.2	La lista de acreedores elaborada por la administración concursal	459
4.5.3	La relación de los acreedores incluidos	460
4.5.3.1	Identidad de los acreedores.....	460
4.5.3.2	La cuantía de los créditos	461
4.5.3.3	El vencimiento del crédito.....	463
4.5.3.4	Las garantías de los créditos.....	463
4.5.3.5	La calificación jurídica de los créditos.....	465
4.5.3.6	Los créditos del concursado persona casada	467
4.5.3.7	La relación de acreedores excluidos	468
5.	LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA ACTIVA.....	468
5.1	Naturaleza de los créditos contra la masa	470
5.2	Tratamiento jurídico de los créditos contra la masa	471
5.3	Enumeración legal de los créditos contra la masa.....	473
6.	LOS CRÉDITOS CONCURSALES	484
6.1	Los créditos privilegiados	486
6.2	Los créditos ordinarios	491
6.3	Los créditos subordinados.....	491
7.	LA IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO Y LA LISTA DE ACREEDORES.....	495
7.1	Objeto de impugnación.....	495
7.2	Legitimación activa y pasiva.....	497
7.3	La tramitación de las impugnaciones	498
7.4	La falta de impugnación	499
8.	EVALUACIÓN DE PROPUESTA DE CONVENIO.....	500
8.1	La regulación de la propuesta de convenio	500
8.1.1	La quita y espera a través de nuevos límites	501
8.2	La tramitación ordinaria del convenio	502
8.2.1	La tramitación anticipada del convenio	505
8.3	Aprobación del convenio	506
8.4	El escrito de evaluación sobre el contenido de la propuesta de convenio	508
8.4.1	Estructura y contenido del escrito de evaluación	510
9.	EL PLAN DE LIQUIDACIÓN	512
9.1	Introducción	512
9.2	Alcance e interpretación del plan de liquidación	514

9.2.1	La enajenación unitaria de la empresa o de unidades productivas.....	515
9.2.1.1	Sucesión empresarial sin subrogación de créditos.....	516
9.2.2	Enajenación de bienes y satisfacción de créditos con privilegio especial	517
9.3	El contenido del plan de liquidación	517
9.3.1	La delimitación de la masa activa y pasiva en el plan de liquidación.....	519
9.3.2	La tramitación del plan de liquidación	519
9.3.3	Aprobación judicial y propuestas de realización	522
10.	VALORACIÓN DE LA EMPRESA EN SU CONJUNTO Y DE LAS UNIDADES PRODUCTIVAS QUE LA INTEGRAN BAJO LA HIPÓTESIS DE CONTINUIDAD DE LAS OPERACIONES Y LIQUIDACIÓN	525
10.1	La valoración de la empresa.....	526
10.2	Unidades productivas en el procedimiento concursal.....	529
11.	EXPOSICIÓN MOTIVADA ACERCA DE LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL DEUDOR.....	532
12.	PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME	533
13.	LA PUBLICIDAD DEL INFORME	535
13.1	El deber general de publicidad	535
13.2	El incumplimiento de presentación del informe	537
13.2.1	Responsabilidad.....	537
13.2.2	Pérdida de la retribución	538
	CONCLUSIONES.....	541
	BIBLIOGRAFIA	575
	JURISPRUDENCIA	617
	LEGISLACIÓN	631

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
ADC	Anuario de Derecho Concursal
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
BDM	Boletín Derecho Mercantil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CCiv	Código Civil
CCom 1829	Código de Comercio de 1829
CCom	Código de Comercio de 1885
CP	Código Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGE	Consejo General de Economistas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
ED	Editorial
ET	Estatuto de los Trabajadores
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
ICAC	Instituto Contabilidad y Auditorias de Cuentas

LCon	Ley Concursal
LECiv 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMV	Ley de Mercado de Valores
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RMV	Revista de Derecho del Mercado de Valores
RRM	Reglamento Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. EL INFORME

Con la promulgación de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio de 2003 y su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004¹, el Derecho concursal español ha llevado adelante un proceso de modernización equiparable, obligatorio y necesario al resto de los Estados Miembros de la Unión Europea² y, -no podía ser de otra manera-, en el entendido de que nos encontramos frente a un Ordenamiento legal que constituye una pieza fundamental en el Derecho Mercantil en general y prevalente en el derecho privado patrimonial³.

A partir de esta reforma, dejamos de lado todas aquellas soluciones arcaicas u ortopédicas en el procedimiento del concurso⁴, que nos remitían hacia una normativa totalmente dispersa⁵ y damos paso a un principio de universalidad; celeridad procedimental; principio *pars conditio creditorum*⁶; de seguridad jurídica, y junto a ellos, el principio de unidad

¹ BOE nº 164, de 10 de julio de 2003.

² Con el Reglamento (CE) número 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, *sobre procedimientos de insolvencia comunitaria* (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000), y su posterior reforma a través del texto refundido del Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo de 2015 *sobre procedimientos de insolvencia*, se aplican criterios y directrices sujetas a establecer una misma línea de coordinación necesaria en la legislación concursal de los Estados miembros, propiciando una semejanza de lineamientos en el orden concursal.

³ En concordancia, el Prof. Olivencia Ruiz entiende que en un sistema de normas, cada norma aislada tiende a solucionar conflictos de intereses de manera justa, y es esa finalidad que reúne la materia concursal, en la que el conflicto suscitado por insuficiencia del patrimonio del deudor común, no sólo se plantea respecto de este con cada acreedor, en la singular relación jurídico-obligatoria, sino entre los acreedores. *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M. “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal” en *RDCP*, nº. 17, La Ley, 2012, p. 25.

⁴ El problema de la dispersión se identificaba a través de la multiplicidad de preceptos en diferentes ubicaciones los que producía una remisión tras otra a distintas normas o procedimientos, como la suspensión de pagos para los comerciantes y quita y espera para los no comerciantes, además de estas en aquellas materias de prelación de créditos como los privilegios fiscales y seguridad social.

⁵ Como antecedentes próximos tenemos el Código de Comercio de 1829 y 1885; La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 como reguladoras de la situación de quiebra y vamos encaminados a introducirnos a través de anteproyectos preparados por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la Reforma Concursal, creada el 23 de diciembre de 1996, la Ley Orgánica 8/2003 (Ley 1180/2003) y la Ley 22/2003.

⁶ Acerca del principio de la *par conditio creditorum*, *cf.* VEIGA, A., “Par conditio: privilegio, proporcionalidad e igualdad” en ROJO, A., CAMPUZANO, B., *Estudios Jurídicos en la Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, T. II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1643, quien lo considera un mito, una utopía, un agregado de pretensiones patrimoniales, reconocido por la administración

ilustrado en la unidad legal, de sistema y de disciplina⁷ que son los pilares fundamentales donde la Ley Concursal construye su entramado legal buscando como finalidad –según establece la Exposición de Motivos de la Ley Concursal- , “*la tutela del crédito*”, es decir, la mejor satisfacción de los acreedores mediante la realización de diversas vías alternativas como la liquidación y el convenio como conservación de la empresa, a través de un procedimiento de lo más eficiente y equitativo posible.

La consecución de este propósito, ha dado lugar a que en la Ley Concursal se opte por un Juez⁸ especialista en lo mercantil⁹, y un órgano no jurisdiccional, como lo es la

concurzal, y que buscan una satisfacción endoconcurzal. Este principio se incardina dentro de lo que se conoce como los principios integradores y configuradores de la insolvencia –Universalidad e Igualdad de tratamiento equitativo a todos los acreedores-. Pero estos principios integradores poseen una salvedad y son los privilegios, de manera que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo. *Vid.* AJM nº 1 de Bilbao de 20 de junio de 2006, acerca de la competencia para conocer de acciones del concursado, donde: “(...) *La competencia que las normas atribuyen al juzgado que tramita el concurso lo son para las pretensiones que terceros dirijan contra el concursado, porque tienen, o pueden tener trascendencia en su patrimonio. No es posible, sin embargo, que el concursado utilice el concurso, ni al Juzgado que lo tramita, para presentar reclamaciones frente a terceros, porque como dicen ambos preceptos, en ese caso no se trata de acciones “que se dirijan contra el patrimonio del concursado”, sino a su favor*”.

⁷ La Ley Concursal congrega la unidad legal y de sistema en único cuerpo legal, que se construye y desarrolla en una fase de estructura con presupuestos comunes denominada fase ordinaria –que comprende la solicitud hasta la delimitación del inventario de bienes y lista de acreedores-, y que en relación al informe de la administración concursal, se establece la realización de las dos vías que proporciona la Ley Concursal: Una fase de convenio y una segunda fase de liquidación.

⁸ La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE nº 174, de 22 de julio de 2015), promueve ciertos cambios en relación a las competencias de los Juzgados de lo Mercantil: En primer lugar, en materia concursal, donde se añade un nuevo apartado 6 al artículo 85, que regula las competencias de los Juzgados de Primera Instancia en el orden civil, en virtud del cual, éstos también son competentes. El art. 85.6 LOPJ se completa con lo establecido en el art. 86 ter.1 LOPJ, según el cual: “*Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 85.6*”. Con lo cual, los Juzgados de lo Mercantil deberán conocer aquellas cuestiones que se susciten en materia concursal, con la excepción de tratarse de concursos de persona natural que no sea empresario, en cuyo caso serán los encargados los Juzgados de Primera Instancia en el orden civil.

⁹ Acerca del Juez de lo Mercantil, *vid.* entre otros: DIEZ-PICAZO, I., “Los Juzgados de lo Mercantil” en ROJO, A., (Dir.), *La legislación Concursal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 131 y ss. quien pone de manifiesto el debate acerca del mito de la especialización, donde la corriente jurista señala la falta de medios de los Jueces de Primera Instancia, carencias acerca de los conocimientos necesarios para juzgar litigios en los que queda constituido el mundo empresarial. La necesidad de la existencia de órganos judiciales mercantiles no es una suerte de destilación del Derecho natural sino una cuestión política jurídica. Así, surgieron vicisitudes acerca de la creación del órgano jurisdiccional mercantil planteando opiniones erróneas que versaban en una *concentración del poder*; otro argumento era el relativo al aspecto cuantitativo, es decir, la creación y especialización en el campo concursal justificaba la su creación puesto que hasta el año 2000 en España

administración concursal; figura que representa una constante en el Derecho concursal. Sin tener que retrotraernos demasiado en el Derecho positivo, nos encontramos con la intervención del depositario, tres síndicos y un comisario en el procedimiento de quiebra, hasta la participación de tres interventores en procesos de suspensión de pagos. Es así que, la propia Ley Concursal de 2003 no se aparta de este planteamiento, imponiendo forzosamente la intervención del órgano específico, y ofreciendo especial importancia, debido a que dependerá de su formación la eficiencia en el procedimiento de forma general y, en lo particular, a través de la representación patrimonial del deudor y defensa colectiva de los acreedores¹⁰.

existieron 380 quiebras y 223 suspensiones de pagos. *Vid.* ASENCIO MELLADO, J., “La competencia objetiva del Juez del concurso”, *Práctica de los Tribunales, La Ley*, nº 5, mayo de 2005, pp. 11 al 17; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La reforma de la legislación concursal”, en *Escritura Pública*, nº 17, 2002, pp. 24 y ss.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre, 2002, pp. 1 al 10; MAGRO SERVET, V., “La entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo mercantil y del Tribunal de marcas, dibujos y modelos comunitarios” *Diario La Ley*, nº 5773, 5 de mayo de 2003, pp. 1 y 2. *Vid.* también, HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M., y ORELLANA CANO, N., en PRENDES CARRIL, P. (Coord.) *Tratado Práctico Concursal*, t. I., Navarra, Thomson Reuters, 2009, pp. 259 a 300, La jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez de lo Mercantil establecido en el art. 8 de la Ley 22/2003 Concursal y el art. 86 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (*BOE* nº. 157, de 2 de julio de 1985) para conocer de las cuestiones que se susciten en materia concursal y en concreto, acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; de las medidas cautelares anteriores a la declaración del concurso para asegurar la integridad del patrimonio del concursado previstas en el artículo 17 de la LCon; de los expedientes de modificación sustancia, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo en los que sea el empleador el concursado y de la suspensión o extinción colectivas de contratos de alta dirección; de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles excluidos de sus competencias; de las resoluciones que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita; y de las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Además de estas competencias en materia concursal, los Juzgados de lo Mercantil conocen las pretensiones que se promueven al amparo de la normativa de sociedades mercantiles y cooperativas, en materia de transporte nacional e internacional, propiedad industrial, publicidad, condiciones generales de la contratación, Derecho Marítimo, competencia desleal y las que le sean atribuidas en defensa de la competencia y aplicación de la normativa *antitrust* comunitaria.; *vid.* también CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal*, Ed. Tecnos, 2012, pp. 51 y ss. quien apunta a que: “*El Juez de lo Mercantil viene caracterizado por ser un Juez profesional y especializado en la materia; establecido en los Juzgados de primera instancia. Esta especialización, atribuye al Juez, no solo el conocimiento en la materia concursal, que desde ya resulta compleja, sino también, cuestiones de gran dificultad técnica, requiriéndose una profunda preparación incluso en materias de otras disciplinas*”.

¹⁰ *Vid.* GÓMEZ LOZANO, M., “¿Cualquier acreedor puede solicitar el concurso?” en *RDCP*, nº 23, 2015, pp. 393 a 394.

Llegados a este punto, la Ley Concursal vigente a partir del 2003, introduce un significativo bloque de reformas, que a la vista de la legislación ha resultado incongruente con aquellos principios que en su momento fueron el inicio de un cambio necesario -así descrito en la Exposición de Motivos de la LC- hacia la *“persecución de satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español”*.

La realidad económica vivida a partir de 2008 no coincide con la época de bonanza de 2003 y su estabilidad normativa. La crisis de los sectores: financieros, inmobiliarios, industriales, empresariales y crediticios, desataron una dura prueba acerca del modelo concursal, llevando por delante la liquidación de las empresas sometidas a concurso en casi un 90%¹¹. Ante este panorama, la ampliación o formación en medios personales y materiales no hubieran sido del todo una solución¹².

Las últimas reformas concursales fueron orientadas para establecer un sistema preconcursal que logre a través de la refinanciación y reestructuración empresarial aquellas soluciones preconcursales como alternativa precisamente al concurso¹³. En ese orden de

¹¹En el año 2015 se han registrado en España cerca a 6.542 concursos de empresas, si incrementamos a esta cifra el concurso de personas físicas, se produjeron 7.282 concursos; tendríamos que el promedio de concursos se produce en un aumento del 11,7% en el número de empresas concursadas respecto al año anterior, siendo un 37,3% y un 19,8% los incrementos registrados en 2011 y 2012; y donde la situación de los deudores concursados no presenta ninguna mejora, con datos que superan el 62,61% de las empresas que iniciaron el concurso y no lograron generar flujos positivos. *Vid.* ANUARIO DE ESTADISTICA CONCURSAL, *Colegio de Registradores de España*, [en línea], disponible en: https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario. (visto por última vez el 3 de febrero de 2016).

¹² *Vid.* GARNACHO CABANILLAS, L., “La reforma concursal. ¿Un cambio de política jurídica efectivo o sólo pretendido?” en *RDCP*, nº 24, 2016, pp. 321 a 332.

¹³ La Ley 9/2015, de 25 de mayo, a través de su disposición final octava autoriza al gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y de Competitividad, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido, con la finalidad de consolidar en único texto las modificaciones incorporadas. Sobre este asunto, *cfr.* CAMPUZANO, A., “Hacia el texto refundido de la Ley Concursal”, en *ADC*, nº 36, septiembre-diciembre 2015, pp. 271 a 272 señala que: *“Resulta difícil encontrar un Ley reciente que haya sido objeto de tantas modificaciones, es por ello, que resulta aconsejable emprender tan delicada tarea. (...) las reformas más recientes, materializadas sin un estudio suficiente y detenido, no solo han producido una muy grave ruptura del delicado equilibrio de intereses conseguido en la redacción originaria de la Ley Concursal, sino que han abierto delicados problemas de interpretación y los no menos problemas de relación entre esa redacción y la redacción vigente. (...) La idea que parece haber inspirado la redacción de esa disposición final octava es que todo aquello que pueda solucionarse mediante simples modificaciones sistemáticas y de redacción de las normas legales vigentes debe materializarse en ese necesario texto. Sin embargo, los Ministerio de Justicia,*

acontecimientos, la administración concursal, ha sufrido una serie de modificaciones que inciden en mayor medida en su composición y estatuto jurídico. Así ha sucedido con la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal*¹⁴; además de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *de reforma de la Ley Concursal*¹⁵; la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial*¹⁶, que viene a convalidar el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo *sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*¹⁷ siendo esta norma la que incide de manera más significativa, en cuanto al régimen jurídico de la administración concursal. Posterior a estas reformas hubo otras como el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal*¹⁸ junto con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal*¹⁹ procedente del RD-Ley 11/2014 que introdujo importantes reformas en materia de convenio y liquidación concursal con la finalidad de facilitar la continuidad de las empresas económicamente viables y esto, es notorio porque incluimos una nueva figura como la del mediador concursal²⁰, órgano propio para el fomento hacia los acuerdos extrajudiciales de pago.

Economía y Competitividad, no se han apresurado a cumplir con el mandato legislativo, tan solo se ha procedido a constituir en el seno de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación una ponencia especial, bajo la presidencia de Ángel Rojo, para la elaboración de una propuesta de texto refundido de la Ley Concursal”.

¹⁴ BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009.

¹⁵ BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁶ BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014.

¹⁷ BOE nº 58, de 8 de marzo de 2014.

¹⁸ BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014.

¹⁹ BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015.

²⁰ Con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de *apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (BOE nº 233, 28 de septiembre de 2013) que tiene su precedente en el Proyecto de Ley, nº 52, de 3 de julio de 2013, relativo a la *Ley de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización*, se viene a establecer cambios relevantes en el Derecho Concursal, incorporando a través del art. 21 de esta Ley del Instituto *Acuerdo*

Con todo, la figura de la administración concursal²¹ resulta necesaria y decisoria en interés del concurso, tanto como coadyuvante del juez de lo mercantil, como por ser el órgano que asumirá la intervención y gestión del patrimonio del deudor, asumiendo las competencias exigidas en relación al procedimiento (*vid. ex art. 33 LCon*) bajo la supervisión del juez. La búsqueda de su profesionalización al exigírseles determinados requisitos de aptitud y conocimiento dotan al procedimiento de mayores garantías²².

Esta relación de auxilio ante el juez a través de decisiones, otorgan a su función un papel de reducción de costes en la transacción del concurso²³. Y, si entendemos que la administración concursal debe esclarecer en el proceso la situación patrimonial del concursado, además de la labor que se establece en el procedimiento concursal, estaremos frente a la presentación de diversos informes entre los que destacara por su relevancia el “informe de la administración concursal” y la “rendición de cuentas”. Ambos presentan en común la función informativa; la primera poniendo fin a la fase común del concurso, y la segunda, establecida como regla general en caso de cese de la administración concursal.²⁴

Extrajudicial de Pagos, como mecanismo para sortear y superar las situaciones de dificultades económicas de alto coste. En el *Capítulo V –“Acuerdo extrajudicial de pagos”- prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en países próximos. (...) como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo. Vid. al respecto CANDELARIO MACÍAS, I., El mediador concursal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 33, que acerca esta figura al “medidor concursal” designado por el Registrador Mercantil o el Notario, siempre que se cumplan determinados condicionantes tanto subjetivos como materiales y con la publicidad oportuna.*

²¹ La referencia de “*los administradores concursales*” contemplada en la Ley 22/2003 Concursal, se modifica mediante la disposición final primera de la Ley 38/2011, de reforma concursal por la fórmula “*la administración concursal*”.

²² Esta característica lo expuso, entre otros: GIRÓN TENA, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 24 y ss., al afirmar que: “*Los órganos concursales constituyen un capítulo vital para el éxito de un tratamiento legislativo del concurso...*”.

²³ TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p.4.

²⁴ MARIMÓN DURÁ, R., “El informe de la administración concursal”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II., Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 1762.

Nuestro estudio parte de esa relevancia informativa, y tiene como objetivo principal, el análisis jurídico de aquellos elementos que compone la estructura del informe de la administración concursal, determinante en el procedimiento, a través de la contrastación de aquella documentación que vaya a ser suministrada por las partes –deudor y acreedores– además de las decisiones y actuaciones de la propia administración concursal.

Este planteamiento, nos lleva por un lado, a analizar cuáles son los fines que persigue el informe de la administración concursal y, por otro, la relación de actuaciones que la componen a través de un estudio detallado, para de esta manera establecer una valoración y juicio acerca de la situación patrimonial.

Los artículos 74 y 75 de la LCon, imponen una obligación a la administración concursal sobre la formación de dicho documento, en el que se deberá ofrecer una amplia información sobre los antecedentes que hubieran podido provocar la insolvencia, la situación patrimonial del deudor y aquellas posibilidades de desenvolvimiento a futuro.

Nuestra historia jurídica concursal ha significado un punto de apoyo como antecedente inmediato en la elaboración del informe concursal, es así, que en el Código de Comercio de 1829²⁵, el quebrado, debía presentar un “*balance general de sus negocios*”, además de una “*memoria en la que expresase las causas directas e inmediatas de su quiebra*” (art. 1018)²⁶. En la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922 juegan un rol preponderante los interventores quienes se encuentran obligados a emitir un informe sobre

²⁵ Sancionado y promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829, y que se conoce en la historia por su redactor Pedro Sainz de Andino. Este Código, fruto de la codificación del siglo XIX en materia mercantil buscó como resultado final el concentrar en un único instrumento jurídico todas las figuras en materia mercantil, y que así lo reconocía a través de: “(...) *dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio*”. En materia concursal, el Código de Comercio de 1829 sirvió de referencia como norma concursal en el Libro IV “De las quiebras” hasta la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004 de la Ley Concursal 22/2003, derogándose expresamente por la Disposición derogatoria única de la Ley concursal. Con la elaboración del Código de Comercio de 1885, de 22 de agosto, bajo el reinado de Alfonso XII y siendo Ministro de Gracia y Justicia Francisco Silvela, (publicación en las Gacetas de 16 de octubre a 24 de noviembre de 1885, número 289 a 328), que en su Libro IV trata acerca de “*Las suspensiones de pagos, las quiebras y de las prescripciones*”, vigente hasta la derogación por la Ley 22/2003 Ley Concursal, se trató de dar un mayor impulso al sistema.

²⁶ Durante la vigencia del texto normativo concursal en el Código de Comercio de 1829, la profesionalización del procedimiento era deficiente y esta tramitación se orientaba hacia la ejecución universal del patrimonio del deudor. *Vid.* NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, La Ley, Madrid, 2008, p.17.

el estado de contabilidad del suspenso y las causas que hubieran motivado la suspensión (*ex art. 8*). Estos informes dentro el procedimiento planteaba una cierta utilidad que no era decisiva en el proceso, aunque en la práctica, estos, no representaban una función orientativa del juez en relación a la admisibilidad de la solicitud de declaración de la suspensión de pagos.

Llegados a este punto, en nuestra investigación, observaremos el informe de una manera trascendente para el desarrollo del procedimiento, debido a que, resultará un anticipo de lo que puede ser el modo de conclusión del concurso, bien como un convenio o como una liquidación. Así, este informe pondrá de manifiesto, a todos los interesados, bien sea el propio deudor, acreedores, Ministerio Fiscal y juez, la valoración del patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso.

METODOLOGÍA

Nuestra investigación, a partir de la naturaleza jurídica y el estatuto jurídico de la administración concursal por un lado, y por otro, la intervención del mismo en el proceso, tiene como finalidad establecer los elementos esenciales de este órgano concursal, para así, de manera objetiva, poder desarrollar el contenido de su función relevante en el proceso cual es el informe concursal.

Para llegar a este objetivo, el desarrollo de la investigación se dividirá en tres capítulos conexos entre sí: En el primero de ellos, atenderemos, como no puede ser de otra manera, en aras de tener un concepto claro y bien definido del órgano concursal, un análisis jurídico acerca de la constitución y configuración de la administración concursal, donde abordaremos primeramente el desarrollo de la administración concursal a través de la historia concursal precedente, el régimen jurídico de la administración en la Ley 22/2003, Concursal, para proseguir con los modelos de administración concursal tras las reformas, su sistema de designación, cualidades subjetivas, hasta llegar a un análisis en el Derecho comparado de este órgano concursal, en observancia de las legislaciones de países como: Italia, Francia, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos.

En el segundo capítulo, se aborda la cuestión relativa al Estatuto Jurídico y funciones de la administración concursal, analizando aspectos fundamentales como: su régimen de actuación, el ejercicio del cargo, las funciones previstas en el artículo 33 de la Ley Concursal, a través de la reforma llevada a cabo por la Ley 17/2014, y que obedecen a la norma imperativa concursal, además de un fundamento procesal concursal encaminado tanto a la satisfacción de los intereses de los acreedores, así como a la administración de los bienes sujetos a concurso; actuando a través de una subordinación al Juez concursal y ajustado a un Estatuto Jurídico. Por último, se realiza una evaluación acerca de la retribución de la administración concursal seguida de la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

En el tercer capítulo, se analiza aquellos mecanismos que conforman el informe de la administración concursal y que se hallan disciplinados en el artículo 74 y 75 LCon. A través Con la redacción de este articulado, se determina aquellas circunstancias económicas

del deudor que abarca desde: la contabilidad, estados financieros, decisiones, hasta la relación de actuaciones en el proceso de concurso. A este informe se unirá también: el inventario de la masa, la lista de acreedores, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio y la valoración de la empresa en su conjunto; además de las unidades productivas que la integran, esto último, como bien dispone el art. 75.2 núm. 5º de la ley 17/2014 que modifica la Ley 22/2003 LCon.

La metodología utilizada ha consistido en el análisis jurídico, en particular, la hermenéutica jurídica como método principal de investigación. Además, la metodología se verá reforzada con elementos complementarios como el histórico que servirán como antecedentes en la figura de la administración concursal y con lo que nos guiará a lograr un conocimiento efectivo de este órgano. Por otro lado, haremos uso de un análisis comparativo, a través del estudio de ordenamientos jurídicos en la materia. En cuanto a las principales disciplinas generales que se aplican a la investigación jurídica optaremos por un método indirecto, el método discursivo, que nos permite abordar el objeto de estudio desde diferentes ópticas, juntamente con el método deductivo, como fundamentos de principios o conocimientos generales para poder así llegar al objeto en particular.

Para el desarrollo de estos sistemas, se aplicarán técnicas de investigación documental que permitirá la recopilación indirecta de información. Además se realizará un análisis exhaustivo de la bibliografía especializada en la que se incluirán la normativa vigente del Derecho concursal, así como la normativa comunitaria de insolvencia y toda documentación monográfica acerca de la administración concursal y el informe.

En la elaboración del marco teórico examinaremos las diferentes teorías, investigaciones y antecedentes, esto se llevará a cabo a través de la bibliografía selectiva que esté directamente vinculada con el planteamiento de la investigación. Así, las fuentes de información serán primarias en base a libros, artículos, monografías, tesis, documentos oficiales y complementados con fuentes secundarias como resúmenes de referencias.

Ahora bien, esta investigación tiene como objeto de estudio a la administración concursal y su informe como pieza fundamental del procedimiento concursal y que constituye un hito, en cuanto resultará la base fundamental acerca de la situación patrimonial del concursado y

las verdaderas posibilidades de supervivencia de la empresa. En función a ello, el problema se plantea en cuanto a la incertidumbre jurídica de este órgano concursal y que repercute necesariamente tanto en su estatuto jurídico, como en el propio informe previsto en el art. 75 de la LCon.

A nuestro juicio, resulta indispensable como objeto de investigación abordar tres aspectos relevantes y determinantes en la administración concursal y su informe. El primero, establecer cuáles fueron las dificultades y justificaciones de la introducción por parte del legislador de un nuevo modelo de administración concursal, analizando en este sentido además de la vertiente histórica, que resulta complementaria, el análisis de cuáles son las condiciones actuales de designación y sus repercusiones a través de la jurisprudencia y el marco normativo y doctrinal.

Como segundo aspecto, nuestra tesis tratará de poner de manifiesto que la regulación acerca de las funciones de la administración concursal contenidas en la Ley a través del artículo 33, resulta en ocasiones son tan amplias y complejas que en cuestión de plazos pueden llegar a dilatar el procedimiento. Para ello, será necesario indagar en cada una de estas funciones, estableciendo la sistemática ofrecida por la misma normativa y la jurisprudencia, además del posicionamiento de la doctrina en cuanto el marco de actuación se refiere.

Por último, corresponde que a través del informe de la administración concursal valoremos cada uno de sus elementos que la componen, así como la documentación que se acompaña tanto del inventario y la lista de acreedores como documentos imprescindibles en el informe, a los que en su caso, se añadirán el escrito de evaluación de las propuestas de convenio, el plan de liquidación, así como la valoración de la empresa en su conjunto y las unidades productivas que la integran, debiendo para ello resolver sus ventajas e inconvenientes a través de la normativa y doctrina vigente, así como el alcance de la jurisprudencia en relación a estas materias descritas.

CAPÍTULO I

CONSTITUCION DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. ANTECEDENTES

A lo largo de la historia concursal, la búsqueda por lograr la garantía y satisfacción del crédito ha propiciado el desarrollo de sistemas jurídicos y órganos del concurso que se han ido adaptando a la situación social-económica -tanto deudores como de acreedores-. No podrá pasar por desapercibido, que las variantes en torno a los procedimientos en esta histórica concursal se han ido suscitando en función al desarrollo económico, grado de civilización y en antiguo, por aquellos sistemas que separaban al deudor de la administración de sus bienes.

1.1 La Roma antigua y el *Curator Bonorum*

Partiendo de la histórica Roma²⁷, la figura del *curator bonorum*²⁸, denota importancia en función de actos de reintegración y conservación de los bienes del deudor común; siendo un

²⁷ En referencia al Derecho Romano, es necesario hacer mención a la XII Tablas, a través del cual se regulaba un procedimiento ejecutivo contra los deudores que no cumplían con sus obligaciones, y que eran condenados a ser esclavos, mediante la *manus iniectio*, con ello, los acreedores quedaban autorizados a aprehender físicamente al deudor, trasladarlo a su domicilio y encarcelarlo, manteniéndolo incluso encadenado por sesenta días y presentándolo al mercado una vez cada veinte días en espera de que alguien pagara su deuda; si pasado este tiempo no se podía cobrar la deuda, el propio acreedor disponía de su vida o podía venderlo como esclavo. Vid. GÓMEZ MARTÍN, F., *Administración concursal*, WK Educación, Bilbao, 2004, pp. 2 y ss. da a conocer que durante esta etapa no existe más que coacciones sobre la voluntad del deudor afirmando que: “Una exposición histórica por sí misma no tenga finalidad debe, en la indagación, sobre los orígenes del derecho concursal, prescindir del antiguo derecho romano, donde no solamente no existen instituciones que tengan relación con la quiebra y los procedimientos concursales, en general, sino que aquellas instituciones de las cuales ordinariamente se habla de exposiciones análogas, cual es el “*manus iniectio*”, y la “*missio in possessionem*” – entrega efectiva de los bienes del deudor al acreedor- del derecho pretorio, no constituyen más que formas de coacción sobre la voluntad del deudor reacio, y, por ende, fuera del terreno de la ejecución forzosa, de la cual prescinde. En cuanto a instituciones posteriores del derecho pretorio y de la época rutiliana –responsabilidad del deudor sobre su patrimonio, pero conservando la prisión privada por deudas y la obligación del deudor de trabajar en provecho del acreedor- cual la “*bonorum venditio*”, sucesivamente añadida a la “*missio in possessionem*”, puede decirse que constituyen, finalmente, una ejecución patrimonial, con las instituciones complementarias de la acción pauliana y del “*interdictum fraudatorium*” del derecho clásico, que si bien puede constituir elemento útil para el estudio de la teoría de la ejecución forzosa en general, no tienen ningún ensamblaje específico con la ejecución colectiva y el moderno derecho concursal”. Vid. PROVINCIALI, R., *Tratado de Derecho de la quiebra*, Barcelona, AHR, 1958, pp. 94 y ss.

órgano elegido a través del pretor -en concordancia con la solicitud de la mayoría de los acreedores del deudor-, y que, a través de en un procedimiento denominado *bonorum venditio* cumplía funciones de administración de bienes del deudor²⁹. Para TOMÁS³⁰ la *bonorum venditio*³¹ se iniciaba con la *missio in bona*³², en virtud de la cual se abría un procedimiento pretorio donde los acreedores adquirirían la *custodia et observatio* y la administración de los bienes del deudor. Una vez solicitado este trámite, se procedía a la venta de los bienes ante el *bonorum emptor*, quien representaba la figura del deudor, debiendo pagar a cada uno de los acreedores en función al dinero obtenido tras la venta de los bienes.

²⁸ A través de la *missio in bona* no se logra otorgar la posesión ni la propiedad de los bienes a los acreedores, tan sólo la mera detentación que implicaron funciones de vigilancia y custodia, manteniendo la propiedad en manos del deudor. En función a ello, tan sólo se permitía al deudor realizar ciertas actuaciones sobre su patrimonio, siempre que estas no resulten perjudiciales para la propia masa y los acreedores. De aquí que la administración propia de dichos bienes eran realizados a cargo del *curator bonorum* aunque existen ciertas dudas respecto a la propia administración de los bienes, debido a que se atribuye la administración a los propios acreedores detentadores de dichos bienes, con todo, esta figura ha resultado necesaria para la enajenación de los bienes y el ejercicio de acciones.

²⁹ SOZA, M., *Procedimiento concursal. La posición jurídica del Bonorum Emptor*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 38 y ss.

³⁰ TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Murcia, Civitas, 2014, p. 27.

³¹ La aparición de la *Bonorum Venditio*, cfr. ZAMBRANA MORAL, P., *Historia legislativa y doctrinal de la cessio bonorum y de la cesión de bienes*, tesis doctoral, Universidad de Málaga, 1999 [en línea], disponible en <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf>, (visto por última vez el 23 de marzo 2015), se debió al intento por parte del pretor de salvaguardar los intereses, no sólo de los deudores, sino además de los propios acreedores para así poder asegurar la satisfacción de su deuda y prevenir así un posible incumplimiento ya que el acreedor podía constituirse en la posesión de la universalidad del patrimonio del deudor y tras la venta obtener el reembolso de la cantidad correspondiente. De este modo, la ejecución sobre la persona del deudor, era reemplazada por una ejecución sobre los bienes corrigiendo, en cierta medida, la crueldad de los tratos en etapas anteriores. Con la venta en masa de los bienes del deudor el pretor trata de conseguir la más estricta igualdad de los acreedores. Las causas que llevaron a la introducción de esta figura era la de una vía de ejecución sobre los bienes por los cuales un creador procede a la venta en bloque del patrimonio del deudor, comerciante o no comerciante tanto en su propio nombre como el de otros acreedores.

³² La *missio in bona* ó *missio in possessionem rei servandae causa*, es el resultado de la puesta en posesión de la totalidad del patrimonio del deudor ordenada por el *magister* a favor del acreedor, que en un plazo de treinta días cuando el deudor está vivo y de quince cuando ha fallecido, se procede a la subasta pública de los bienes. Durante el transcurso de este tiempo, los acreedores tendrán interés en conservar lo mejor posible el patrimonio del deudor para así obtener el máximo líquido posible de la venta y lograr la satisfacción de sus deudas. Vid. ZAMBRANA MORAL, P. *Historia Legislativa y Doctrinal*, op. cit., p. 123.

A partir de este momento subyacen dos figuras representativas en el *Derecho Pretorio*: el *magister bonorum* y el *curator bonorum*. El primero de ellos, cuya función se desarrolla en torno a la verificación de créditos así como el inventario de los bienes, previa aprobación por los acreedores para su publicación. Por su parte, el *curator bonorum* se establecía como órgano de representación, no sólo de los acreedores quienes habían participado en reuniones y asambleas previas a la venta de los bienes del acreedor, sino además del propio deudor insolvente.

En el siglo XIII la ejecución patrimonial continúa con aquella herencia del Derecho Romano³³ impuesta en una causa de insolvencia del deudor derivada en la “cesión de bienes”, y que se recoge en aquellas leyes estatutarias del mismo siglo, a través de directrices marcadas en el Derecho Romano³⁴, hasta aquí, casi nada había cambiado de forma trascendental, salvo la irrupción del *ius mercatorum*³⁵ que surge frente a una nueva

³³ Para los romanistas, la *cessio bonorum* ha representado la oportunidad y beneficio que se otorga a aquél deudor que se encuentra en situación de insolvencia no buscada de propósito y que ha consistido en la posibilidad de ceder sus bienes a los acreedores para evitar, de este modo, la ejecución personal. En este sentido, Cfr. ZAMBRANA MORAL, P., *op. cit.*, p. 117, señala que serán los acreedores quienes cobren sus créditos de forma total o parcial y proporcionalmente vendiendo los bienes. Realza la diferencia que existe entre la *cessio bonorum* en Derecho romano y aquellas instituciones cercanas como la *bonorum venditio* o la *bonorum distractio*, en la que esencialmente, esta primera, parte de una cesión voluntaria por parte del deudor, de sus propios bienes, a los acreedores, para que estos los vendan y satisfagan sus créditos, se podrá apuntar que en un estudio actual se constata que esta *cessio bonorum* constituye el “germen” del concurso de acreedores, mientras que aquellas instituciones como la *missio in bona debitoris*, *bonorum venditio*, y *bonorum distractio* se consideran como el juicio universal de la quiebra.

³⁴ Fruto de la investigación de Salvador Tomás, en España, Castilla estableció la figura de “cesión de bienes” a través *Las Partidas* (V, XV, 1) en el *Código de las Costums de Tortosa* y en las *Ordenanzas de los Consellers* en la que una vez formada la masa de bienes se nombra a un *curator* particular para que ejerciera las funciones encomendadas bajo vigilancia del juez; su designación de era encomendada a los acreedores por mayoría de votos. Vid. TOMÁS TOMÁS, S. *La Administración Concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Murcia, Civitas, pp. 30 y 31.

³⁵ El *Ius mercatorum* establecido como un *Derecho de los comerciantes*, agrupados estos en gremios o corporaciones, representan un Derecho corporativo, creado por los comerciantes, para regular las diferencias o cuestiones surgidas en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban Cfr. AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ, A. (Dir.), Madrid, Thomson Civitas, 5ª ed., 2005., p. 30, resulta un *Derecho usual*, en el entendido que la costumbre, el uso de comercio, se presenta como fuente primordial de creación del nuevo derecho. Este Derecho mercantil es un *Derecho sustancialmente uniforme*, como consecuencia tanto de la comunidad de necesidades de los comerciantes, como de las permanentes relaciones entre ciudad y ciudad, la concurrencia general a las ferias y mercados y el constante tráfico mercantil terrestre, fluvial y marítimo.

economía urbana³⁶. El secuestro del patrimonio del deudor, por existir riesgo de fuga, se concibe como la iniciación de un proceso administrado por la autoridad pública quien mediante atribuciones, podía designar órganos quienes lleven adelante la administración o la liquidación de los bienes, a través de la venta de los mismos.

A lo largo de este período, encontramos dentro los estatutos medievales figuras representativas de órganos responsables de la administración, de venta y pago a los acreedores. Ciudades como Venecia, mantienen durante un largo período este tipo de órganos como la *giudici del petizion y sopraconsoli* que conllevan funciones ejecutivas de administración y liquidación. Este fue un comienzo, para que en el resto de las ciudades italianas como Lucca y Bologna se hiciera referencia al llamado *sindici* –figura que se recoge en los estatutos de *mercanti di Lucca* de 1376 y 1556 los *mercanti di Bologna* de 1509- hasta llegar a los *ambasciatori* en Roma mediante los estatutos de *mercanti di Roma* de 1317 y 1363.

1.2 El Curador y el Depositario a partir de las Ordenanzas de Bilbao en España

Fue en el año 1445 a través de las Ordenanzas de los Consellers y Prohombres de Barcelona, que la legislación española prevé un proceso de quiebra en sus primeros antecedentes, cuyo fin es el resultado de garantizar los derechos y garantías de los acreedores. Por vez primera estamos ante una figura como la del “*curador*” designado por los propios acreedores quien a través de un informe, se le atribuye la función de elaboración de un inventario de bienes del quebrado. Por su parte, el juez, debía nombrar a un depositario para la custodia de dichos bienes responsabilizándose de los mismos a través de su presentación periódica ante el juez³⁷.

³⁶ La crisis del feudalismo, frente a la aparición del “comerciante” en la Baja Edad Media, ligado al desarrollo del comercio marítimo, así como los mercados nacionales e internacionales, propiciaron la aparición de un nuevo *ius mercatorum*, alternativa al *ius commune*. En la Italia septentrional este sistema de Derecho Mercantil se asocia con aquellas grandes corporaciones de artes y oficios conformado por artesanos y comerciantes. Esta organización cooperativa era administrada por aquellos cónsules propios de los oficios que la componen. *Vid.* BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 20ª Edición, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 46 y ss.

³⁷ FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA en su libro “*Labyrinthus Creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*” –precursor del estudio sistemático de la insolvencia- libro

En el Derecho castellano –estatutos de Valladolid de 1548-, se establece la figura de un “*depositario*”, que debía ser una persona legal y abonada, esto es, persona que no gozara ni del fuero eclesiástico, ni del de nobleza y que tuviera hacienda responsable. Mediante esta legislación, se logra determinar cuáles son las funciones del depositario y a la par, mediante facultad conferida al juez, nombrar a un administrador de los bienes del deudor a quien se encomendaba la custodia de los bienes, así como la expedición de certificados acerca de estos bienes³⁸.

Sin embargo, y pese a prever una gestión eficaz en el tratamiento de los bienes del deudor, el sistema de insolvencia fue planteando problemas en el orden de delimitar las funciones de cada uno de los representantes –curador y depositario- es así, que el juez, de manera arbitraria podía nombrar a personas distintas, y ajenas al procedimiento, para que ejercieran estas funciones.

Nos encontramos en la Edad moderna -siglos XVIII y XIX-, donde se produce la primera codificación en torno al Derecho comercial francés a través de la Ordenanza de 1673 con la cual se regula la quiebra y bancarrota de la cual numerosos autores entre ellos TORRES DE CRUELLES³⁹ sostuvo que en la práctica esta Ordenanza resultó poco satisfactoria y señala que “*En este cuadro de terrible dureza, en el que las leyes emanadas de los Reyes*

publicado en Valladolid en 1646, estableció una condición como estado preliminar a la quiebra, a través del activo superior al pasivo, donde, por una u otra circunstancia, el deudor no podía atender las obligaciones vencidas. Mediante las Ordenanzas de Bilbao, en el capítulo XVII, se establece una figura preliminar a la situación de quiebra, en el que los comerciantes, que no pagan sus deudas en un debido tiempo, teniendo suficientes bienes para ello, era considerado como un simple atraso en la obligación. *Cfr.* SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, Ed. Bosch, vol. 1, 1990, p. 96, mediante la Sentencia de 29 de diciembre de 1927, debía de distinguirse claramente la cesación de pagos, con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones si existe un activo superior al pasivo, que viene a ser la característica de la suspensión de pagos, situación que llega a ser imprecisa en el antiguo Código de Comercio francés cuando establecía que “todo comerciante que cesa en sus pagos, se halla en estado de quiebra”, supuesto que el Juez de la causa deberá de comprobar para poder declarar el estado de quiebra. Por su parte, el artículo 1.003 del Código de Comercio de 1829, más conocido como “Código Sainz de Andino”, entiende por quebrado de primera clase, al comerciante que manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos, y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercancías o créditos para satisfacerles.

³⁸ *Vid.* TOMÁS TOMÁS, S., *La Administración Concursal*, *op. cit.*, p. 36 y ss.

³⁹ TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 70.

*absolutos no estaban influenciadas, aunque otra cosa sostengan los tratadistas italianos, por las disposiciones del Derecho Estatutario de aquél país Labyrinthus creditorum de SALGADO DE SOMOZA*⁴⁰, la función instrumental de estos órganos fueron siempre la satisfacción de intereses en el concurso a través de la administración y liquidación del conjunto patrimonial del deudor.

Durante el siglo XVIII, en palabras de GÓMEZ MARTÍN⁴¹, nos encontramos ante un período de “luces”, donde se desarrollan notables ordenanzas acerca del derecho mercantil como: las ordenanzas de Barcelona (1763); San Sebastián (1766); Valencia (1773); Burgos (1776); y, Sevilla (1784); Todas ellas, legados de las Ordenanzas de Bilbao⁴² a través del cual se produce el nombramiento de un depositario interino de los bienes embargados, de los cuales posteriormente eran convocados los acreedores para conformar a éstos como síndicos comisarios⁴³. Debemos resaltar que a lo largo de estas ordenanzas se ha ido desarrollando aspectos fundamentales en relación al modo de proceder en las quiebras, desde la llevanza de libros, pasando por aquellos tipos de quiebra como eran los atrasos, fallidos o alzados.

⁴⁰ Considerado como el primer tratado de concurso, en el que a través del Capítulo XIV, relativo a la situación jurídica del concursado, este cedía su patrimonio quedando bajo la potestad del Senado como responsable de su secuestro y custodia. Para ello, se nombraba a un depositario-administrador. *Vid.* TOMÁS TOMÁS, S., *La Administración concursal*, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, F., “La administración concursal”, *op. cit.*, p. 9 y ss.

⁴² Las ordenanzas de Bilbao fueron aprobadas y publicadas en 1737 por el Rey Felipe V, y constituye la legislación mercantil vigente hasta antes de la promulgación del Código de Comercio de 1829. Estas constituían un privilegio y a la vez un reglamento en la vida de los comerciantes.

⁴³ Los síndicos comisarios, eran los responsables de la llevanza de los libros, así como poder determinar las circunstancias que ocasionaron la quiebra del comerciante y sus respectivos créditos, contando con la ayuda de peritos.

1.3 La Codificación y su influencia en la designación de órganos no jurisdiccionales en la insolvencia

En el año de 1807 Francia promulga su Código de Comercio, en cuyo artículo 437 y siguientes, contienen una regulación acerca de la quiebra⁴⁴ *como instituto de tratamiento de la crisis económica del comerciante*. Es a través de este Código que se ejerce influencia sobre la corriente jurídica latina concursal, caracterizada por un dualismo institucional como la quiebra y los sistemas de convenio. Históricamente, a partir del siglo XIII en torno a las ciudades medievales italianas, comienza a utilizarse el término quiebra, aunque no en la magnitud conocida a partir de su codificación⁴⁵; esta surge como un mecanismo específico de protección para el comercio, y que más tarde, a partir del mismo siglo, se combina -esa protección-, con la satisfacción de los intereses de crédito de los acreedores – según se tenía instituida en la Constitución de Siena de 1262 hasta los Estatutos de Padua de 1384-.

1.3.1 La Quiebra y los órganos de administración y representación

El procedimiento de la quiebra en el sistema jurídico español ha correspondido a un sistema de ejecución general, prevista a través de dos modalidades: el concurso de acreedores y la quiebra, este último previsto para los sujetos comerciantes⁴⁶. Debemos, en todo caso, como

⁴⁴ El significado de la palabra “quiebra” en el orden jurídico, resulta complejo, como un fenómeno de rotura o de deterioro del patrimonio, lo que denota dentro su acepción jurídica un hecho económico, que constituye un efecto anormal en el funcionamiento del crédito y a su vez, insuficiente en un patrimonio para el pago de las deudas a cargo de su titular. Es decir, que quien no tenga suficiencia patrimonial para el pago de sus deudas, se halla en quiebra, debido al desequilibrio deficitario entre el patrimonio realizable de un deudor y el pasivo a satisfacer. El carácter del Derecho de quiebra se logra configurar a través de un sistema incipiente, liquidativo y adaptado a un mercado liberal, por ello, la concepción de la quiebra se sitúa en la satisfacción de los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del deudor, frente a los convenios como medios o institutos alternativos a la quiebra, que buscan la solución a la crisis por la vía conservativa. De un modo u otro, se debe tener en cuenta el carácter procesal que configura a la quiebra, puesto que serán los propios tribunales de justicia quienes logren proclamar su existencia a través del orden económico y jurídico inmersos en el Derecho material y procesal.

⁴⁵ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho Concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 2004, p. 73.

⁴⁶ Durante la vigencia de la Ley de Quiebras esta dualidad de procedimientos no tuvo mucha relevancia careciendo de justificación, deviniendo el concurso de acreedores como una institución obsoleta. Vid. CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial.*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 3ª ed., 1999, p. 163.

bien señala CORDÓN⁴⁷, atender a un proceso general o universal como lo es la quiebra, a través de la pluralidad de acreedores⁴⁸, donde su concurrencia amerita el requerimiento del pago de la deuda adquirida por el deudor, a través de un procedimiento inspirado en el principio de comunidad de pérdidas y de trato igual de todos los créditos de la misma categoría⁴⁹.

Delimitar las fuentes del Derecho de Quiebra ha resultado una tarea ardua y asistemática⁵⁰, si bien, el orden de procedimiento se encontraba establecido en la Ley de Enjuiciamiento

⁴⁷ CORDÓN MORENO, F., *Ibidem*, p. 163.

⁴⁸ A diferencia de la quiebra, la ejecución singular promueve la efectividad de una obligación determinada sobre los bienes concretos del patrimonio del deudor, como bien señala CORDÓN MORENO, F. *Suspensión de Pagos*, *op. cit.* p. 163, aunque esta diferencia podrá encontrar paralelismos con la quiebra propiamente dicha, en vista a la ejecución de los bienes, como así dicta la STS 15 de febrero de 1989 [RJ 1989,968], en el que en el proceso de ejecución se inicia a instancia de parte –art. 919 LECiv para la ejecución singular y art. 875 CCom de 1885 para la quiebra- teniendo un carácter absoluto; Por otro lado, el mismo autor, establece la existencia de un título que fundamenta la ejecución, a través de la ejecución singular, resulta posible despachar la demanda en base a títulos ejecutivos judiciales como extrajudiciales; los primeros, creados a través de la intervención del órgano jurisdiccional que permite la apertura de un proceso ordinario de ejecución; a diferencia de los títulos ejecutivos judiciales, los extrajudiciales, nacen fuera del proceso, con un origen negocial dando lugar a diversos procesos especiales de ejecución.

Por su parte, la quiebra constituye un fenómeno distinto, debido a que la Ley no reconoce eficacia ejecutiva por sí solos ni a la declaración del deudor en la quiebra voluntaria ni al título que acredite la cualidad de acreedor del instante de la quiebra necesaria, ya que se requiere la resolución judicial que, estime la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos, declare al deudor constituido en estado de quiebra – *por ello, el auto de declaración de quiebra, posee una relevancia fundamental, toda vez que al declarar al deudor en estado de quiebra, instituye el título de la ejecución concursal que sirve de base a las medidas ejecutivas que en ella se adopten.*

⁴⁹ *Vid.* STS de 9 de noviembre de 1950 [RJ 1950, 1542] donde se resalta la importancia que tiene el proceso de quiebra para el interés público, ello en gran medida por la afección que se tiene hacia la economía en general y la debida protección que tiene el Estado en el cumplimiento del estado de derecho.

⁵⁰ La quiebra como ejecución forzosa de créditos sobre un patrimonio insuficiente que se liquida por la colectividad de los acreedores bajo el principio de comunidad de pérdidas, se propone⁵⁰: Asegurar el ejercicio del derecho a través de medidas precautorias como el embargo del patrimonio del deudor y la satisfacción del derecho, mediante la distribución del activo entre los acreedores, esta complejidad de operaciones, no podían llevarse a cabo al margen del órgano jurisdiccional, que en todo momento vigile el estricto cumplimiento de las normas que regulan el derecho de quiebras, y he aquí el carácter predominantemente procesal de la quiebra se sintetiza en tres argumentos: *a)* Determinar y sujetar los bienes que integran el patrimonio del deudor (la masa de bienes que según la Ley responden del cumplimiento de las obligaciones); *b)* Determinar y graduar los créditos contra el deudor, integrantes de su pasivo (masa de créditos) y de cuyo pago responden aquellos bienes y *c)* Realizar el patrimonio del deudor y con su producto proceder al pago de tales créditos.

Civil de 1881 a través del título XIII⁵¹, debemos estarnos al conjunto normativo del que se desprende una serie de aspectos concretos del procedimiento, en ese entendido y por relevancia: (a) *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, que a través de los artículos 1318 a 1396 regula el “orden de proceder de las quiebras”⁵²; (b) *El Código de Comercio de 1829*; (c) *El Código de Comercio de 1885*, que mantiene una regulación sobre la norma sustantiva a diferencia de la norma procesal dispuesta en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por vía indirecta se mantuvo vigente alguna disposiciones del Código de Comercio de 1829, lo que trajo consigo una confusión; y (d) *El Código Civil de 1889*, en relación a la prelación de créditos –*artículo 1911*⁵³–.

El carácter material de la quiebra entraña una doble circunstancia: por un lado, el incumplimiento de las obligaciones patrimoniales por el deudor, y por otro, la insuficiencia del patrimonio del deudor para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo⁵⁴, estos hechos son signos externos que describen una cesación de pagos, que como situación

⁵¹ El procedimiento de quiebra se encontraba dividida en cinco secciones inmersas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 a través de piezas separadas y subdivididas por ramas. Así, el artículo 1322 de la citada ley exponía estas distintas secciones en: a) *Declaración de quiebra, disposiciones consiguientes a ella, la ejecución, el nombramiento de los Síndicos e incidencias sobre la separación y renovación, convenio entre los acreedores y el quebrado que ponga término al procedimiento*; b) *Las diligencias de la ocupación de bienes del quebrado y todo lo concerniente a la administración de la quiebra hasta la liquidación total y rendición de cuentas de los Síndicos*; c) *Las acciones a que dé lugar la retroacción de la quiebra sobre los contratos y actos de administración del quebrado precedentes a su declaración*; d) *El examen y reconocimiento de los créditos contra la quiebra y la graduación además del pago a los acreedores*; y e) *La calificación de la quiebra y la rehabilitación del quebrado*. Vid. CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra* (...), op. cit., p. 167.

⁵² Las remisiones hechas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hacia el Código de Comercio presuponen la norma vigente hasta ese momento, es decir, el Código de Comercio de 1829. Por otro lado, serán de aplicación con carácter supletorio, las normas del concurso de acreedores –*artículo 1319 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*–.

⁵³ Acerca de las fuentes del Derecho de la Quiebra, vid. SAP de Murcia de 23 de octubre de 2001, [JUR 2002/7660] que: “*Tanto la LECiv de 1881 como el CCom de 1885 tutelan el interés colectivo que la quiebra aflora mediante la interdicción de las operaciones ultimadas por el quebrado en la periferia del procedimiento en beneficio de alguno de esos acreedores o de un tercero, pues ambas actuaciones se enfrentan con la integración de la masa y con la igualdad de condiciones de los futuros beneficiarios de la misma, pero difícilmente ha de tildarse de fraude a tales aspiraciones legales la entrega judicialmente ordenada de una cifra consignada en la cuenta del propio órgano Judicial como resultado de un apremio también judicialmente decretado y tendente a asegurar el cobro de una deuda estimada existente y exigible en una sentencia firme de fecha anterior...*”.

⁵⁴ Vid. RAMÍREZ, J., *La Quiebra*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 111 y ss.

económica y de manera externa no podrá ser apreciada⁵⁵ sino a través de los libros contables de la empresa donde se determine la solvencia o no del deudor, en consonancia a este tema SAGRERA⁵⁶ establece que: “*el examen de estos libros no será única en términos indefinidos, pudiendo dar lugar a una completa revisión sin objeto ni finalidad práctica, con quebranto del inicial principio del secreto contable, sino en los términos justos y ponderados que se estime discrecionalmente razonables, en función de lo que en su caso se peticione y las motivaciones que efectuar dicho examen se justifiquen (...) Por esto, el ordenamiento jurídico tiene que establecer una serie de hechos de quiebra cuya presencia permita presumir la insolvencia*”.

Poner en claro el concepto del estado de quiebra, es establecer que el incumplimiento de la obligación se deriva de la insuficiencia del patrimonio del deudor⁵⁷ –*causa y efecto*–, de ahí cabe retener el concepto jurídico que se complementa con la concurrencia de los acreedores⁵⁸, y la tutela jurídica del Estado; mediante el cual, la protección individual de los acreedores resultarán insuficientes frente al conjunto de acreedores⁵⁹. Esta tutela ejercida,

⁵⁵ En la observancia de poder determinar la solvencia o insolvencia del comerciante, debemos remitirnos – como no habría de otra manera- al examen de los libros contables, matizando que el art. 32 del vigente Código de Comercio de 1885, redactado con arreglo a la Ley 19/89 de 25 de julio, establece que: “*la contabilidad del empresario es secreta*”, pero además, establece la necesidad de: “*comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, en los que sólo podrá decretarse de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo*”.

⁵⁶ Vid. SAGRERA TIZÓN, J., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, Bosch, Vol. I, 1990, p. 468 y 469.

⁵⁷ Esta conjunción podría ser del todo lógica, siempre que no resulte de una dificultad económica momentánea dependiente de factores externos, como bien señala FERNÁNDEZ R., *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, Ed. Compañía Impresora Argentina, 1937, pp. 303 a 304. “*Sería un error considerar que uno o varios incumplimientos importen necesariamente una cesación de pagos, o que sin ellos esta no pueda existir, o sostener que en ningún caso uno o varios constituyen tal estado, ya que los incumplimientos sólo son un síntoma o hecho revelador*”.

⁵⁸ Las razones que engloban un procedimiento de quiebra práctico, revela que el número de acreedores no varía el procedimiento hacia la liquidación de los bienes del deudor, tal como señala FERNANDEZ R., *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, op. cit., p. 173, “*El procedimiento colectivo de quiebra podrá iniciarse por el acreedor único y que, una vez puesto en movimiento, debe proseguir hasta la liquidación de los bienes, aunque exista o aparezca sólo un acreedor*”.

⁵⁹ La organización y defensa de los acreedores se determinará a través de los órganos *ad hoc* del Estado atendiendo al ámbito del Derecho Procesal –*procedimiento de la quiebra*– en defensa de estos como una sola

consiste en la regulación de un procedimiento de ejecución colectiva, que descansa en el principio de la comunidad de pérdidas, tal como lo expone GARRIGUES⁶⁰, donde la quiebra se trata de un *“procedimiento que no pertenece ni a la jurisdicción contenciosa, ni voluntaria; es más bien de naturaleza especial, porque no hay partes litigantes más que en los incidentes surgidos al margen del procedimiento principal, y porque el juez desarrolla, junto a una actividad judicial estricta, una actividad administrativa o de dirección, que es la predominante, y donde aparece la colaboración de los propios acreedores”*.

El alcance de la quiebra, parte del precepto establecido en el art. 1.911 del Código Civil español de 1889 en el que el deudor: *“responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros”*, es decir, que no sólo establece la responsabilidad ilimitada de todo deudor, sino la afección al cumplimiento de esa responsabilidad de todos sus bienes, con la sola limitación de que se trate de bienes que puedan ser embargados y enajenados⁶¹. Lo que para RODRIGUEZ⁶² constituye una auténtica obligación para todo

colectividad, lo que en palabras de BRUNETTI, A., *Tratado de Quiebras*, traducción de Joaquín Rodríguez, México, 1945, p. 303. *“Que la quiebra no es más que la organización de los medios legales de liquidación del patrimonio, encaminada a hacer efectiva, coactivamente, la responsabilidad personal del deudor insolvente, por la que sus acreedores participan de un modo igual en la distribución del importe de la enajenación de sus bienes, viniendo necesariamente a constituir entre sí una comunidad de pérdidas”*.

⁶⁰ Vid. GARRIGUES, J., *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 22.

⁶¹ Acerca de la Declaración de Quiebra y sus efectos Vid. STS de 30 de Junio de 1978 [RJ 1978/2629] *“ (...) que la normativa sancionada por el art. 878 del CCom, referente a que “declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes”, y la prevenida en el art. 922 del mismo Cuerpo Legal mercantil, de que “con la habilitación del quebrado cesarán toda las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra”, determina, de una parte, que la situación apreciada en nuestro antiguo Derecho para el comerciante declarado en quiebra, parecida a la del condenado a interdicción civil, pues se detenía al quebrado en todo caso y se ocupaban todos sus bienes, ha ido siendo superada, haciéndose desaparecer ese carácter de índole esencialmente penal, a causa de acentuarse la finalidad de garantía en favor de los acreedores; y, de otra parte, que si ciertamente la quiebra afecta amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, creando un aspecto de la restricción para el actuar de la misma en el quebrado que no se perfila en nuestro ordenamiento jurídico con la deseable claridad, no obstante la naturaleza jurídica de la restricción de aquella capacidad que significa puede decirse que no alcanza a ser una verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejada en el art. 32 del CCiv..., que la situación del quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la “ratio iuris” de esta particular incapacidad, en cuanto que nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio en liquidación, que aunque pueda afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra, que se ha manifestado con la insuficiencia que supone el patrimonio, su subsistencia en definitiva, depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio”*.

deudor: un deber de responsabilidad que se sintetiza en la afirmación de que *“toda persona debe conservar en su patrimonio bienes suficientes para atender sus obligaciones vencidas”* (...) *“Es su función el establecer una garantía general por las deudas de una persona determinada”* en la misma línea VARGAS⁶³ establece un derecho de “prendas” a favor del acreedor sobre los bienes del deudor, en el entendido de exigir la ejecución forzosa de la obligación, a cuyo efecto: *“La norma otorga al acreedor la facultad de perseguir el pago de su crédito en cualquier bien del deudor, con la excepción de los que resultan inembargables”*.

1.3.2 El Comisario

La figura del comisario en el proceso de quiebra, corresponde al delego del Juez -concepto generalizado- en el auxilio del ejercicio de sus funciones esencialmente administrativas que logra abarcar desde la dirección hasta la gestión del patrimonio del quebrado⁶⁴. Para TOMÁS TOMÁS⁶⁵, el comisario *“se erigía en un verdadero representante del juez, el cual, al no poder estar presente en todos los procedimientos incoados e incidencias, necesitaba de representantes y delegados, razón por la cual aquellas atribuciones que tradicionalmente eran conferidas en exclusiva a los jueces de la quiebra se desgajasen en funciones de contenido judicial, que seguían siendo ejercidas por aquéllos, y en funciones de dirección con un marcado carácter administrativo, que pasaron a ser desempeñadas por el comisario”*.

⁶² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *La ley de quiebras y de suspensión de pagos de 31 de diciembre de 1942. Concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía*, México, Porrúa, 1961, pp. 283 y ss.

⁶³ *Vid.* VARGAS VARGAS, M., *Tratado de la acción pauliana concursal*, Santiago de Chile, Ediar, 1949, p. 49.

⁶⁴ Bajo esta línea, *cfr.* GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Madrid, 1976, Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., p. 692. Interpretan la figura del comisario en el afán de que: *“El legislador había previsto la imposibilidad práctica de que el juez realice los actos de dirección que reclaman las operaciones de la quiebra, y a ello responde la designación del Comisario, llamado en el Código de Comercio de 1829 Juez-Comisario para destacar su carácter de delegado del Juez que conoce la quiebra”*.

⁶⁵ *Vid.* TOMÁS TOMÁS, S., *La administración Concursal...*, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

En cuanto a su nombramiento, este se producía mediante el auto de declaración de quiebra –artículo 1333 LECiv de 1881⁶⁶- recayendo la figura en cualquier comerciante matriculado idóneo para el cargo⁶⁷ –artículo 1044.1 Código de Comercio de 1829- y en caso de no hallar a éste, estas funciones eran desempeñadas por el juez de primera instancia como bien lo expone el artículo 1333 inciso 1 y 2 de la LECiv de 1881⁶⁸.

La naturaleza del comisario dentro el procedimiento de la quiebra resulta amplia por ser este un órgano de control; de intervención, así como delegado del propio juez. En este entendido, y en aplicación del art. 1045 del CCom de 1829 desde el momento de la declaración de la quiebra el comisario debía:

- 1) *Autorizar todos los actos de ocupación de los bienes y papeles relativos al giro y tráfico del quebrado.*
- 2) *Dar las providencias interinas que sean urgentes para tener en seguridad y buena conservación los bienes de la masa mientras que dándose cuenta al Tribunal resuelve lo conveniente.*
- 3) *Presidir las juntas de los acreedores del quebrado que se acuerden por el Tribunal.*
- 4) *Hacer el examen de todos los libros, documentos y papeles concernientes al tráfico del quebrado para dar los informes que el Tribunal le exija.*

⁶⁶ Cfr. Art.1333.3º Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, establecía que: “De tratarse de quiebra de una entidad aseguradora, el nombramiento del Comisario de la misma habrá de recaer en uno de los Inspectores del Cuerpo Técnico de Inspección Mercantil y de Seguros, o en un aspirante del mismo Cuerpo, para lo cual el Juez oficiará a la jefatura Superior de Comercio y Seguros, encomendándole que haga la designación y la participe al Juzgado, a fin de que éste pueda extender su nombramiento y comunicárselos”.

⁶⁷ En opinión contraria, cfr. RAMIREZ, J.A., *La Quiebra...*, op. cit., pp. 395 y 396 “resulta inconcebible, teniendo en cuenta la naturaleza y función del comisario, que la ley no exija prueba alguna de aptitud, o requisito alguno de competencia, en quien deba desempeñar tal cargo. Para ser comisario en nuestro juicio de quiebra sólo basta un requisito, en general al menos: ser comerciante matriculado o en ejercicio, naturalmente en el partido del Juzgado que conozca de la quiebra. Así lo determinan los arts. 1.044.1 del antiguo Código de Comercio y 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así hemos de entenderlo”.

⁶⁸ Vid. artículo 1333.2º Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía: “Si en el lugar del juicio no hubiere comerciante matriculado idóneo para el cargo de Comisario, el Juez de 1ª Instancia ejercerá las funciones que según el artículo 1.045 del Código, corresponden a dicho cargo, excepto las del numeral 4º, y además que en los concursos son propias de los Síndicos o del Depositario”.

5) Inspeccionar todas las operaciones del depositario y de los síndicos de la quiebra; celar el buen manejo y administración de sus pertenencias; activar las diligencias relativas a la liquidación y calificación de los créditos, y dar cuenta al Tribunal de los abusos que advirtiera sobre todo ello.

En otro orden, el Comisario, debía proceder a la ocupación de los bienes y papeles de la quiebra, su inventario y depósito, ejecutando todo ello conforme a lo previsto en los arts. 1046 al 1048 del CCom de 1829.

Debía presentar ante el Juez, el estado de los acreedores del quebrado que debió formar en los tres días siguientes a la declaración de la quiebra. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1062 del CCom, se fijará el día para la celebración de la primera Junta General, convocándose a ella a los acreedores en relación a lo establecido en el art. 1063 del CCom.

Será el propio Comisario quien señale el día en que el quebrado debía comparecer para la apertura de la correspondencia de este, dando cuenta a los acreedores en el momento de la junta de aquellas explicaciones que pidan sobre lo que resultaba obrado hasta ese momento (*ex arts. 1344 y 1344 LECiv*).

El art. 1138 del CCom establece que el informe del Comisario abrirá la pieza de autos correspondiente a la sección de calificación sobre lo que resulte del reconocimiento de los libros y papeles del quebrado acerca de los capítulos que deben servir de base para la calificación de la quiebra.

Con la presencia del Depositario, el Comisario podía examinar a su voluntad todos los libros y papeles de la quiebra con la intención de tomar las instrucciones y apuntes que fueran necesarios para el desempeño de las atribuciones que le correspondían (*ex art. 1048 CCom*).

En relación a los informes que debía presentar el Comisario estos debían ser el resultado del examen de todos los libros, documentos y papeles concernientes al tráfico del quebrado. Debiendo a tal fin:

- 1) *Emitir informes sobre los abusos de los síndicos en el desempeño de sus funciones a efectos de decretar su separación, y que la junta de acreedores hagan un nuevo nombramiento (art. 1075 CCom).*
- 2) *Debían emitir informe sobre la cuenta rendida por el depositario de su gestión a los síndicos en los tres días siguientes al nombramiento de éstos; y con su audiencia (arts. 1082 CCom y 1356 LECiv).*
- 3) *Procedían a realizar un informe sobre el estado exacto de la administración de la quiebra que los síndicos debían presentar mensualmente y pasarlo ante el juez (art. 1095 CCom y 1362 LECiv).*
- 4) *Emitían un informe respecto a los alimentos del quebrado a efectos de su graduación por el Juez (art. 1098 CCom).*
- 5) *Respecto al juicio de calificación, el Comisario era quien debía preparar el informe que posteriormente el Juzgado daba después de hecha la ocupación de los bienes y papeles de la quiebra en razón de los capítulos designados en el artículo precedente, fundándolo en los documentos existentes en lo obrado hasta entonces (art. 1139 CCom).*
- 6) *Debía también realizar un informe sobre la rehabilitación del quebrado a través de un examen de los antecedentes de la quiebra y de los documentos presentados en aplicación del art. 1171 y 1172 del CCom.*

Acerca de la remoción y recusación de los comisarios, ni la Ley de Quiebras, ni la propia Ley de Enjuiciamiento Civil señalaba nada al respecto, con lo que cabía tener en cuenta que ante el incumplimiento de su función, el juez por libre iniciativa, podía remover de sus funciones a estos. En el supuesto de recusación, se tenía en cuenta el artículo 234 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la recusación de los auxiliares de los tribunales y juzgados, en el sentido de que si el comisario realiza funciones de perito o informador del juez, cabía su recusación en vista de aquellas causas previstas para los propios jueces o peritos.

Con la figura del Juez y el Comisario en el proceso de quiebra se ejercieron poderes de orden directivo y a la vez resolutorio durante la gestión del patrimonio del deudor. El problema surge cuando este patrimonio deja de ser administrado por el propio deudor a consecuencia de su inhabilitación -artículo 878 del Código de Comercio de 1829- he aquí que surgen dos figuras en el afán precisamente de administrar dicha masa, además de defender los intereses: el depositario y los síndicos. A continuación, estableceremos el alcance de cada una de estas figuras relativas a los órganos de administración y representación.

1.3.3 El Depositario Administrador

El artículo 1.044 del CCom de 1829 disponía que: una vez declarada la quiebra, se procedía al nombramiento del Depositario “*en persona de la confianza del juzgado, a cuyo cargo se pondrá la conservación de todos los bienes ocupados al deudor hasta que se nombren los síndicos*” desde luego, el alcance de esta figura abarcaba aspectos mucho más complejos que la sola administración o depósito de los bienes⁶⁹ como señala el art. 1181.1º LECiv y 1046.5º CCom de 1829; además de representar a la quiebra hasta que los Síndicos tomen posesión de su cargo (art. 1181.1º CCom) debían proceder además con el cobro de aquellos créditos del quebrado y proponer al Juez la enajenación de los bienes muebles que no puedan conservarse.

Como vamos observando, el Depositario-administrador devenía como un órgano provisional interino, siendo sólo un delegado del juez⁷⁰ con atribuciones hasta tanto los

⁶⁹ En la misma línea, *cfr.* RAMIREZ, J.A., *La Quiebra...op. cit.*, pp. 401 y 402, señala que al ser la finalidad primordial de la quiebra la ocupación, guarda, conservación y liquidación de los bienes del quebrado, si los bienes, una vez ocupados, quedasen libres de todo control. Por eso la ley determina que en el propio auto que se decreta la quiebra, se procederá al nombramiento de depositario. Éste viene a ser el guardián de aquellos bienes y libros.

⁷⁰ *Vid.* GONZALEZ URIA, R., *La quiebra de la “Barcelona Traction”*, Artes Gráficas Quintanilla, Barcelona, 1953, pp. 156 y ss.

acreedores, puedan designar a los síndicos, debiendo al término de sus funciones rendir cuentas de su gestión⁷¹.

De los requisitos para su nombramiento el art. 1.044 del CCom de 1829 establecía que este recaía en persona de la confianza del Juzgado que decretase la quiebra, y aunque ningún otro precepto hacía referencia acerca de los requisitos de designación, en aplicación del art. 1.179 de la LECiv, cabía entender, que este recaía sobre comerciante responsable y con base crediticia. Una vez jurado el cargo, y habiendo el juzgado procedido a solicitar o no una fianza –que se estima de propia responsabilidad del juzgado- se procedía a la entrega de un testimonio referente al nombramiento.

En relación a la continuación de los procesos singulares en trámite por parte de los depositarios hasta la designación de los síndicos TOMÁS TOMÁS⁷² señala que el depositario podía colegirse tal facultad del resto de atribuciones, por su consideración como administrador provisional del patrimonio y dada su facultad para el cobro de los créditos. Por otro lado, de la obligación de conservar el patrimonio se podía deducir, que el depositario se encontraba plenamente calificado para ejercer por vía de acción o de excepción, aquellos mecanismos procesales que pudieran evitar la salida de un determinado bien de la masa.

Finalmente, el art. 1.184 de la LECiv establecía para el depositario-administrador, dietas proporcionadas a la entidad y circunstancias de los bienes siendo el Juez de la quiebra quien determinaba dicha cuantía, tenía además, derechos a determinados porcentajes por cobranzas de créditos, venta de muebles y productos líquidos de administración, así como solicitar por su parte, la reintegración hecha por gastos en función del cargo.

⁷¹ En este sentido explica TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, *op. cit.*, p. 63, que el depositario-administrador era un órgano auxiliar del juez con una función instrumental de cooperación dirigida a facilitar la toma de decisiones por parte de aquél. Pese a sus equiparaciones doctrinales con los síndicos, esta figura no podía ser calificada como un “síndico anticipado”, pues no participaba de su misma naturaleza. Asumía, por razón del encargo judicial que recibía, una función oficial.

⁷² TOMÁS TOMÁS, S., *Ibidem*, p. 65.

Acerca de las funciones del depositario, se destacan dos funciones esenciales que recoge el art. 1181 de la LECiv de 1881: *la representación y administración*⁷³, debiendo por tanto:

1º Mantener la representación del concurso hasta que los síndicos tomaran posesión de su cargo.

2º Además de la representación, será de obligación y atribución:

- a) Administrar los bienes del concurso, custodiarlos y conservarlos de suerte que no sufran menoscabo alguno.*
- b) Cobrar los créditos que tuviese a su favor el concursado. Este cobro lo hará, obteniendo previamente la venia del juzgado.*
- c) Proponer al juez la enajenación de los bienes muebles que no puedan conservarse.*

Al ser un órgano provisional interino con atribuciones delegadas por el juez hasta tanto los acreedores puedan designar a los síndicos, estos debían intervenir en diferentes momentos de la quiebra según establece la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881:

- 1) El depositario verificará junto al Comisario la apertura de la correspondencia del quebrado cuando este no asistiere el día designado por aquél último (art. 1339 LECiv).*
- 2) El depositario firmará también la diligencia que se extienda para la ejecución de toda extracción que se haga de los almacenes o del arca del depósito de efectos, dinero, letras, pagarés y demás documentos crédito pertenecientes a la masa (art. 1352 LECiv).*
- 3) El depositario podrá reclamar del Comisario permisos para las ventas urgentes de los efectos de la quiebra, o para aquellos gastos indispensables que haya hacerse para su conservación (art. 1354 LECiv).*

⁷³ Vid. SANJÚAN Y MUÑOZ. E., *Funciones de la Administración concursal*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 27 a 30.

- 4) *El depositario habrá de rendir cuentas de conformidad al art. 1356 LECiv que a su vez remite a las normas del Concurso y, al mismo tiempo, a la administración de abintestato, debiendo el depositario rendir cuenta formal y justificada de su gestión a los síndicos en los tres días siguientes al nombramiento de estos. (art. 1082 CCom de 1829)*
- 5) *Las letras, pagarés o cualquier otro documento de crédito vencido, se cobrarán por el depositario; y las que fueran pagaderas en domicilio diferente, se remitirán por el mismo para su cobro a persona abonada, con previa autorización del Comisario (art. 1050 CCom de 1829).*
- 6) *Corresponde al depositario custodiar la correspondencia del quebrado que inicialmente se pondrá en poder del Comisario, quien la abrirá a presencia del quebrado o de su Apoderado y hasta el nombramiento de los síndicos.*

Por su parte, el art. 1046 del Código de Comercio de 1829 establecía que la ocupación de los bienes y papeles del comercio del quebrado tendrá efecto a través de:

- 1) *Todos los almacenes y depósitos de mercaderías y efectos del quebrado quedarán cerrados bajo dos llaves, de las cuales tendrá una el Comisario, y la otra se entregará al depositario.*
- 2) *Igual diligencia se practicará en el escritorio o despacho del quebrado, haciéndose constar en el acto por diligencia el número, clases y estado de los libros de comercio que se encuentren, y poniéndose en cada uno de ellos a continuación de la última partida una nota de las hojas escritas que tengan, la cual se firmará por el Juez y el Escribano.*
- 3) *En el mismo acto de la ocupación del escritorio se formaba el inventario del dinero, letras, pagarés y demás documentos de crédito pertenecientes a la masa.*
- 4) *Los bienes muebles del quebrado que, no se hallaban en almacenes en que puedan ponerse sobrellaves, y los semientes, se entregarán al depositario bajo inventario,*

dejándole al mismo quebrado la parte de ajuar y ropas de uso diario, que el comisario estime prudentemente que le sean necesarias.

- 5) *Los bienes raíces se pondrán bajo la administración interina del depositario, quien recaudará sus frutos y productos, y dará las disposiciones convenientes para evitar cualquier malversación.*
- 6) *En relación a los bienes que se hallen fuera del pueblo del domicilio del quebrado, se practicarán iguales diligencias en los pueblos donde se encuentren, despachándose a este fin los oficios convenientes a sus respectivos Jueces.*

El depositario, en todo caso, no podrá hacer ventas de aquellos efectos de la quiebra ni ejecutar gastos que no sean indispensables para la custodia y el mantenimiento de aquellos efectos que se tenga en depósito.

1.3.4 Los Síndicos

Estamos ante la figura que por relevancia en funciones ha sido el órgano fundamental de la quiebra y en quien se encomendaba la complejidad del proceso a través de la representación, conservación, venta y distribución de los bienes que componían la masa activa de la quiebra. Órgano que por características y funciones propias logra conservar aspectos similares en la figura de la administración concursal propias en la Ley 22/2003⁷⁴.

Si tenemos en consideración que la finalidad de la quiebra ha radicado en la liquidación del pasivo a través del principio de la *par conditio creditorum*, y que ésta para exteriorizarse a razón del auto de declaración contaba con la delegación de un Depositario, designado por el Juez de la quiebra, estas sus funciones cesaban mediante la designación en junta de acreedores de los administradores que eran denominados *Síndicos*.

La naturaleza jurídica del Síndico se constituye a través de una figura ecléctica⁷⁵, es decir, se atribuye a los Síndicos una naturaleza mixta–privada y pública⁷⁶, configurando su

⁷⁴ La Sindicatura, como órgano de la quiebra, fue introducida en nuestro ordenamiento por influencia del Código napoleónico, con un rango predominante en el aspecto privatista.

⁷⁵ *Vid. RAMIREZ, J.A. La Quiebra..., op. cit., p. 440.*

estudio en lo dispuesto por el art. 1218.1º de la LECiv, donde situaba al síndico como defensor de los intereses y derechos de la masa de acreedores, tanto si son coincidentes con los del quebrado (arts. 1.264 y 1.382 LECiv) como si son antagónicos con ellos (art. 1366 LECiv).

Para el nombramiento de los síndicos, el art. 1044.7º CCom de 1829 establecía que esta se lleve a cabo mediante el nombramiento de los acreedores reunidos en la primera junta general⁷⁷, para ello, el Comisario presentaba ante el Juez, el estado de los acreedores del quebrado, formado en los tres días siguientes a la declaración de la quiebra (art. 1342

⁷⁶ La naturaleza y carácter de la sindicatura de la quiebra ha sido uno de los aspectos más discutidos en el ámbito doctrinal, tal como lo expone TOMÁS TOMÁS, S., *La Administración Concursal*, op. cit., p. 68, las construcciones teóricas establecen, 1) Teoría de la representación, a través de variantes como: a) Teoría de la delegación o representación de los acreedores; b) Teoría del representante o de representación del deudor y c) Teoría de representación de múltiples partes (en tal sentido *Vid.* Dirección General de los Registros y del Notariado, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, S.A, Madrid, 1932, p. 119 a 131, en las que se afirma que los síndicos ostentaban la representación conjunta del quebrado de una parte y de los acreedores de otra). Por otro lado, 2) La teoría orgánica, que distinguía al síndico como representante de una entidad jurídica formada por la masa concursal, o a través de una posición de órgano público en interés de la quiebra. Y 3) La teoría de la sustitución o como sustituto del deudor procedente de la doctrina alemana, introduciéndose en España por la influencia de autores italianos como CARNELUTTI con su obra “*Espropriazione del creditares*”, *Studi in diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, tomo I, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1931, p. 253.

⁷⁷ En relación a este punto, *cf.* RAMÍREZ, J.A., op. cit., p. 465, subraya que las reglas a observar para la celebración de la junta de acreedores sobre nombramiento de síndicos, afectan a diferentes presupuestos: Aquellos que se relacionaban con los libros y documentos y otros, relativos a los acreedores concurrentes y a la justificación de su personalidad. En relación al derogado art. 1344 LECiv, el comisario llevará a la junta todas las piezas o secciones del juicio de quiebra, en el estado que tengan, a cuyo efecto le serán pasados los autos. Tales piezas se tendrán presentes para dar en el acto, a los acreedores, las explicaciones que pidan sobre lo que resulte de lo actuado hasta entonces. En relación a lo que disponía el art. 1067.2º CCom 1829, el depositario debía confeccionar para tal acto, llevando a la junta: a) Un informe circunstanciado sobre el estado de las dependencias de la quiebra y el juicio que pueda formarse sobre sus resultados; b) Y una nota de los ingresos y gastos habidos hasta aquel día. Los acreedores comprendidos en el “estado” confeccionado por el comisario, con aquellas adiciones hechas hasta el momento de comenzar la junta o incluso hasta las cuarenta y ocho horas anteriores a la junta, podían asistir a ella, ya sea de manera personal o representada. De otra manera, cada acreedor que asistía a la Junta, debidamente legitimado, obtenía un voto; pero aquellos apoderados que detentasen más de una representación, sólo tenían derecho a un voto, aunque se sumaran las cantidades de todos los créditos que representen para formar la mayoría de capital (arts. 1345 y 1137 LECiv). La junta se estimaba constituida sean cualesquiera los acreedores concurrentes, y se celebrará con ellos, sin consideración ni a su número ni al capital que representen (art. 1346 LECiv). Una vez que se constituía la junta, en el día y lugar señalados, se procedía a la celebración, dando lectura, para el conocimiento de los acreedores: a) Balance y memoria presentados por el quebrado, o bien por un comerciante experto, b) Acerca del informe circunstanciado que hubiere confeccionado y presentado el depositario y c) La nota de ingresos y pagos confeccionadas y presentada por el depositario (art. 1067 del CCom de 1829). Una vez se hubieran cumplido las formalidades, se procedía al nombramiento de síndicos, tal como disponía la norma.

LECiv)⁷⁸. Y, a la vista del estado de los acreedores en función del art. 1062 del CCom, el Juez fijaba el día para la celebración de la primera junta general de acreedores.

El número de síndicos que establecía la norma era de tres miembros⁷⁹ (art. 1068 CCom), y en atención al art. 1346 de la LECiv este nombramiento “*podía recaer en cualquier acreedor del quebrado, ya lo sea por su propio derecho, o ya en representación ajena; y con preferencia en quien ejerciere o hubiere ejercido el comercio, debiendo tener los elegidos las cualidades de ser mayores de veinticinco años y la residencia habitual en el pueblo en el que la quiebra tenga lugar*”⁸⁰, sin que pueda disminuir ni aumentar este número, más aún por el tamaño de la quiebra –grandes o pequeñas-, del mismo modo, en relación al número de acreedores o negocios del quebrado.

La excepción a la regla, parte de la voluntad de los propios acreedores, el art. 1210 de la LECiv expuso estas circunstancias en el caso de que: “*Todos los acreedores concurrentes a la junta convengan en nombrar uno o dos síndicos y hagan la elección precisamente por unanimidad*”. Si esta regla de nombramiento de uno o dos síndicos no podía resultar unánime, se mantenía la elección de tres. Por otro lado, el art. 31.3º de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁸¹, establecía que si del resultado de la quiebra el deudor resulta una persona bien sea física o jurídica, dedicada a la actividad

⁷⁸ En atención al art. 1062 CCom de 1829 sobre el estado de acreedores, el juez fijaba el día para la celebración de la primera junta general, donde se procedía al nombramiento de los síndicos (art. 1342 LECiv de 1881), por otro lado, resulta importante destacar el art. 1346 LECiv, en la que se disponía cómo debía desarrollarse la junta para aquél nombramiento, además de determinar el número de síndicos.

⁷⁹ Señala sobre este aspecto, *cf.* RAMÍREZ, J.A., *La Quiebra...*, *op. cit.*, p. 468. Que en referencia al número de Síndicos: “*El viejo Código de Comercio, antes de su modificación por la ley de 30 de julio de 1878, disponía en su artículo 1068 que el número de los síndicos se fijará de antemano por el Tribunal de Comercio a propuesta del juez comisario, según la extensión de negocios que tenga la quiebra, no podrá exceder de tres*”. “*...para algunos tratadistas este criterio del legislador fue acertado, debido a que en el más grave de los casos, tres síndicos eran más que suficientes para el desempeño de sus funciones*”.

⁸⁰ En este sentido, *cf.* RIVES Y MARTÍ, F., *Teoría y práctica de las actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, tomo II, Madrid, Reus, 1954, pp. 331 y ss. apunta que la posibilidad de que en caso de que los acreedores del deudor sean tan sólo dos, o existiera acuerdo entre ellos, el número de síndicos podría verse reducido a uno.

⁸¹ BOE nº 267, de 5 de noviembre de 2004.

aseguradora, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras asumirá las funciones de Síndico único.

Previa aceptación y juramento en el buen desempeño de su cargo, los síndicos eran posicionados en su cargo, dándose a reconocer donde fuere necesario⁸², según lo establecía el art. 1217 de la LECiv. Será preciso entender, que el cargo de síndico era de carácter voluntario, es decir, que si alguno de los miembros no aceptaba el cargo, debía de procederse a nombrar o sustituir por otro⁸³. El nombramiento debía ser publicado mediante edictos en aquellos periódicos oficiales en el que se hubiera publicado la convocatoria para la junta.

En relación a las funciones de los síndicos, siguiendo la sistemática de RAMÍREZ⁸⁴, estas se clasificaban según la finalidad, es decir: de gestión y de representación⁸⁵. En un primer grupo, relacionadas a aquellas funciones de *gestión*, la actividad iba orientada a conservar los bienes de la masa y de esta manera transformar estos en metálico para la distribución del importe obtenido entre los acreedores. Con ello, la administración procuraba que estos

⁸² Entre el nombramiento de los síndicos y su aceptación, el Depositario era quien continuaba desempeñando sus funciones, ello mientras no hubiese nadie que haya aceptado el cargo; si hubiere existido alguno, sería quien desempeñaba el cargo hasta que hayan jurado los demás. *Vid.* GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de Quiebras*, Madrid, Imprenta de C. González, 1856, pp. 66 y ss.

⁸³ *Cfr.* RIVES Y MARTÍ, F., *Teoría y práctica de las actuaciones judiciales...*, *op. cit.*, p. 335; GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de Quiebras*, *op. cit.*, p. 66 y RAMÍREZ, J.A., *La Quiebra*, *op. cit.*, p. 483.

⁸⁴ *Vid.* RAMÍREZ, J.A., *La Quiebra*, *op. cit.*, p. 442.

⁸⁵ *Vid.* GUASP DELGADO, J., *La quiebra...*, *op. cit.*, pp. 272 y ss. quien señala: “la administración es un proceso concursal, sea concurso de acreedores o sea una quiebra es, efectivamente, una designación sintética de un grupo de diligencias de la que en estos casos de ejecución general se practican... Y la administración es aquí un concepto que el derecho positivo, como no puede por menos y cualquiera que sea su posición frente a los términos generales del problema, utiliza en sentido procesal o, si se quiere, judicial, como aplicación de medios a fines procesales, es decir, al cometido que las cosas en cuestión tienen asignadas dentro del proceso. Como en una ejecución general, la finalidad de la cosa es la de ser realizada a los efectos de la satisfacción al acreedor, las actividades de realización no hacen más que proporcionar el instrumento necesario para llevar a cabo tal cometido y de aquí que sean administración en sentido procesal y no disposición, las cesiones, enajenaciones o traspasos...”.

bienes no salieran de la masa de forma indebida y procurando un aumento en el rendimiento de los mismos⁸⁶.

La transformación de los créditos en metálico, supuso por una parte: el cobro y recaudación de todos los créditos, rentas y pensiones que pertenezcan a la quiebra, y, de otra, la venta y enajenación de todos los bienes, derechos y acciones de la quiebra, en las condiciones más ventajosas posibles, como así lo exponen los artículos 1218.3º y 4º y 1234 LECiv, en relación con el art. 1084 del CCom de 1825.

Dentro de las funciones de gestión devinieron además la presentación de los distintos informes que los síndicos debían acompañar en el proceso, correspondiendo a estos:

- a) La Formación del inventario de los bienes ocupados (arts. 1355 LECiv y 1079 del CCom). Es decir, aquellos bienes y efectos que se encontraban en manos de consignatarios, o que por cualquier otra razón se halle en pueblo distinto de donde éste radicada la quiebra. Comprendía este inventario, aquél balance, libros y papeles del quebrado, con aquellas notas que correspondían según las contestaciones que hubieran recibido de sus tenedores o depositarios (art. 1379 CCom)⁸⁷.
- b) Preparación de las acciones de reintegración a la masa (arts. 1368 LECiv y 879 del CCom). En este sentido, se procedía a que en el plazo de diez días, los síndicos formen: Que los pagos hechos por el quebrado en los quince días precedentes a la declaración de la quiebra por deudas y obligaciones directas, cuyo vencimiento fuese posterior a ésta; Por otro lado, los contratos que se celebraban en los treinta

⁸⁶ Cfr. TOMÁS TOMÁS, F., *La Administración Concursal...*, op. cit., pp. 74 y 75, señala, en aplicación del art. 878.1 CCom de 1885 que se desprendía que, declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Y que no existía, norma alguna que pudiera determinar si el sujeto declarado en quiebra tenía capacidad procesal. Señala también, que esta omisión, no supone que el quebrado quedase facultado para comparecer en juicio por sí mismo, habida cuenta de la atribución que se hacía a los síndicos para continuar e iniciar el ejercicio de acciones y excepciones civiles relativas a los bienes comprendidos en el patrimonio concursal (arts. 1073.5º, 1090 y 1091 CCom de 1829 y art. 1218.1º de la LECiv 1881), otros autores en la misma línea: SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 43 y ss.; ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 25.

⁸⁷ De conformidad a lo que exponía el art. 1355 LECiv, el inventario general se debía realizar de forma prevista por los arts. 1079, 1080 y 1081 del CCom de 1829.

días anteriores a la declaración de la quiebra, que en el concepto de fraudulentos queden ineficaces de derecho en arreglo al art. 1039 CCom, y de las donaciones entre vivos que se encuentren comprendidas en la disposición del art. 1040⁸⁸.

- c) La formación de un estado general de los créditos a cargo de la quiebra, previo el informe sobre la justificación de cada uno de tales créditos (arts. 1380 LECiv; 1103 y 1104 CCom). Bajo esta línea, se debía poner por cabeza de la pieza de autos correspondientes a esta sección el estado general de los acreedores de la quiebra, para que posteriormente el Juez emitiera su providencia, en el cual, los Síndicos debían presentar los títulos justificativos de sus créditos y el día en que se hubiere de celebrar la Junta para su examen y reconocimiento, arreglándose este señalamiento a lo que preveía el art. 1101 del CCom. Por su parte, el art. 1095 del CCom, establecía que los Síndicos debían presentar mensualmente un estado exacto acerca de la administración de la quiebra y que el Comisario, pasaría con su informe al Tribunal para las providencias que haya lugar en beneficio de los interesados en la quiebra.

Así mismo, los Síndicos, en aplicación del art. 1103 CCom, debían presentar un informe individual sobre cada crédito, con arreglo al cotejo entre los documentos que presenten los acreedores y los libros y papeles de la quiebra, recogiendo además, la obligación de formar un estado general de los créditos a cargo de la quiebra que se hayan presentado para su comprobación, con la oportuna referencia en cada artículo por orden de números de los documentos presentados por su respectivo interesado (art. 1104 CCom)⁸⁹.

⁸⁸ En este sentido, *cf.* SAN JUAN Y MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración Concursal*, Dijusa, Madrid, 2004, p. 35, donde da cuenta de que los estados de que trató este artículo 1039 CCom se comprobaban y visaban por el Comisario, con cuyo requisito dirigirán los Síndicos a los interesados sus reclamaciones extrajudiciales para obtener el reintegro a la masa de lo que a ésta pertenecía, y si estas resultaban ineficaces, acudían a los medios de derecho que correspondían según el objeto de cada reclamación, con la previa autorización del Comisario (art. 1369 LECiv).

⁸⁹ Los arts. 1268 a 1270 de la LECiv, respecto a aquellos supuestos de quiebra, resultaron ser más específicos, distinguiendo tres apartados: El primero, en relación a los *créditos*, debiendo formar cuatro estados *i)* Los acreedores por trabajo personal y alimentos; *ii)* Los acreedores hipotecarios, por el orden en preferencia que en derecho les correspondía. Se comprendían en este estado tanto los acreedores que tuvieron a su favor hipoteca legal que se halló subsistente, como las que la tuvieron voluntaria con la advertencia, de que su preferencia se limitaba a los bienes hipotecados especialmente; y si el valor, no alcanzaba a cubrir el importe

- d) La transacción de los pleitos pendientes sobre intereses de la quiebra (art. 1360 LECiv). En este sentido, los síndicos en aplicación del art. 1360 CCom, proponían las transacciones necesarias para el mantenimiento de la masa, para ello podían representar a la masa en las demandas civiles contra el quebrado que se hallaren pendientes al tiempo de hacerse la declaración de quiebra (arts. 1090 CCom y 1360 LECiv), además de continuar las acciones civiles que el quebrado hubiere deducido en juicio antes de caer en quiebra (art. 1091 CCom).
- e) Y los actos propiamente de administración, aún aquellos que excedan de la gestión ordinaria (art. 1357 LECiv).

La facultad de *representación* de los síndicos abarcó aspectos como el ámbito judicial y contractual según disponía el art. 1218.1º de la LECiv donde en la atribución de los Síndicos está el “*Representar en juicio y fuera de él, defendiendo sus derechos y ejercitando las acciones y excepciones que le competan*”.

Siguiendo el esquema del autor en cita, la representación en juicio, se manifestaba a través de: *a)* Incidentes sobre reconocimiento y graduación de créditos (arts. 1381 y 1264 LECiv); *b)* En la posible causa criminal contra el quebrado (art. 1387 LECiv); *c)* En el ejercicio de las acciones de impugnación de los actos del quebrado realizados en el llamado “período sospechoso” y afectados por la retroacción (art. 1366 y ss. de la LECiv), en este caso, los Síndicos actúan como representantes de la masa de acreedores de la quiebra.

La representación *fuera de juicio* conllevó: *a)* Posible transacción de los litigios en curso (art. 1360 de la LECiv); *b)* Actos relacionados con la administración y venta del haber de la

total del crédito asegurado con la hipoteca, eran considerados como escriturarios por la diferencia *iii)* Los acreedores que lo eran por escritura pública, por el orden de sus fechas; *iv)* Los créditos comunes, comprendiendo en este estado aquellos que no fueron incluidos en los estados anteriores. Un segundo informe que abarcó una nota de bienes de cualquier clase que el concursado haya tenido correspondientes a terceras personas. El art. 1269 LECiv recogía que esta nota de bienes debía expresarse a través de los nombres de los dueños, añadía, si estos se hubieren presentado reclamándolos, se les entregaba, conviniendo en ello los síndicos y el quebrado. Y por último, un tercer informe que se realizaba antes de la Junta y consistía en un dictamen sobre los créditos que hubieren quedado pendientes de reconocimiento o reclamado después de formados los estados que se preveían en el art. 1251 LECiv. *Vid.* SAN JUAN Y MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración Concursal, op. cit.*, pp. 36 y 37.

quiebra (arts. 1020 y ss. LECiv); c) En general, en aquellos contratos que los Síndicos celebran o asuman, dentro de los límites de su función o cargo.

Por otro lado, podían promover todas aquellas formalidades que correspondan para la conservación de los derechos de la quiebra, en letras de cambio, escrituras públicas, efectos de crédito, y cualquier otro documento de la pertenencia de aquellas (art. 1097 CCom).

Podían también ejercitar acciones de nulidad, en relación a aquellos actos de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraían los efectos de la quiebra se declaraba nulos (art. 878 CCom)⁹⁰. Así también podía ejercitar acciones de reclamación de aquellas cantidades que el quebrado haya satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra por deudas y obligaciones directas cuyos vencimientos hubiesen sido posteriores de conformidad con los arts. 1371 LECiv, 879 CCom de 1885⁹¹ y 1038 del CCom de 1829.

Acerca de las operaciones realizadas, de conformidad al art. 1364 LECiv, las cuentas que daban los Síndicos de su administración correspondían también a esta pieza de autos, de la que se procedía a su examen, con arreglo al art. 1134 y 1135 del CCom de 1829, y si se producían agravios contra ellas, tanto por acuerdo de la junta de acreedores como por el quebrado o algún acreedor particular, se sustanciaba esta demanda por los trámites de juicio ordinario en esta misma pieza de autos.

⁹⁰ Las acciones de reintegración que se encontraban expresadas en el art. 880 del CCom de 1885, recogían como fraudulentos e ineficaces respecto a los acreedores del quebrado, los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecían a alguna de las clases siguientes: a) Transmisión de bienes inmuebles hechas a título gratuito; b) Constituciones dotales hechas de bienes privativos suyos a sus hijos; c) Concesiones y trasposos de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra; d) hipotecas convencionales sobre obligaciones de fechas anteriores que no tuvieron esta calidad, o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificó al tiempo de otorgarse la obligación ante Notario y testigos que intervinieron en ella; e) Las donaciones entre vivos que no hubieran tenido el carácter de remuneratorias, otorgadas después del balance anterior a la quiebra, si de éste resultó un pasivo superior al activo del quebrado.

⁹¹ Cfr. Artículo 879 del CCom de 1885 establecía: *“Que las cantidades que el quebrado hubiera satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento era posterior a esta, se debían devolver a la masa por quienes lo percibieron. El descuento de sus propios efectos hecho por el comerciante dentro del mismo plazo, se considerará como pago anticipado”*.

Una vez concluida la liquidación de la quiebra, los Síndicos, debían rendir cuentas ante la Junta General de acreedores (arts. 1134 y 1135 CCom y 1293 y 1294 LECiv), prevenía además, la formación de un órgano temporal y de especial administración denominada “comisión”. A través de esta comisión, se permitía la realización de un informe acerca del reconocimiento y comprobación de la cuenta que hayan presentado los síndicos.

En resumen, y en función a lo que establecían los arts. 1073 del CCom de 1829; el 1218 y 1366 de la LECiv; las funciones de los síndicos comprendían:

- 1. La administración de todos los bienes y pertenencias de la quiebra a uso de buen comerciante.*
- 2. La recaudación y cobranza de todos los créditos de la masa y el pago de los gastos de administración de sus bienes, que sean de absoluta necesidad para su conservación y beneficio.*
- 3. El cotejo y rectificación del balance general hecho anteriormente del estado del quebrado, formando el que debería regir como resultado exacto de la verdadera situación de los negocios y dependencias de la quiebra.*
- 4. El examen de los documentos justificativos de todos los acreedores de la quiebra para extender sobre cada uno de ellos el informe que deban presentar en la Junta de acreedores.*
- 5. La defensa de todos los derechos de la quiebra, y el ejercicio de las acciones y excepciones que la competen.*
- 6. Promover la convocación y celebración de las Juntas de acreedores en los casos y para los objetos que se determinaban en el Código de Comercio, y por los motivos extraordinarios que se consideren suficientes.*
- 7. Procurar la venta de los bienes de la quiebra cuando esta se debía ejecutar con sujeción a las formalidades en derecho.*

Acerca de la rendición de cuentas y la responsabilidad que asumían los Síndicos, se encontraban en la obligación de rendir cuentas a través de la formación de *estados mensuales* sobre el desempeño del órgano (arts. 1364 LECiv y 1134, 1135 CCom), sin perjuicio de que, un vez concluida la liquidación de la quiebra o cesado un síndico en su cargo antes de aquella conclusión se rinda una cuenta final. Siguiendo a RAMÍREZ⁹² señala que se trataba, como es de manera comprensible, de la obligación que pesa sobre todo mandatario o administrador de rendir cuentas de su gestión, que resultaban parciales mientras la administración cumpla con sus funciones y definitivas al terminar su mandato. De ello y como resultado de su cumplimiento, la clasificación de la “responsabilidad” resultaba: administrativa, civil o penal, según cómo se hubiere desarrollado su gestión⁹³.

1.4 La Suspensión de Pagos

La insolvencia o la impotencia patrimonial del deudor es la razón del Derecho Concursal, que según SAGRERA⁹⁴, no tiene como finalidad última la defensa contra el incumplimiento de la obligaciones, sino contra la insolvencia⁹⁵, ordenando en su caso el proceso de liquidación en beneficio del propio deudor, y de sus acreedores⁹⁶, asegurando el principio de la “*pars conditio creditorum*”.

⁹² Vid. RAMÍREZ, J.A., *La Quiebra...*, *op. cit.*, p. 448.

⁹³ Respecto a la responsabilidad administrativa, esta recaía en una sanción de separación del cargo. A diferencia, la responsabilidad civil, comportaba la obligación de indemnizar o resarcir daños y perjuicios a la masa, (art.1365 LECiv).

⁹⁴ Vid. SAGRERA TIZÓN, J., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, Ed. Bosch, T. 1, 1989, pp. 92 y ss.

⁹⁵ Se deberá apuntar que el concepto de insolvencia y cesación de pagos son totalmente distintos, por cuanto la insolvencia es un estado de hecho; es decir, es la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones y se presenta siempre como un antecedente de la cesación de pagos, como hecho jurídico, del incumplimiento de las obligaciones. Vid. SAGRERA TIZÓN, *op. cit.*, p. 93.

⁹⁶ El artículo 1002 del CCom de 1829, en su Libro Cuarto, Título Primero, referido a las quiebras, establece: “*Se distinguen para los efectos legales cinco clases de quiebras: 1ª Suspensión de Pagos; 2ª Insolvencia fortuita; 3ª Insolvencia culpable; 4ª Insolvencia fraudulenta y 5ª Alzamiento*. La distinción que la Ley otorga a cada una de las clases de quiebra se encuentra descrita en los artículos siguientes, así: el art. 1.003 expone: “*Entiéndase quebrado de primera clase el comerciante que manifestando bienes suficientes para cubrir sus deudas, suspende temporalmente los pagos, y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerles*”; por quiebra de segunda clase o insolvencia fortuita el art. 1.004 señala: “*Es quiebra de segunda clase la del comerciante a que sobrevienen infortunios casuales e inevitables*”

De cualquier manera, la insolvencia, es una *quaestio facti*, y que según CORDÓN⁹⁷, resultará jurídicamente irrelevante hasta tanto el deudor cesa efectivamente en sus pagos⁹⁸

en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil que reducen su capital al punto de no poder satisfacer el todo o parte de sus deudas". En relación a la quiebra culpable, el art. 1.005 CCom de 1829 elabora una lista de las causas: " *Se reputan quebrados de tercera clase los que se hallen en alguno de los siguientes casos: 1º Cuando los gastos domésticos y personales del quebrado hubieren sido excesivos y descompasados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia; 2º Si hubiere hecho pérdidas en cualquier especie de juego que excedan de lo que por vía de recreo aventura en entretenimientos de esta clase un padre de familia arreglado; 3º Si las pérdidas le hubieren sobrevenido de apuestas cuantiosas, de compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa absolutamente del azar; 4º Si hubiere revendido a pérdida, o por menos precio del corriente, efectos comprados al fiado en los seis meses precedentes a la declaración de la quiebra, que todavía estuviese debiendo y 5º Si constare que en el período transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de quiebra, hubo época en el que el quebrado estuviese en débito por sus obligaciones directas de una cantidad doble del haber líquido que le resultaba según el mismo inventario.*

Para la insolvencia fraudulenta, que el CCom de 1829 viene a denominarlos como "quebrados pertenecientes a una cuarta clase", el art. 1.007 expone: " *Serán considerados: 1º Si en el balance, memorias, libros, u otros documentos relativos a su giro y negociaciones, incluyese el quebrado gastos, pérdidas o deudas supuestas; 2º Si no hubiese llevado libros, o si habiéndolos llevado, los ocultare o introdujere en ellos partidas que no se hubiesen sentado en el lugar y tiempo oportuno; 3º Si de propósito rasgase, borrase o alterase en otra cualquier manera el contenido de los libros; 4º Si de su contabilidad comercial no resultare la salida o existencia del activo de su último inventario y del dinero, valores, muebles y efectos de cualquier especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado; 5º Si hubiese ocultado en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos; 6º Si hubiese consumido y aplicado para sus negocios propios fondos o efectos ajenos que le estuviesen encomendados en depósito, administración o comisión; 7º Sin la autorización del propietario hubiera negociado letras de cuenta ajena que obrasen en su poder para su cobranza, remisión u otro uso distinto del de la negociación y no le hubiese hecho remesa de su producto; 8º Si hallándose comisionado para la venta de algunos géneros o para negociar créditos o valores de comercio hubiese ocultado la enajenación al propietario por cualquier espacio de tiempo; 9º Si supiere de enajenaciones simuladas de cualquier clase que estas sean; 10º Si hubiere otorgado, consentido, firmado o reconocido deudas supuestas, presumiéndose tales, salvo la prueba en contrario, todas las que no tengan causa de deber o valor determinado; 11º Si hubiese comprado bienes inmuebles, efectos o créditos en nombre de tercera persona; 12º Si en perjuicio de los acreedores hubiese anticipado pagos que no eran exigibles, sino en época posterior a la declaración de la quiebra; 13º Si después del último balance hubiese negociado el quebrado letras de su propio giro a cargo de persona en cuyo poder no tuviera fondos, ni crédito abierto sobre ella o autorización para hacerlo; 14º Si después de haber hecho la declaración de quiebra hubiera percibido y aplicado a sus usos personales, dinero, efectos o créditos de la masa o por cualquier medio hubiera distraído de esta alguna de sus pertenencias.*

Por último, el art. 1.013 establece aquel quinto supuesto que clasifica a la quiebra, denominada de *alzada* donde: " *Los que simplemente y sin cometer fraude alguno en perjuicio de los acreedores del alzado le facilitaren medios de evasión, no son cómplices del alzamiento ni contraen la responsabilidad civil; pero sí incurrirán en las penas impuestas por el derecho común a los que favorecen a sabiendas la fuga de los criminales*".

⁹⁷ CORDÓN MORENO, F., *La Ley de Suspensión de Pagos*, op. cit., p. 22.

⁹⁸ Cfr. DOMINGUEZ VIGUERA, M., "El artículo 871 del Código de Comercio y la suspensión de pagos", en Ministerio de Justicia, [en línea], Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344047163>,

o, utilizando la terminología legal, sobresee en el pago corriente de sus obligaciones⁹⁹. Una vez declarada judicialmente la quiebra, el deudor no puede solicitar la declaración en suspensión de pagos, debido a que la quiebra representa la inhabilitación o desamparamiento, siendo estas condiciones impropias para llevar adelante un convenio con sus acreedores, tal como reza el artículo 9.3 de la Ley de Suspensión de Pagos, reconociendo que los acreedores: “(...) no podrán pedir la declaración de quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos esté en tramitación, ampliándose incluso a los supuestos en los que se haya iniciado antes del procedimiento de quiebra”, ello representa para el comerciante deudor una cierta ventaja sobre la quiebra inmersa en aquellos efectos

(consultado por última vez el 15 de marzo de 2015) señala: “El artículo 871 del Código de Comercio en relación con el artículo 870 del mismo cuerpo legal, concede al comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo la facultad de presentarse en suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho de tal manera que la jurisprudencia anterior a la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 llegó a establecer que: pasadas las cuarenta y ocho horas siguientes al protesto por falta de pago de una letra de cambio, no pudo el deudor constituirse en estado de suspensión de pagos, sino en el de quiebra” . (...) La finalidad de la Ley, interpretada por la doctrina del Tribunal Supremo, era y es, establecer la prioridad de la suspensión de pagos sobre la quiebra, sin que pueda alegarse la infracción de la jurisprudencia dictada sobre el Código de Comercio con anterioridad a su publicación, ofreciendo al quebrado posibilidades de rehabilitación como bien deduce la sentencia de 29 de diciembre de 1927. (...) En la práctica puede verse que muchos procedimientos de suspensión son tramitados con arreglo a la Ley especial e iniciados después de transcurrido el término mencionado en el artículo 871 del Código de Comercio de 1829 –es decir cuarenta y ocho horas- han terminado con la aprobación del convenio por haberse acreditado que el activo era igual o superior al pasivo, en realidad el legislador ha previsto situaciones de verdadera quiebra al tratar de la insolvencia definitiva, prefiriendo el procedimiento de suspensión porque puede habilitar soluciones ventajosas para el deudor y acreedores que se frustrarían rechazando ab initio la sustanciación del expediente con base al artículo 871 del Código de Comercio.

⁹⁹ Vid. STS de 29 de diciembre de 1927 que establece una cierta distinción entre la insolvencia y la suspensión de pagos donde: *Es necesario dejar sentado como principios jurídicos pertinentes a la resolución de estos recursos: primero, que todas las legislaciones de acuerdo a los criterios doctrinales, admiten los principios científicos y las conveniencias de la práctica de reconocer un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo, o estando, al menos, nivelados por dificultades del momento, no le es posible atender a todas sus obligaciones. A partir de aquí, será necesario poder construir aquellos elementos que diferencian la quiebra de la suspensión de pagos; la STS 5 de julio de 1985 [RJ 1985, 3641] resalta estas connotaciones estableciendo que: “Son evidentes los distintos presupuestos y efectos entre la suspensión de pagos y la quiebra, tipos ambos de los juicios concursales, como diversa es también su finalidad, pues el segundo persigue la ejecución general sobre el patrimonio del deudor, mientras que la suspensión de pagos se encamina a obtener un convenio entre el empresario y sus acreedores (...), tales diferencias se atenúan en la realidad, pues, si de un lado, para la declaración de quiebra parece suficiente que el comerciante haya cesado de forma general el pago de sus obligaciones, por otro, la Ley de Suspensión de Pagos autoriza que se incluyan en la suspensión de pagos situaciones en las que el pasivo es superior al activo, calificadas por su normativa como de insolvencia definitiva”.*

que la declaración de suspensión de pagos producen sobre la esfera personal o patrimonial del deudor¹⁰⁰.

La suspensión de pagos, tal como hemos ido analizando, responde a un fin: lograr alcanzar un acuerdo o convenio¹⁰¹ entre el comerciante deudor¹⁰² y sus acreedores, esto conlleva adquirir el compromiso de pago en el más breve tiempo posible reflejado en la aceptación por parte de los acreedores a través de la modificación de las condiciones de los créditos como la quita y espera, todo ello, con la finalidad de que el comerciante pueda continuar con su actividad¹⁰³. Esto ha resultado un beneficio que la Ley otorgó en su momento al

¹⁰⁰ La declaración de la quiebra a diferencia de la suspensión de pagos, podrá comportar el arresto del deudor quebrado, como una medida cautelar de privación de libertad; por otro lado, tendremos al ámbito patrimonial, donde esta declaración inhabilita al quebrado para la administración de sus bienes, tal como dispone el artículo 878 del Código de Comercio regulando un sistema de reintegración de bienes que salieron del patrimonio del deudor (art. 878 Código de Comercio).

¹⁰¹ Podrá darse el caso de que el Juez declare la insolvencia definitiva del suspenso por ser su activo inferior al pasivo, y a solicitud de los acreedores que representen las dos quintas partes del pasivo se declare la quiebra del deudor, en este caso, aquella finalidad perseguida por la suspensión de pagos no podrá llevarse adelante. Otro elemento para no ser reconocido el convenio radica precisamente en un convenio que no sea aprobado, bien por no haber quedado legalmente constituida la Junta de acreedores; por falta de *quórum*; por no alcanzarse la mayoría de votos exigida para la aprobación (art. 15 LSP).

¹⁰² Supondrá un nuevo estatus jurídico del comerciante, lo mismo que para sus bienes, según expresa el art. 870 del Código de Comercio; la propia Ley de Suspensión de Pagos y la Jurisprudencia. *Vid.* SAP de Cáceres de 20 de enero de 1982, que desde el punto de vista jurídico y económico entiende que: *“la suspensión de pagos es un estado preliminar, anterior y preferente a la quiebra, con el fin de evitar el demérito, la depreciación de los bienes y la ruina del comerciante. El carácter que tipifica a este procedimiento es el de universalidad, que afecta a todos los acreedores del suspenso, ya que tienen un interés común en la masa de bienes del deudor, y el de la unidad de reclamación, que impide a los acreedores reclamar y perseguir individualmente tales bienes, obligándoles a una unidad de pretensión o acción jurídica por los cauces específicos de la Ley de Suspensión de Pagos.”* *Vid.* también STS de 4 de junio de 1968 que establecía al respecto que: *“El sobreseimiento en el pago de las obligaciones, por parte del comerciante, concede a determinados acreedores la facultad de poder solicitar la declaración de la quiebra en razón de lo que exponía el artículo 875, numeral 2, del Código de Comercio y 1.323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien por imperativo del art. 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, se tiene como prioridad establecer a trámite el expediente de declaración de suspensión de pagos, no deberá por esta razón, quedar el pago del crédito paralizado indefinida y continuamente por la circunstancia de que el deudor provocare de forma sucesiva la adopción de la medida prevista en el párrafo segundo del art. 13 de la mencionada Ley, debido a que la aprobación de tales medidas comportaría a que los Tribunales realizaran actos en designio del legislador en materia de quiebras, ocasionando a los acreedores perjuicios irreparables, impidiendo ejercitar su legítimo derecho”*. *Vid.* GARCÍA GIL, J., *La Suspensión de Pagos y la Quiebra en la Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 26.

¹⁰³ En este sentido *Vid.* SAP de Cáceres de 11 de junio de 1981 que expone: *“El ordenamiento de los trámites necesarios para regular las relaciones entre el suspenso y sus acreedores, debiendo supeditarse el cumplimiento de sus preceptos a este objeto (sentencia de 14 de marzo de 1928); el formulismo excesivo que se pretende, con la teoría del auto final del Juez a quo, daña y quebranta la esencia de la reiterada Ley que,*

comerciante¹⁰⁴, para que este pueda hacer uso o no de él, pudiendo renunciar de manera unilateral por estimar superadas las circunstancias que le llevaron a tal estado¹⁰⁵.

1.4.1 Los Interventores Judiciales

La forma y estructura de la suspensión de pagos¹⁰⁶, ha representado un procedimiento mucho más sencillo que la quiebra¹⁰⁷, y que junto con el Juez y el Ministerio Público,

además de buscar una finalidad de armonía entre intereses contrapuestos, no muestra en su articulado formulismo alguno, y además la esencia del procedimiento fluye hacia el convenio comerciante-acreedores, siendo la proposición del comerciante en su primitiva petición procedimental una mera fórmula para iniciar el auténtico y real convenio final en la Junta de Acreedores, por lo que la falta de la firma de tal documento privado no puede ni debe tenerse hoy como un defecto esencial subsanable”.

¹⁰⁴ Cfr., sobre este particular, la STS de 3 de julio de 1933 que expone: “(...) existe un estado preliminar al de la quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando, al menos, nivelados, por dificultades del momento no le es posible atenderá todas sus obligaciones; que el artículo 871 del Código de Comercio hay que relacionarlo con los artículos 2º, 4º y 9º de la Ley de Suspensión de Pagos, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza de prioridad a la quiebra como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras; y, por último que al Tribunal de instancia corresponde, en uso de su soberanía, sentar los hechos que han de servir de base para las declaraciones de derecho.” ...*Que en los autos no aparece ninguna prueba encaminada a demostrar que el activo sea inferior al pasivo, pues el informe pericial que en el incidente se presentó no puede tenerse como elemento básico para tal fin por haberse practicado sin intervención de la suspenso, y que, en cambio del expediente de suspensión de pagos, aparece que el activo es superior al pasivo por virtud del informe del interventor, avalado por la mayoría de los acreedores, y esa afirmación, que envuelve un estado preliminar al de quiebra, no cabe combatirla, como el recurrente pretende, aduciendo documentos que reputa auténticos y que son testimonios notariales de tres actas de protesto por falta de pago de 15.000 pesetas cada una, de dos certificaciones de la agencia ejecutiva, referidas, la una, a la instrucción de expediente de apremio por débitos de industrial de cuatro trimestres, importantes 3.198 pesetas y, la otra, a una tasación pericial de los bienes embargados, y, por último, una certificación del Secretario judicial, acreditativa de que la antes indicada entidad había solicitado se declarase en estado de suspensión de pagos, porque, aun concediendo a esos documentos pleno valor y eficacia probatorios, ellos no demostrarían lo contrario de lo afirmado por la Sala (...)*”.

¹⁰⁵ En este sentido resulta relevante la STS de 3 octubre de 2001, núm. 884/2001 acerca de la naturaleza de la suspensión de pagos y que: “*En principio hay que afirmar que una situación de suspensión de pagos, mientras no haya una determinación judicial en contra, el suspenso tendrá normalmente la facultad de administrar su persona y bienes, así como la gestión de sus negocios, no se puede obviar que el art. 5.4 de la LSP, al fijar las funciones que corresponden a los interventores incluye la de informar al Juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero. Una interpretación lógica de dicho precepto lleva ineludiblemente a determinar que sin autorización judicial y sin la concurrencia de los interventores, el suspenso carece de legitimación para litigar, y esto, resulta lógico, desde el instante mismo en que la función derivada de una declaración de suspensión de pagos es el mantenimiento del patrimonio del suspenso a través de una actuación vigilada por la intervención, y una actuación procesal del suspenso sin la previa venia judicial informada por dicha intervención, pudiera atacar a dicho principio consecutivo, en detrimento de los acreedores”.*

¹⁰⁶ A través de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, se establecieron dos criterios o regímenes aplicables en materia de insolvencias: la quita o espera, aplicable a Sociedades mercantiles donde,

además del órgano de intervención, representó un componente necesario de fiscalización de aquellas operaciones del suspenso, a través de la contabilidad y la elaboración del dictamen, ejercicio del cual dependía el éxito del proceso¹⁰⁸.

El artículo 4, párr. 2º de la Ley de Suspensión de Pagos¹⁰⁹ (en adelante LSP) señala: “*En la misma providencia ordenará el Juzgado que queden intervenidas todas las operaciones del deudor. A tal efecto, designará tres interventores, dos de los cuales serán Peritos Mercantiles o prácticos de los que figuren en las listas que con este objeto deben remitir anualmente al juzgado, las Cámaras de Comercio, las de Industria y las representaciones regionales de la Asociación de la Banca. Para hacer la designación se dará preferencia a la lista remitida por la entidad a que esté asociado el deudor por la especialidad de su negocio. El tercer interventor será un acreedor designado por el Juez entre los que figuren el primer tercio, por orden de importancia de créditos, de la lista presentada al solicitar la declaración de suspensión*”.

Al respecto, la STS de 8 de noviembre de 1941 [RJ1941, 1223] citada por CORDÓN MORENO¹¹⁰ expone la pautas necesarias para establecer que los interventores en su momento, no representaron ni a los acreedores ni al deudor suspenso, sino que resultan ser un órgano que ejerció su función delegada del Juez competente, por otro lado, la misma sentencia reconoce que no resulta del todo exacto que los interventores en la suspensión de

a través de los artículos 2 y 3 de la LSP se exigía determinados requisitos para la admisión de la demanda del comerciante. A partir de la entrega de esta documentación, el Juez, en aplicación del art. 4 LSP ordenaba la intervención de todas las operaciones del deudor, designando para ello a tres interventores donde: El primero, que integraba a dos de los interventores debían ser Peritos mercantiles o prácticos de los que figuraban en las listas que con este objeto remitían anualmente al Juzgado, las Cámaras de comercio, Industria; Segundo, el tercer interventor debía ser un acreedor designado por el Juez entre aquellos que figuren en el primer tercio, por orden de importancia de créditos, de la lista presentada al solicitar la declaración de suspensión.

¹⁰⁷ Al respecto *Vid.* GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1268; SERRA DOMINGUEZ, M., “El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos, *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 657 y ss. Quienes defienden la consideración de un proceso de jurisdicción voluntaria de la Suspensión de Pagos.

¹⁰⁸ *Vid.* SERRRA DOMINGUEZ, M., *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁹ *BOE.* nº, 257 de 14 de septiembre de 1922.

¹¹⁰ *Vid.* CORDÓN MORENO, F., *La Ley de Suspensión de Pagos, op. cit.*, p. 85.

pagos tengan la condición de representantes de los acreedores, porque esta tesis va en contra de las normas que regulan su nombramiento y condicionan su actuación. Expone, que la designación de los interventores radica en la decisión del propio Juez, sin la intervención de ninguna de las partes, al ser sus funciones de información y fiscalización, su esencia fue la de ser auxiliares en aquellas funciones en las cuales el juez está llamado a resolver, incluidas aquellas de representación¹¹¹.

Estas funciones de intervención establecidas en el artículo 4 de la LSP recaían en la figura del interventor judicial¹¹², quienes en la práctica tenían algún punto de semejanza con la función de los síndicos en la quiebra, diferenciándose una y otra mediante la administración de los bienes del deudor, que en el caso de la suspensión de pagos podían ser adscritos al

¹¹¹ Sobre este criterio, *cfr.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 61 y ss. señala: que la naturaleza del cargo de los interventores posee un carácter eminentemente público, esta hipótesis, se apoya en el nombramiento que el juez efectúa de forma directa en su nombramiento, y que implica la delegación en materias de inspección e intervención.

¹¹² Sobre la actuación acerca de los interventores, estos clasificaban sus funciones en relación a tres criterios o etapas del procedimiento: En un momento inicial del proceso de suspensión y en aplicación del artículo 5 de la LSP los interventores debía: 1º Inspeccionar los libros del suspenso y hacer que, después de la nota de presentación mencionada en el art. 3, se consigne en ellos, en legal forma, cuantas operaciones se realicen.; 2º Intervenir todas las operaciones que el suspenso pueda hacer con arreglo a la ley, exigiendo que diariamente verifique el balance de la caja.; 3º Informar al Juez de cuanto importante ocurra respecto al suspenso y sus negocios para las resoluciones que procedan en defensa o protección de los intereses de los acreedores.; 4º Informar al Juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero.

Corresponderá así mismo a los Interventores proponer el ejercicio de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ejecutarlas por sí mismos si así lo demandase el interés de la masa.

Una segunda actuación de los interventores durante la tramitación de la suspensión de pagos y respecto de las operaciones del suspenso según el art. 6 LSP debía:

1º Verificar todo cobro que hubiere que hacer el suspenso cualquiera que fuese su cuantía y procedencia, así como cualquier operación de aceptación, endoso o protesto de efectos comerciales; 2º Autorizarán toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato o verificar todo pago.; 3º Intervenirán dando su acuerdo a todas las operaciones ordinarias de su tráfico, pudiendo el suspenso proceder a la venta de los bienes, géneros o mercaderías que sea necesario enajenar por mutua conveniencia de los interesados o por resultar la conservación imposible.

Y por último, aquella actuación que se resume en la obligación de los interventores de realizar un informe previsto en el art. 8 de la LSP, en el que se detalla el contenido del mismo:

1º Exactitud del activo y pasivo del balance, con expresión de la naturaleza de los créditos incluidos en uno y otro; 2º Estado de la contabilidad del suspenso e informalidades que en ella se notaren, con arreglo a la Ley; 3º Certeza o inexactitud de las causas que, según la Memoria presentada, hayan originado la suspensión.

propio suspenso, aunque para su ejercicio como tal, precisaba la concurrencia de los interventores con aquellas facultades y limitaciones establecidas en la Ley¹¹³.

La doctrina¹¹⁴, a lo largo de la vigencia de la LSP, ha mantenido dos tesis, que de alguna manera trataron de delimitar la naturaleza jurídica de los interventores judiciales: a) La teoría de la representación, que a su vez, en el entendido de que esta recayera sobre la masa de acreedores o sobre el deudor, distinguía entre la teoría de la delegación y teoría del representante; b) La teoría del órgano, considerando a los interventores como órgano necesario en el proceso de la suspensión de pagos para el ejercicio de las concretas funciones que le fueran encomendadas, aunque ello trajo consigo la aparición de subteorías que dirigían la atención hacia si éste debía ser considerado como órgano judicial del Estado o, por el contrario, como órgano auxiliar del juez. De esta disyuntiva será la propia jurisprudencia quien se encargue de establecer que serán considerados a los interventores como un órgano auxiliar del juez¹¹⁵.

¹¹³ En este sentido, *cf.* SAGRERA TIZON, J.M^a, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, V. I., Barcelona, Bosch, 1974, pp. 511 y 512, quien afirma que la suspensión de pagos responde fundamentalmente a intereses diferenciados y legitimados a través de una base legal en función a los siguientes aspectos: i) No eran sólo los acreedores quienes lo concedían; debiendo en todo caso distinguir la suspensión de pagos entre procedimiento y convenio, de esa manera, los acreedores mantenían una posición y actividad preponderantes, que se equiparan a la del juez, si bien los primeros eran quienes de hecho otorgan el convenio en la junta, es el Juez quine vela para que sus formas sean correctas; ii) Debía responder siempre a una situación de hecho personal, que se basaba en la equidad: que no sufra perjuicio quien no lo merece; iii) En vista de las características propias de la suspensión de pagos, parecía natural la concesión de la posibilidad de acogerse a su beneficio en función a la justificación de los postulados teóricos.

¹¹⁴ Acerca de la naturaleza de los Interventores en la Ley de Suspensión de pagos: *vid.* CARRERAS LLANSANA, J., “El juez y la sindicatura del concurso” en AA.VV, *La reforma del Derecho de quiebra*, Madrid, 1982; GARCÍA VILLAVERDE, R., “El presupuesto subjetivo del concurso” en ALONSO UREBA, A., Y PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs.) *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, p. 62; GARRIDO, J. M^a, “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal del profesor Ángel Rojo”, *RDBB*, 1996; YANES YANES, P., “La administración concursal” en ALONSO UREBA, A., Y PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs.) *Derecho Concursal*, Madrid, 2003, pp. 182 y ss.; TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal” en ROJO, A., (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, pp. 16 y ss.

¹¹⁵ *Vid.* STS de Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643] declara que la naturaleza jurídica de los interventores judiciales se configura como una función auxiliar del juez en la misión de fiscalizar las operaciones comerciales del suspenso, en aras a la consecución de un convenio con sus acreedores, si fuere posible; carácter que ha sido preconizado por distintas resoluciones jurisdiccionales en las que se ha venido manteniendo que las facultades del juez en la suspensión de pagos, tanto las de carácter jurisdiccional como de carácter administrativo, permiten la fiscalización e intervención de las operaciones del comerciante suspenso, y que aun cuando, normalmente, son efectuadas por los interventores judiciales designados,

El inicio de la intervención del órgano auxiliar del juez, se produce en el momento de la aceptación de la solicitud del deudor, puesto que la Ley ordena que se disponga en única providencia la admisión e intervención. La designación en un sistema mixto¹¹⁶ estableció en su momento la formación de tres interventores, dos de ellos nombrados mediante su competencia profesional como la de peritos mercantiles, y uno mediante la designación de uno de los acreedores¹¹⁷.

El artículo 4 de la LSP condicionaba específicamente para el desempeño del cargo que dos de los interventores nombrados ostenten la categoría de peritos mercantiles, el mismo artículo señalaba que anualmente las Cámaras de comercio o de industria, así como las representaciones regionales de la Asociación de la banca, debían remitir a los juzgados la lista o relación de aquellos asociados, con el fin de nombrar a las personas más idóneas dentro la especialidad de negocio del que se tratase¹¹⁸. El nombramiento de estos interventores preveía dos excepciones a esta libre discrecionalidad de designación del Juez, contenidas a través de los Estatutos del Banco de Crédito Industrial y por el Real Decreto de 10 de noviembre de 1924; el primero de ellos regulaba la designación en función a que si el suspenso hubiere garantizado una operación con el banco mencionado, teniendo el

auxiliares de aquél, nada impide que el juez pueda asumirlas directamente. En definitiva, la naturaleza jurídica o el carácter de la función de los interventores judiciales en el expediente de suspensión de pagos es la de auxiliares de la que la Ley atribuye al juez. *Vid.* TOMÁS TOMÁS, S., *La Administración Concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁶ La discusión en un primer momento acerca de la designación de los interventores judiciales de entre los propios acreedores en pro de los intereses del patrimonio trajo consigo discusiones parlamentarias en relación a que no son titulares únicamente de los acreedores; en segundo lugar, no podía hablarse propiamente de “acreedores”, mientras sus créditos no fueran reconocidos; y, además, que el ser acreedor no podía suponer una condición mínima de capacidad y honorabilidad que el desempeño del cargo podía exigir. Ante ello, el Juez que debía nombrar a los interventores, no posee ningún otro conocimiento de los acreedores que el montante de sus créditos. Esta vicisitud estableció la formación de unas listas obrantes en los Juzgados, de aquellas personas que se reputaran capaces e idóneas para el ejercicio del cargo, siendo nombrados directamente por el Juez, sin intervención del deudor, ni siendo acreedores, presumiendo de esta manera su imparcialidad. *Vid.* SAGRERA TIZÓN, J. *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos.*, *op. cit.*, p. 569.

¹¹⁷ Si la designación recaía en un único Interventor, la preferencia recaía en un acreedor, quien debía ostentar aquellas condiciones necesarias para comparecer a juicio como la capacidad jurídica.

¹¹⁸ En esta misma línea, *cf.* TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, *op. cit.*, p. 203 observa que no obstante lo previsto en artículo 4º de la LSP, ha resultado difícil poner en práctica la normativa; no porque las Cámaras no remitan a los Juzgados sus listas de peritos mercantiles, sino porque los jueces, que deseaban que el proceso se desarrolle con la mayor competencia posible y en auténtica suplencia de su función administrativa, designan como interventores a peritos mercantiles de su exclusiva confianza.

derecho esta entidad a solicitar la designación de un interventor que medie aquellas operaciones de suspensión de pagos. Por otro lado, la segunda excepción en relación al Real Decreto de 10 de noviembre de 1924 señala que: cuando la persona o entidad que solicite la declaración de suspensión de pagos esté dedicada a cualquier clase operaciones de seguros, dos de los tres interventores habrán de ser funcionarios del cuerpo técnico de Inspección Mercantil y de Seguros, que serán designados por el Jefe Superior de Comercio y Seguros.

La actuación de intervención y fiscalización en los negocios del deudor es atribuible, como bien hemos ido mencionando, a aquellos interventores nombrados por el juez, quien era el único que podía remover y cesar en sus funciones a estos. En aplicación del propio artículo 4º.4 de la LSP, la gestión de estos auxiliares, no debía ser menoscabada por ningún otro órgano, ni duplicada en funciones por existir intervención de un juez con jurisdicción en las distintas localidades en que obren las sucursales o agencias del suspenso, es decir, que aquellos jueces exhortados no podían, por su propia cuenta, nombrar otros interventores habiéndose ya designado con anterioridad¹¹⁹. La excepción a la regla descrita, surgió en el caso de la simplicidad de un expediente que así lo aconseje, debiéndose nombrar a un solo interventor que por lo general recaía en la figura de un acreedor.

La obligatoriedad en el cargo, según dispone el artículo 4º.4 de la LSP, resultaba ser de manera inminente; no obstante, podía surgir ciertas dificultades a la hora de tomar posesión del mismo, debido principalmente a falta de condiciones generales o especiales exigidas para el desempeño del cargo, además de la incompatibilidad profesional derivada en el asesoramiento o dictamen previo en pro o contra del suspenso. Cabía entonces la posibilidad de impugnación prevista por la ley, donde el Juez, previo examen de la

¹¹⁹ Cfr. el Artículo 9 de la LSP prescribía que: *“Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituido sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras esta subsista, con arreglo a las normas que señale el juzgado. Todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos”*. Con ello, la propia norma daba a conocer que los interventores, al tomar posesión del cargo, cesan todas las otras intervenciones y administraciones que en virtud de otros procedimientos judiciales que se hubiesen podido constituir.

justificación que se presente, podía resolver de plano, sin ulteriores recursos, y si estimase la impugnación, resolvería en el mismo proveído el interventor que debía ser sustituido.

En lo que respecta a las funciones que ejercían los auxiliares delegados o interventores¹²⁰, debemos señalar la importancia relacionada con la contabilidad del suspenso, hecho que podía determinar en primera instancia aquellas anomalías y enmiendas en los libros contables, aunque ello no reflejaba de forma real la situación exacta del suspenso hasta llegar a determinar a través de un examen profundo con la comprobación exhaustiva de los libros contables; estados de cuentas corrientes; comprobantes de cobros y pagos e inventarios aquella situación exacta y real del suspenso. Por otro lado, la importancia de esta contabilidad, ha supuesto la base fundamental para el establecimiento del dictamen establecido en el artículo 8º de la Ley.

Por tanto, esta intervención ha logrado alcanzar todas aquellas actividades del suspenso, incluso aquellas que lograron de cierta forma afectar a sus negocios mercantiles en el entendido de mantener la actividad comercial del suspenso mediante la adopción de decisiones dirigidas a evitar el deterioro de la masa patrimonial, en garantía de los acreedores. Es así que la actuación de los interventores se ha desarrollado conforme lo establecido en la propia LSP¹²¹ a través de todo el procedimiento hasta el cese de sus funciones establecidas en el artículo 15º de la Ley. La extensión o alcance de la intervención del suspenso se ha derivado en gran medida a aquellas limitaciones impuestas por el Juez, que en aplicación del artículo 6º de la LSP, le concedían un amplio margen de

¹²⁰ Vid. STS Navarra de 11 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8643], donde expone: “*El carácter y naturaleza jurídica del interventor es similar a la de los peritos designados por el Juez, de forma directa o por insaculación, en los procesos contenciosos, cuya misión es la de auxiliar al órgano jurisdiccional, ilustrándole, sin fuerza vinculante, sobre las circunstancias que concurrieron en los supuestos controvertidos*”.

¹²¹ En la misma línea, el artículo 5º de la LSP establece de forma clara aquellas funciones de los interventores en el expediente de suspensión de pagos y que corresponde: *a) Inspeccionar los libros del suspenso y hacer que se consignen en ellos cuantas operaciones se realicen; b) Intervenir todas las operaciones que el suspenso pueda hacer con arreglo a la ley; c) Informar al Juez de cuanto importante ocurra respecto al suspenso y a sus negocios; d) Informar al Juez de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar; e) informar al juez acerca de la procedencia de las acciones que el suspenso pretenda entablar y proponer directamente el ejercicio de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ejercitarlas por sí mismos si así lo demandase el interés de la masa.*

discrecionalidad en función de la conducta del suspenso o el informe de los interventores¹²².

Si bien esta primera etapa de reconocimiento acerca de la situación económica ha resultado de suma importancia en el procedimiento y en la capacidad para el suspenso en el orden de su actuación, la LSP en su artículo 8º establecía la función aún más importante encomendada a los interventores, cuál era el Dictamen¹²³, y que versaba sobre tres extremos “necesarios”: El primero, acerca de la exactitud del activo y pasivo del Balance¹²⁴, con expresión de la naturaleza de los créditos incluidos en uno y otro; El segundo, acerca del estado de la contabilidad del suspenso e informalidades que en ella se notaren en arreglo a la Ley; Tercero, Certeza o inexactitud de las causas que, según la Memoria presentada, hayan originado la suspensión. Con ello, el juez declaraba según el

¹²² Por lo que afecta al alcance de la intervención, *cfr.* FERRER MARTÍN, D., *Naturaleza jurídica de la Ley de Suspensión de Pagos, op. cit.*, p., 86. Establece tres grados o situaciones genéricas: *i)* Una situación normal, es decir, el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que inicialmente vienen señaladas en los artículos 5º y 6º de la Ley. En cuanto al alcance de tales limitaciones, sirve de orientación el artículo 9º de la LSP, al ordenar que al aceptarse a trámite el expediente, cesarán todas las administraciones judiciales que con anterioridad se hubiesen decretado, así como cuantos embargos pesaren sobre los bienes del deudor, salvo los constituidos sobre bienes hipotecados o pignorados, que quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores judiciales. *ii)* Una situación intermedia, en la que se adoptan medidas precautorias y de seguridad convenientes para garantía del buen uso por el suspenso de las facultades que se le conceden. *iii)* Situación extrema, que se constituía por la suspensión de la sustitución del comerciante del deudor y la del Gerente o Consejo de administración de las sociedades suspensas. La situación personal del suspenso logra asemejarse a la del quebrado, debido a que la remoción total y su sustitución, supone una auténtica desapoderamiento de los bienes. Esta suspensión, sólo se adoptará como medida extrema, y en los casos en que la conducta del suspenso lo amerite, en la falta de garantías exigidas o el incumplimiento de las limitaciones impuestas.

¹²³ La importancia del dictamen era considerado como insustituible, de tal modo, que a falta de su presentación y las sanciones impuestas por ello, se prevenía de manera inmediata la sustitución por una Memoria elaborada por el Secretario Judicial.

¹²⁴ El alcance acerca de la exactitud del balance representaba de algún modo la remisión hacia el artículo 890 del Código de Comercio sentando antecedente acerca de la remisión fraudulenta acerca de la información cuando se demostrare que: *1º El suspenso se alzare con todos o parte de sus bienes; 2º Incluyere en el balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos; 3º No llevar libros, o llevándolos, incluir con daño a tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempos oportunos; 4º Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros, en perjuicio de tercero; 5º No resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos, de cualquier especie que sean que constare o se justificare haber entregado posteriormente en poder del quebrado; 6º Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos; 7º Haber consumido y aplicado para sus negocios propios, fondos o efectos ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, administración o comisión.*

dictamen emitido la suspensión de pagos del deudor y procedía a la calificación de su insolvencia, bien sea provisional o definitiva¹²⁵.

Si bien la importancia de la actuación de los interventores resultaba indispensable durante todo el procedimiento¹²⁶, se establecía de sobremanera, como bien apuntamos, una mención de importancia acerca del dictamen o informe referido en el artículo 8 de la LSP donde recogía la existencia de aquellos presupuestos legales en la declaración de la suspensión de pagos, donde el juez podía rechazar o admitir dicha solicitud¹²⁷. Este dictamen debía ser

¹²⁵ Al respecto, *cfr.* la SAP Barcelona 30 de octubre de 1973, señala que: “Entre las actividades administrativas de la intervención en las suspensiones de pagos, una de las más importantes es la redacción del dictamen que prevé el artículo 8 y que regula su tramitación, y que constituye antecedente y preparación indispensable del auto del Juez de Primera Instancia, que declara en estado de suspensión de pagos al deudor, calificando esta situación de insolvencia provisional o definitiva, según que el activo del suspenso exceda de su pasivo o viceversa, y ello es consecuencia de que no bastan las simples afirmaciones del deudor sobre la situación de su patrimonio activo y de sus débitos para, con esta sola base determinar la clase de insolvencia, sino que se precisa que se comprueben y verifiquen minuciosamente por sus auxiliares más calificados que son los Interventores, la realidad y certeza de todas las partidas del activo y pasivo del balance presentado por el deudor, por ello el primer extremo sobre el que debe versar el dictamen es sobre la exactitud del activo y del pasivo, conforme concreta el párrafo primero del artículo 8 de la citada Ley de Suspensión de Pagos, añadiendo que con ese informe se presentará el balance definitivo, y en consecuencia el problema principal es el de las valoraciones en el balance, que pueden haber sido indebidamente fijadas en el balance presentado por el deudor, debiéndose tener en cuenta en consecuencia este balance ha de ser de patrimonio comercial, referido al momento en que se solicita la suspensión de pagos, y ha de reunir una doble condición en cuanto a los elementos que la formen parte del activo, consistente en ser productivos, por contribuir a un aumento patrimonial y ser evaluable en dinero, porque en definitiva se trata de un balance de liquidación según el valor real en el día del inventario...”.

¹²⁶ La intervención, como institución “consustancial” con la suspensión de pagos, mantenía su tramitación durante todo el proceso, ya que del mismo se derivaban aquellas limitaciones de disposición de bienes del deudor, como bien viene a señalar la STS de 1 de marzo de 1929 al considerar que: *Inspirado el legislador en la necesidad social de garantizar el desenvolvimiento uniforme y progresivo del hecho y la vida jurídica del comercio, asegurando el cumplimiento de las obligaciones de los comerciantes, utiliza entre otros medios, más o menos directos, los procedimientos judiciales de suspensión de pagos y quiebra, en los que se impone, por ministerio de la Ley, el interés colectivo de la masa de acreedores al individual de los mismos, porque desde el momento en que tiene lugar la declaración procesal de suspensión de pagos o de quiebra, surge un estado circunstancial y privativo de derecho que afecta, no sólo a la capacidad jurídica del comerciante, quedando intervenidas sus operaciones mercantiles, sino también a la eficacia de las acciones derivadas de los créditos contra aquél pendientes, las que perdiendo su virtualidad individual o singular, encarnan y se suman a la colectiva de la masa de acreedores y quedan subordinadas, en bien siempre del interés común de estos*”. *Vid.* SAGRERA TIZÓN, J., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, *op. cit.*, p. 600.

¹²⁷ Como consecuencia de la importancia de este informe, la Ley preveía determinadas sanciones ante el incumplimiento de la entrega del mismo en plazo, que debía oscilar entre veinte y sesenta días, según el artículo 8.1 LSP. En el caso de que los interventores no presenten el informe en el plazo que se haya señalado acarrearía consecuencias de responsabilidad penal, además de la pérdida del crédito por parte del interventor acreedor y para los peritos una sanción de dos años en el ejercicio del cargo.

acompañado juntamente con el balance definitivo y la lista de acreedores, además de la relación de créditos, según su calificación jurídica, expresando en ella qué acreedores tienen el derecho de abstención a la Junta¹²⁸.

Como vamos observando, el dictamen resultó ser la pieza de calificación necesaria en el supuesto de una declaración de insolvencia definitiva, por ello, el artículo 16º de la LSP, ante el error en la estimación del pasivo padecido por el juez, señala que este podría dar lugar a la impugnación del convenio. En la práctica, siguiendo a SAGRERA TIZON¹²⁹, los legisladores en función de la trascendencia que reviste el dictamen, expresamente autorizaban a que puedan requerir el informe de peritos en las distintas especialidades de modo que estos pudieran asesorar en cada materia, ello porque a los interventores judiciales, no podía exigírseles conocimientos específicos sobre todas y cada una de las materias. Esta designación de peritos, debía ser autorizada por el Juez y aunque la Ley en ningún precepto establece la imposición en ese sentido, los honorarios y gastos generados por dicha intervención eran designados a cargo del deudor¹³⁰.

Con referencia al activo y pasivo del balance, los interventores podían realizar las correcciones necesarias en función a la necesaria inclusión de todos los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor en el momento de efectuarse la solicitud de suspensión¹³¹, así como la inclusión de aquellos bienes y derechos ajenos que estén en

¹²⁸ La STS 25 de noviembre de 1968 [RJ 1968, 5539] en relación al dictamen, establecía que: precisamente por su carácter informativo, no contiene la demostración irrefutable de un hecho cierto, cosa que claramente se deduce en el párrafo 5º del artículo 8 de la LSP, por lo cual resulta claro que el informe inicial de los interventores no podrá constituir un documento auténtico. *Vid.* CORDÓN MORENO, F., *Ley de Suspensión de Pagos, op. cit.*, p. 87.

¹²⁹ SAGRERA TIZON, J. *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, op. cit.*, p. 13.

¹³⁰ En opinión de RIVES y MARTÍ, F., *Concurso de acreedores y quiebras, con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, 3ª ed., Madrid, 1954, Tomo I, p. 64. Los honorarios de estos peritos, debían ser abonados con cargo a la masa de la suspensión, donde los interventores recababan previamente la autorización judicial para el asesoramiento, por la cual, el suspenso podía aponerse a su nombramiento, por cuanto su función reviste un carácter “*semioficial*”, y donde los interventores, junto con su dictamen, debían acompañar el informe

¹³¹ Sobre este punto, *cfr.* FERRER MARTÍN, D., *La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos*, Revista de derecho Procesal, Madrid, 1961, p. 85, señala que: Los efectos en la intervención en aquellas actividades del deudor eran el resultado para el mantenimiento de la actividad mercantil del suspenso. Entenderemos con ello que la suspensión de pagos no resultaba ser un

posesión del suspenso. Por otro lado, los interventores, debían pronunciarse sobre la veracidad y naturaleza de aquellos créditos que integren el pasivo y que el deudor habría elaborado en su balance, a través de una valoración en tiempo y forma¹³².

En relación al plazo de presentación del dictamen elaborado por los interventores, el artículo 8.1 de la LSP concedía un plazo mínimo de veinte días y un máximo de sesenta, interpretando en la misma norma en su artículo 24, que estos plazos se entenderían vencidos por su mero transcurso, es decir, que antes del vencimiento del plazo inicialmente señalado, los interventores debían solicitar una ampliación del mismo, mediante un escrito razonado de aquellos motivos que les impedían rendir aquel dictamen, condicionando el Juez, que dicha prórroga no podía exceder de aquellos sesenta días legalmente exigidos.

Para el inicio del cómputo del dictamen, se debía contar con aquellos datos que reflejen la exactitud del activo¹³³ y pasivo del suspenso, hecho que muchas veces no ocurría por la falta de presentación del balance por parte del suspenso y en su defecto lo sustituía por un simple estado de situación o insolvencia, con lo cual, el Juez, en aplicación del artículo 2º

proceso de ejecución del patrimonio, sino, la aspiración al cumplimiento de estas obligaciones, a través del beneficio de la espera. Más por el propio interés de los acreedores, y de la economía en general, interesaba que las facultades directivas del suspenso no sean completamente libres, ni tampoco era de interés impedir al suspenso continuar en el ejercicio del comercio, pudiendo de esta manera adquirir nuevas deudas que incrementen su pasivo, así como aquellos ingresos que aumenten el activo. Precisamente, la intervención respondía a dicha pretensión, como un medio de fiscalización y control, que dada su forma y carácter, producía una limitación de la capacidad del suspenso, no sólo en función a los actos administrativos, sino además de aquellas consecuencias legales por la inobservancia de su administración, evitando fraudes y prácticas abusivas.

¹³² Bajo esta línea la SAP Barcelona de 27 de abril de 1995 [AC 1995,993] señala que: “La Ley de Suspensión de Pagos no prevé la rectificación del balance presentado por el suspenso en virtud de pretensiones dirigidas al Juez por los acreedores, sino que, en su artículo octavo, dispone que los interventores redactarán informe que versará, entre otros extremos, sobre la exactitud del activo y pasivo del balance; por ello ha de ser desestimada *a limine* la petición de que sean excluidos del activo del balance de la suspenso, en virtud de resolución judicial específica, los bienes que la instante dice tener cedidos a aquella en arrendamiento financiero”. *Vid.* CORDÓN MORENO, F., *Ley de Suspensión de Pagos, op. cit.*, p. 89.

¹³³ Esta contabilidad, en palabras de CERDÁ RICHART, B., *La suspensión de pagos y la intervención judicial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1946, pp. 123 y ss. proporciona elementos de juicio a los interventores para que con conocimiento de causa puedan informar al Juzgado de la marcha seguida por la empresa suspenso en fecha próxima a la solicitud de tal estado, y a la vez de las probables responsabilidades que puedan recaer sobre el suspenso y sus colaboradores. Por medio de ella, pueden ser comprobadas en parte las causas que han originado la suspensión y el estado de situación de la empresa en la fecha inicial del expediente. Y, por último, de sus asientos se pueden deducir el origen y la naturaleza de los créditos que figuran en la relación de acreedores, así como la situación y carácter de los diferentes.

de la LSP señalaba un plazo prudencial que no podía exceder de los treinta días para la formalización del balance omitido. La ponderación por parte de los interventores de dicho balance era precisamente dar a conocer mediante el dictamen, la exactitud del mismo, de modo que podía resultar que el cómputo del plazo no se produjera hasta que no exista o no se haya formulado un balance definitivo.

Una vez elaborado el dictamen y habiendo procedido a una posible rectificación de datos de los activos o del pasivo por parte de los interventores¹³⁴, este balance debía ser calificado como definitivo y en aplicación de los artículos 11 y 12 de la LSP se concedía a los acreedores la opción, así como a los interventores para impugnar créditos, o solicitar inclusiones o exclusiones, de los cuales, era el propio Juez de la causa quien determinaba el pasivo y de esta forma calificar la insolvencia ya sea como provisional o definitiva.

Tras establecer el orden y contenido del informe por los interventores judiciales, se procedía a otorgar un término de tres días para que se de vista al suspenso, estas alegaciones que contemplaban la discusión del apartado primero del dictamen versaban sobre aquella exclusión o inclusión de bienes o créditos, según exponía el propio artículo 8, párrafo tercero de la LSP; en este sentido, muchos autores, entre ellos TORRES DE CRUELLES¹³⁵ y SAGRERA TIZÓN¹³⁶ destacan que, existieron ciertos defectos importantes en aplicación de dicho precepto, cuando existía la obligación de rectificación y ante la posibilidad de que por alguna razón los interventores no hayan cumplido con el mandato judicial acerca del dictamen la LSP no se disponía de ninguna referencia acerca de la Memoria redactada por el Secretario del juzgado. Por otro lado, el plazo otorgado para dar

¹³⁴ La valoración de los bienes debía figurar como si estuviésemos ante un balance de liquidación, es decir, traducir todo su valor en dinero, es lo que expone TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de Pagos, op. cit.*, pp. 166 y ss. al entender que la finalidad del balance no sería otro que el Juez pudiera decidir si el activo supera al pasivo, por tanto, si el suspenso se halla en situación de insolvencia provisional o definitiva. La tarea difícil, como señala, es la de establecer un trámite rápido de la suspensión de pagos, simultáneamente con una lentísima declaración de derechos, por ello, la solución radicaba, en que los interventores, en su dictamen, al valorar el activo y pasivo de la empresa deudora, estimen tales partidas, según su apreciación y con la ayuda de dictámenes técnicos, estas deudas no líquidas.

¹³⁵ *Vid.* TORRES DE CRUELLES, J., *La Suspensión de Pagos, op. cit.*, pp. 367 y ss.

¹³⁶ *Vid.* SAGRERA TIZON, J., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos, op. cit.*, pp. 253 y ss.

vista al suspenso ha resultado insuficiente, porque si lo pretendía la Ley era que el suspenso pudiese formular reparos al dictamen de la Intervención, con este plazo tan corto de tres días es evidente que no le era posible recabar aquellos elementos necesarios para confrontar aquellas discrepancias que se pudieran tener contra el dictamen, debiendo haberse limitado a su sola afirmación o negación, sin el respaldo de la prueba suficiente¹³⁷.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La naturaleza jurídica de la administración concursal ha resultado ser una de las cuestiones más debatidas en lo que respecta al Derecho de la Insolvencia y, esto es así, tras sucederse una serie de reformas que denotan esa consecuencia¹³⁸. Podría haberse situado a la administración en una primera etapa de su formación como un órgano de representación de los acreedores para dar un posterior enfoque de neutralidad dentro el concurso. En la normativa histórica como en el ordenamiento concursal actual, las funciones del administrador concursal resultan complejas, debido a una “variable” en cuanto a sus responsabilidades, es lo que TIRADO¹³⁹, viene a denominar: una *heteroeficacia* de

¹³⁷ En este sentido la *STS de 8 noviembre de 1941* en su Considerando viene a refutar la inadmisibilidad de la tesis que señala que el informe de los interventores podría haber resultado un documento de valor concreto y cierto, debido a tres razones fundamentales: a) *Porque, ante todo, se otorga a las frases empleadas por el Interventor en el informe de que se ha hecho mérito, un alcance que, ciertamente, no autoriza ni su espíritu ni siquiera su texto literal, ya que la locución “tal vez” que fue precisamente la utilizada, muestra el propósito de establecer una hipótesis y no una tesis concreta y claramente afirmativa;* b) *Porque, aun cuando así no fuera, el hecho de emitir un parecer, en un documento cuyo valor provisional y condicionado al resultado ulterior de la prueba, resalta de la normativa de la Ley y de su concepción orgánica, no impide el ejercicio de las acciones encaminadas a procurar que, mediante las solemnidades de un juicio, se confirmen o rectifiquen los asertos del informe emitido y las conclusiones a que llegue, y c) Por que la pretensión de equiparar ese informe previo, con el reconocimiento de un hecho en el curso de un debate judicial, desconoce el alcance de los artículos 565 y 568, que equivocadamente, se dicen infringidos y olvida que la llamada adquisición procesal, no se logra sino en el curso de un período de discusión, cuya trascendencia y presupuesto el cumplimiento de sus normas, que son la garantía de aquella adquisición, sólo la Ley, por disposición expresa, está llamada a valorar con referencia a los supuestos concretos por ella establecidos.* Vid. SAGRERA TIZÓN, J., *Ley de Suspensión de Pagos*, op. cit., pp. 256 y 257.

¹³⁸ Vid. SAP Islas Baleares, de 31 de marzo de 2008 [AC 2008/1649] donde: “*La Ley Concursal ha optado por una administración dotada de simplicidad, no coexiste con otros órganos, salvo con el juez, ante el que está en situación de dependencia, y de profesionalidad, dada su composición; es un órgano colegiado de administración, y de composición mixta, en cuanto hay acreedor junto a los profesionales; ha optado por una administración ciertamente importante, pues sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios*”.

¹³⁹ TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 15.

actuaciones, un órgano capaz de ejercer actos propios del deudor o de su órgano de administración por un lado y, por otro, ejercer los derechos de los acreedores a través de la propia elaboración de la lista de acreedores, determinando su inclusión o exclusión. Este hecho obliga a replantear la comprensión acerca de la naturaleza jurídica de este órgano, determinada por la posición jurídica que ocupa en el proceso, sea bien a través del *desapoderamiento*¹⁴⁰ o la *intervención* y que se explican a través de teorías que estudian a este órgano concursal¹⁴¹.

No debemos olvidar que la “protección del crédito”, con el que se configura el principio de la normativa concursal, establece una garantía en igualdad de condiciones entre los acreedores a través de la *pars conditio creditorum*¹⁴² o lo que es lo mismo, una paridad en el tratamiento de los créditos que equivale a la igualdad de condiciones para los acreedores.

¹⁴⁰ El término *desapoderamiento* radica en la posición jurídica asumida por la propia administración concursal en los supuestos de suspensión o prohibición de administrar y disponer los bienes que le son propios al deudor.

¹⁴¹ Acerca de los modelos teóricos tradicionales del órgano de gestión no judicial en el concurso *cfr.* ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, 2 ed., Madrid, 2009, pp. 286 y ss., son tres los modelos tradicionales: a) *El síndico acreedor*. Que era propio de las concepciones privatistas, que eliminaba los riesgos del burocratismo de los funcionarios y corporativismo de los profesionales; b) *un profesional experto*. Donde se admite una gran variedad de configuraciones en designación y contextura, y que se bifurca en el modelo plenamente profesionalizado por sus condiciones subjetivas y la independencia; c) *síndico funcionario*. Contratado por la Administración, o persona jurídica empresarial pública, cuya ventaja deriva de la rigurosa selección en función de unos conocimientos predeterminados, la transparencia en la distribución de los concursos, y su disciplina.

¹⁴² Sobre este tema, *cfr.* VILLORIA RIVERA, I., “El mito de la *par conditio creditorum*” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, 2008, pp. 319 y ss. donde condiciona el principio de la *par conditio creditorum* como un medio para justificar graves atentados contra la seguridad jurídica, como los que se derivaban del régimen de retroacción de la quiebra. Con el pretexto de garantizar una pretendida igualdad entre los acreedores, los Tribunales no tuvieron inconvenientes en dejar sin efecto negocios jurídicos válidos y lícitos, llegando incluso a poner en cuestión la protección que deriva del Registro de la Propiedad. Estas decisiones, como señala el autor, se justificaban en una regla de igualdad que paradójicamente nunca fue reconocida por el legislador. Y al contrario, la ley siempre ha clasificado a los acreedores sometidos al procedimiento de insolvencia en diferentes categorías, con arreglo a criterios que nada tienen que ver con la justicia, sino con la política. De ahí que se matizara el alegato en favor del principio entendiendo de que este principio “no significa nivelación de todos los acreedores o de todos los créditos, sino que todos ellos se hallan protegidos en pie de igualdad. Consiguientemente cada acreedor correrá la suerte que su personal posición jurídica la tenga asignado”. *Vid.* RAMIREZ, J.A., *La quiebra*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, p. 88. Con la anterior legislación de quiebras y suspensión de pagos tampoco existía un trato igualitario para todos los acreedores, donde existían numerosos privilegios y preferencias de cobro dispersados en diferentes cuerpos legales, e incluso reglamentarios. Tras la entrada en vigor de la LC la situación no se ha modificado del todo.

Este principio clásico se establece a través de un control judicial, y que no sólo corresponderá al juez del concurso, sino también a la administración concursal en cuanto este resulta un coadyuvante del proceso y órgano que busca la eficiencia a través de la independencia en sus funciones a través de reglas de procedimiento que logren garantizar estos derechos¹⁴³. Y es precisamente este principio por el cual, en la gran mayoría de las legislaciones existe y ha existido preocupación, debiendo en cada momento, establecer sistemas que tutelen los intereses en conflicto.

La constante histórica demuestra que en la necesidad de encontrar aquella satisfacción de los acreedores, los procedimientos concursales fueron adaptando distintos tratamientos hacia la persona deudora, logrando de esta manera separar al deudor de la administración de sus bienes a través de órganos de defensa y representación en el concurso¹⁴⁴.

El modelo histórico presente en la mayoría de los ordenamientos ha sido siempre aquel en que la administración concursal reside en los propios acreedores, esta idea era inherente al concepto de que el concurso debe por principio, solucionar los problemas del mercado, en

¹⁴³ MARTÍNEZ JIMENEZ, I.; SIERRA NOGUERO, E. “Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en AAVV, Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, Ed. Marcial Pons, Tomo II, 2005, p. 1408.

¹⁴⁴ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., TIRADO MARTÍ, I., “La prohibición de la autocontratación de los administradores concursales” en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, pp. 117 a 119. Donde se hace referencia acerca de que en los países de nuestro entorno la naturaleza jurídica atribuida al órgano de administración difiere de manera considerable. En el caso de Italia, el *curatore* es un órgano de naturaleza pública que se inserta en el *ufficio fallimentare* persiguiendo el interés público establecido en el art. 30 de la *Legge Fallimentare*, atribuyendo valor probatorio a aquellos documentos que son emitidos por ellos y que trascienden el valor de documento privado. En relación a la doctrina española, TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Civitas, Murcia, 2014, p.141., considera la naturaleza del órgano de la administración concursal como privada, debiendo en su defecto ser matizada mediante el interés concursal, situación distinta en un sistema de quiebras, con los síndicos devino una naturaleza privada que venía determinada por los propios acreedores, así lo detalla la SAP núm. 6 de Málaga de 20 de febrero de 2001 [AC 2001, 1626]. En el derecho concursal vigente queda difuminado por su carácter de orden público. No se debe olvidar que el interés que persigue la administración concursal es la satisfacción de los acreedores. Vid. GONZÁLEZ BILBAO, E., “Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 94, 2004, pp. 167 a 192 y que si bien en ocasiones tienen atribuidas labores que parecen ser una excepción en la aseveración privatista en la búsqueda de un interés público, como así sucede en la fase de calificación en la que la administración concursal coadyuva en la protección del interés general (art. 169.1 LC).

donde el tiempo y los costes son elementos esenciales¹⁴⁵. En este afán, son los propios acreedores quienes designan, de entre aquellos titulares de créditos incluidos en la masa pasiva del concurso. Este modelo aplicado en los ordenamientos propios de Europa¹⁴⁶, fueron reformados en la medida en que las necesidades y tratamiento de los concursos fueron desarrollados dentro los ordenamientos de cada país.

La administración concursal ha representado distintas formas, según el momento y lugar que el propio legislador ha querido situarlo, esta representación como señala TIRADO¹⁴⁷ “*atiende a ciertas circunstancias fundamentales como: los requisitos subjetivos de nombramiento, estructura del órgano y sistema de elección. Dentro de todos estos, el más representativo fue la categoría de requisitos subjetivos, porque en ellos se contemplan la profesionalización del órgano*”. Si volvemos a tomar la concepción de una administración compuesta por acreedores, observaremos que el requisito subjetivo era precisamente que el administrador sea titular de un crédito confiando en que la solución a la crisis sea resuelta desde una consideración privatista¹⁴⁸ ajena a la intervención de órgano públicos, debido al interés en componer sus propios intereses.

¹⁴⁵ La representación y defensa en pro del interés general del concurso se encuentra ligada a la responsabilidad que asume la administración concursal en el proceso, esto ha obedecido a que el legislador tenga muy en claro la imposibilidad de que el juez asuma bajo su jurisdicción todos y cada uno de los actos de gestión en el proceso. Esta actuación del administrador, obliga a establecer una construcción dogmática de aquella naturaleza jurídica con el objetivo de no caer en una generalización de actos que podrían parecer una fusión, es decir, elaborar un criterio uniforme en el régimen jurídico de los administradores- sustitutos y de aquellos administradores-interventores sin que sus facultades en cada materia suponga una fragmentación del órgano.

¹⁴⁶ En este sentido, *cfr.* PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., “La administración concursal: su régimen jurídico en la Ley Concursal”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº. 3-4, 2011, p. 41, señala que sólo en Francia el debate doctrinal ha sido resuelto, al romper aquella concepción unitaria del órgano, donde las funciones logran separarse en aquel órgano que administra los bienes del deudor; y el representante de los acreedores.

¹⁴⁷ TIRADO MARTÍ, I., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores concursales”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E., (Coords.) *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 573.

¹⁴⁸ ALONSO LEDESMA, C., “Los modelos de administración concursal” en ROJO, A.; GALLEGOS, E.; CAMPUZANO, A., (Coords.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2016, pp. 39 a 81.

Esta naturaleza jurídica representativa de la administración concursal ha estado sujeta a una serie de teorías acerca del alcance de su representación, y que las divergencias, así como el modelo histórico han sufrido una evolución necesaria en un estadio social distinto.

Una aproximación acerca de estas teorías permite clasificarlas según el alcance de su representación, esto es: En una primera formación o modelo acerca de la administración concursal, nos encontramos con una naturaleza que se centraba en una actuación de interés ajeno, recayendo sus efectos en un tercero o múltiple partes¹⁴⁹ (acreedor, deudor y concurso). Esta teoría denominada de *representación*¹⁵⁰ descartada en su totalidad por corresponder a una serie de aspectos incongruentes con los principios de la propia Ley Concursal, es decir, que no cabe la posibilidad de afirmar, que el concurso sienta sus bases legales en la satisfacción de los acreedores, y segundo, que estos actúan como gestores de aquellos intereses de los acreedores¹⁵¹.

Consideramos, que la masa activa no resulta en ningún momento un patrimonio de los acreedores, ni derecho real tan siquiera, al no existir una relación representativa posible. Esto podría causar una ambigüedad con las funciones que se atribuyen a la administración, sobre todo, cuando este órgano desempeña funciones de representación de la empresa deudora sometida a concurso necesario¹⁵². Por tanto, buscando una aproximación a la

¹⁴⁹ En relación a la representación de los acreedores, esta teoría asienta sus bases legales en la doctrina alemana del *konkursordnung* de 1887, con él, se pretende que la sindicatura concursal logre a través del establecimiento de figuras legales como el embargo o el derecho de prenda concursal, la satisfacción de los créditos de los acreedores de aquellos bienes propios del deudor; los mismos que deberán ser administrados y liquidados para su posterior entrega a los acreedores, a esta actuación es precisamente lo que viene a denominarse actos de “subordinación” de los administradores concursales para con los acreedores. Acerca de esta representación, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994.

¹⁵⁰ Teoría denominada de *Representación* acuñada por TIRADO MARTÍ, I., *Los Administradores Concursales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 18 a 64.

¹⁵¹ En el Derecho Español derogado esta teoría pudiera haber tenido relevancia al ser la Junta de acreedores quien elegía a los miembros de la sindicatura de entre los propios acreedores, por cuanto la pérdida de la condición de acreedor suponía la cesación como síndico. *Vid.* TIRADO MARTÍ, I. *Los Administradores Concursales, op. cit.*, p. 20.

¹⁵² Acerca de la representación, *vid.* ROJO, A., “La representación del empresario”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ A., (Dir.), 5ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 174. Quien analiza la representación entre el apoderamiento y la representación legal que se le otorga a la administración. Apoderamiento como tal, en el entendido de que en la actuación del poderdante, este podrá realizar en nombre

naturaleza propia estaríamos frente a un órgano concursal *representante de múltiples partes*. Esta heterogeneidad de actuación supone la representación de los distintos sujetos en el proceso concursal, logrando apartarse de la representación propiamente teórica debido a no establecer por sí, un elemento unificador. Lo que el legislador pretende con la creación del órgano de administración concursal, es establecer una tutela de intereses múltiples que se alejan de sólo aquellos intereses del titular en cuyo patrimonio o actividad recae la esfera jurídica concursal.

En palabras del maestro GARRIGUES¹⁵³ estos “*representan a la quiebra*”, *equivalente en un sentido amplio como representación de intereses del concurso, es decir, por un lado poseen el carácter de representantes de los acreedores y por otro como administradores legales del patrimonio del deudor –concurso necesario- pronunciándose a favor de la representación mixta*. Dada la heterogeneidad de la eficacia de aquellos actos de la administración, la administración concursal representa al deudor cuando administra la masa activa y a los acreedores cuando ejercitan acciones de reintegración o llevan adelante la graduación de créditos.

Cuando la administración concursal se configura a través de la propia norma concursal separado de los intereses de las partes, estaremos frente a la *Teoría Orgánica*¹⁵⁴ que pretende explicar la naturaleza jurídica de la administración concursal a través del sujeto con quien nace la apertura del procedimiento concursal, y que se configura a través de la representación de la masa activa como órgano independiente.

Por último, la *teoría del Oficio*, en el que el administrador concursal actúa en nombre propio y de forma inmediata en el patrimonio del deudor concursado como titular de un oficio de naturaleza privada creado por Ley en interés.

y por cuenta del empresario el giro y tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte o para que le auxiliara en él, administrando, dirigiendo y contratando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento; situación contraria a la que se otorga a la administración concursal como representante debido a las actuaciones previstas a partir del procedimiento del concurso, alejando al órgano concursal de la representación pura del empresario.

¹⁵³ Vid. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Aguirre, 1983, 8ª ed., T. II, p. 489.

¹⁵⁴ Vid. TIRADO MARTÍ, I., *Los Administradores Concursales*, *op. cit.*, p. 21.

En todo caso, y habiendo descrito la relación de teorías que suponen una interpretación acerca de la naturaleza jurídica del administrador concursal y dada la heterogeneidad de funciones que se le atribuyen al órgano; la teoría más autorizada para entender su régimen es la teoría de la *legitimación funcional indirecta* que postula TIRADO¹⁵⁵ y que engloba el concepto tanto de legitimación indirecta como binomio potestativo de interés del concurso. Ante ello, la administración concursal no ejercita por sí derechos subjetivos propios, sino acoge una función o potestad de cierto tinte obligatorio, que precisamente convierte la potestad o función en un deber.

Sin duda, cada una de estas teorías que han sido estudiadas por la doctrina, poseen un carácter válido, puesto que no es fácil poder caracterizar el contenido de cada una de ellas en la figura del órgano concursal, ya que dicho cometido produciría unos efectos clasificatorios además de sistemáticos, sin la posibilidad de una integración normativa.

3. LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 del 7 de enero¹⁵⁶ establecía en su Título IV, *De la Ejecución Dineraria*, Sección Séptima, “De la Administración Judicial” (*ex arts. 630 a 633*), una medida de garantía a adoptar cuando lo embargado resultaban ser frutos y rentas¹⁵⁷ (*ex art. 1450 LECiv*), siguiendo a la profesora CANDELARIO¹⁵⁸ señala que: no puede pasar inadvertido que el proceso de administración judicial en España, entendido en el sentido más amplio, viene íntimamente vinculado al “embargo de los bienes” como

¹⁵⁵ TIRADO MARTÍ, I., *Los Administradores Concursales*, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

¹⁵⁶ BOE nº 7 de 8 de enero de 2000.

¹⁵⁷ Al respecto, *vid.* CORDÓN MORENO, F., *Procesos civiles*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 343 y ss.; CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 505 y ss.; LLADÓ LEÓN, J., *Administrador judicial*, 2ª ed., Madrid, Nautilus, 1999.

¹⁵⁸ *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, I., “Derecho Español” en GRAZIABILE, D. (Dir.), *Tratado del Síndico Concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 858 y ss.

institutos que canalizan la ejecución dineraria o afección de bienes para la razonable garantía de la satisfacción del ejecutante¹⁵⁹.

El artículo 631 de la LECiv 1/2000 establece el modo de actuar en caso de administración judicial a través de un orden procedimental, en el caso de grandes empresas en el caso de insolvencia de una de ellas estableciendo que *“(...) se citará de comparecencia a las partes y, en su caso, a los administradores de las sociedades, cuando éstas no sean la parte ejecutada, así como a los socios o partícipes cuyas acciones o participaciones no se hayan embargado, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y pruebas oportunas sobre el nombramiento de administrador, persona que debe desempeñar tal cargo (...) En los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes el tribunal resolverá, mediante providencia lo que estime procedente sobre la administración judicial. 2º. Si el tribunal acuerda la administración judicial de una empresa o grupo de ellas, deberá nombrar un interventor designado por el titular o titulares de la empresa o empresas embargadas. 3º El nombramiento del administrador judicial será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectara a bienes inmuebles”*.

Resulta relevante el lograr, a través de un acuerdo entre las partes, la designación de un administrador acorde a las circunstancias de la empresa, designación que si no prosperaba, era el juez quien debía designar mediante providencia al administrador quien debía estar inscrito en los Registros Públicos acreditados a dicho efecto¹⁶⁰. Por otro lado, el art. 633 de

¹⁵⁹ Cfr. art. 630 LECiv enuncia aquellos casos en que procede la administración judicial: *“(...) embargo de alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación, para la garantía del embargo de frutos y rentas en los casos previstos en los apartados 2º y 3º del art. 623 LECiv”*.

¹⁶⁰ En este sentido, cfr. art. 632 LECiv/2000 establece el contenido del cargo del administrador a través de obligaciones, facultades y responsabilidades de un administrador ordinario sustituido según establece el precepto. *“(...) cuando no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitarán autorización judicial para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de éstas en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia el órgano judicial hubiere expresamente señalado”*.

la LECiv/2000 establece en relación a la forma de actuación del administrador que estos:

1. *Acordada la administración judicial, se dará inmediata posesión al designado, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces llevara.*
2. *Las discrepancias que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el tribunal, mediante providencia, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final que habrá de rendir el administrador.*
3. *De la cuenta final justificada que presente el administrador se dará vista a las partes y a los interventores, quienes podrán impugnarla. De mediar oposición se resolverá tras citar a los interesados de comparecencia. El auto que se dicte será recurrible en apelación.*

Estando de acuerdo con la posición doctrinal asumida por la profesora CANDELARIO¹⁶¹, el esquema que viene a presentar la Ley de Enjuiciamiento Civil en torno a la administración judicial de empresas embargadas ha resultado demasiado sencillo, aunque afirma la misma autora, que deberá darse mérito el poder haber concentrado en pocos mandatos la filosofía y reglamentación –dispersa en los arts. 1010, 1447, 1450 de la LECiv de 1881- de esta manera y, a través de aquella regulación de algún modo “escueta” fue la referencia más próxima a lo que vendría a ser la futura aprobación de la legislación concursal de 2003 y, en concreto, en la relación directa con la administración concursal.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA LEY 22/2003. PRESUPUESTOS GENERALES

Habiendo desarrollado de manera general la actuación de los órganos de administración en los sistemas precedentes, vemos que estos han sido un modelo que con aciertos y errores lograron en gran medida establecer el papel del modelo actual en la Ley 22/2003, de ahí la importancia en su estudio¹⁶².

¹⁶¹ *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, I., “Derecho Español”, *op. cit.*, p. 871.

¹⁶² *Vid.* NUÑEZ LOZANO, P., “La administración del concurso”, *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos*, FLORZA GUERRERO Y GUERRERO LEBRÓN (Coords.), *Ministerio de Ciencia e Innovación*, Madrid, 2009, pp. 39 y ss.

La Ley 22/2003 del 9 de julio, de lo concursal, establece sin duda, una nueva configuración del órgano de administración del concurso¹⁶³, en consonancia con aquellos principios enmarcados en la propia ley acerca de la unidad, disciplina y sistema¹⁶⁴. Bien podemos

¹⁶³ Sobre este tema, *vid.* DIEZ-PICAZO, I., “Los juzgados de lo mercantil”, en ROJO A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003; HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2004; MACHADO PLAZAS, J., “La administración concursal” *RJC*, nro. 4, monográfico, 2004; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La junta de acreedores en el nuevo derecho concursal español”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003.

¹⁶⁴ La Ley 22/2003 encuentra su fundamento en aquellos precedentes de proyectos de leyes concursales, presentados al Ministerio de Justicia en una primera versión en el 2001. *Vid.* AA.VV GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs.), *Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002 y otra al parlamento en julio de 2002. *Vid.* MORILLAS JARILLO, M., “La reforma del derecho concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio” *Revista de Derecho de los Negocios*, febrero 2003, nº 149, p. 1 al 40 con ellos, se busca establecer la finalidad del concurso a través de la satisfacción de los acreedores mediante vías como la liquidación o en su caso la conservación de la empresa con soluciones negociadas como el convenio y un plan de viabilidad. La flexibilización y agilización del procedimiento enmarcadas en 1. *Procedimiento único, es decir, se unifican todos los procedimientos concursales en uno, produciéndose una unificación tanto en el plano objetivo como en el subjetivo: los procedimientos que pudieran denominarse preventivos –suspensión de pagos y quita y espera- y los esencialmente de liquidación –quiebra y concurso- se unifican en un solo procedimiento, que puede terminar en convenio o liquidación. En el plano subjetivo, los procedimientos de comerciantes – suspensión de pagos y quiebras- y no comerciantes –quita y espera y concurso- se unifican en un solo procedimiento concursal aplicable a comerciantes y no comerciantes. 2 Un procedimiento de ejecución universal, donde se pretende que el juez de concurso conozca de todas las ejecuciones que se dirijan contra el patrimonio del concursado, evitando de esta manera los problemas de la legislación anterior, que en virtud de ejecuciones separadas, que se desencadenaban con la declaración de la suspensión de pagos o la quiebra, se privara a la masa activa de bienes vitales para la viabilidad económica del concursado. 3. La aplicación reforzada del principio de la *pars conditio creditorum* con la que se pretende potenciar al máximo que todos los acreedores cobren en proporción a sus respectivos créditos, a través de medidas como: limitación de los privilegios; subordinación de aquellos créditos que pueden de hecho permitir maniobras para defraudar a los acreedores comunes; regular de forma severa las acciones de reintegración de la masa, si bien terminando con el sistema de retroacción de la quiebra. 4. Compaginar la conservación de la empresa en concurso con la adecuada protección de acreedores. A tal efecto, se facilitará al máximo el convenio permitiendo el llamado convenio anticipado, que permite su tramitación al mismo tiempo que se desarrolla el proceso de reconocimiento de créditos y de inventario y valoración de la masa activa. El convenio ha de ser aprobado por los acreedores, no pudiendo admitirse que el juez pueda, en contra de su voluntad, imponerles una quita y espera. Cuando no exista convenio que cumpla los requisitos previstos y siempre que así lo solicite el concursado, se pasa a la liquidación, bajo control judicial, pero en el que se prevén normas para la continuación de la actividad empresarial. 5. Remodelación de los órganos concursales. Por un lado, sustituyendo a los interventores, comisarios, depositarios y síndicos por una Administración judicial, que mantiene la presencia de los acreedores, y se refuerza con un miembro con experiencia jurídica. 6. Agilización del procedimiento. A través de la configuración de un solo procedimiento para resolver los temas litigiosos –el incidente concursal- y concentrando las apelaciones en las resoluciones que ponen fin a las diversas piezas del procedimiento concursal. 7. Despenalización de la insolvencia. Aunque se mantiene la calificación del concurso, sus efectos se limitan a la esfera civil, de tal manera que se suprime el delito de insolvencia punible, sin perjuicio de la aplicación de tipos delictivos comunes cuando la conducta del concursado así lo aconseje”. *Vid.* PIÑEL, E., “Esquema de la Ponencia sobre los objetivos de la reforma de la legislación concursal”, en Jornada sobre la Nueva Ley Concursal organizada por el Grupo Recoletos y Audalia, celebrada los días 18 y 19 de abril de 2002.*

afirmar que, aquel conjunto de funciones atribuidas a la administración concursal conlleva una aproximación al régimen de los interventores judiciales.

A través de la Ley 22/2003 se otorga una nueva configuración a la administración concursal. Una característica pluripersonal¹⁶⁵, cuya composición hasta antes de las sucesivas reformas que iremos estudiando, combinaba la profesionalidad en aquellas materias de relevancia para todo concurso¹⁶⁶ –jurídico y económico–, además de la presencia de un titular de crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado.

De los diferentes modelos que conforman la integración del órgano –nos referimos a la *sindicatura funcional, sindicatura de acreedores, sindicatura de profesionales de situaciones de crisis*– la Ley Concursal se deviene por aquella opción de “profesionales síndicos no profesionalizados”¹⁶⁷ expresión que acuña YANES YANES¹⁶⁸ para la distinción entre profesionalización corporativa, pues sus miembros vienen de determinadas corporaciones profesionales, a excepción del síndico acreedor, con identificación cerrada de los colectivos profesionales llamados a monopolizarla.

Por lo tanto, observamos que la administración concursal asume en tanto, aquellas funciones del comisario, depositario y de los síndicos en las quiebras y la de los interventores judiciales en la suspensión de pagos. Posee las facultades interventoras o de

¹⁶⁵ Para un mejor análisis acerca de las diferencias en el modelo de administrador concursal, *vid.* YANES YANES, P., “La Administración concursal” en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y a Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 173 al 233, donde ofrece el argumento de que “el reto de la especialización del órgano se ha afrontado confiando en la participación de profesionales de los campos jurídico y económico, la unipersonalidad hubiera terminado sacrificando o degradando al menos, una más completa y puntual especialización” ; GÓMEZ MARTÍN, F., “La administración de los procesos concursales”, *Partida Doble*, nro. 141, 2003, p. 24; TIRADO MARTÍ, J., “La sindicatura concursal”, en ROJO, A., (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, p. 16, donde expone que la pluripersonalidad “facilita la interdisciplinarietà, incluyendo la posibilidad de integrar elementos internos de control de la actuación del órgano y disminuye el riesgo de error y corrupción”.

¹⁶⁶ De carácter unipersonal en el procedimiento abreviado.

¹⁶⁷ *Vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, pp. 81 y ss.

¹⁶⁸ YANES YANES, P., “La administración concursal”, *op. cit.*, p. 196.

gestión del patrimonio del deudor, y de representación de los acreedores que conforma la masa pasiva. Tanto una como la otra, en palabras de ROMERO SANZ¹⁶⁹ se encuentran orientadas a la conservación rentable del valor de la masa, hasta que se apruebe el convenio – a través del cual se evalúan las propuestas- o en su defecto, tenga lugar la solución anormal del concurso con la apertura de la liquidación –en cuyo caso se procede a la liquidación de los bienes y derechos que integran la masa activa y al pago de los acreedores-. Sus funciones que abarcan desde la confección del inventario de la masa activa, lista de acreedores, la redacción del informe de la administración concursal, ejercicio de acciones de reintegración y reducción, comunicación, reconocimiento y clasificación de los créditos. Por otro lado representan a la masa de los acreedores concursales en juicio y fuera de él.

Reconocemos que las funciones en general de la administración concursal resultan esenciales para el concurso. Necesaria, porque adquieren un ámbito privatístico y representativo acerca de la concepción del concurso, plantean a su alrededor y de modo particular, las principales cuestiones relativas a los institutos concursales y su configuración. Si nos adentramos en el ámbito práctico, estas funciones resultan determinantes para asegurar el éxito en el tratamiento legislativo del concurso¹⁷⁰.

Al constituir el órgano de administración concursal el legislador optó por establecer en él un pilar básico del sistema, sobre quien recaerán aquellas decisiones trascendentales del procedimiento, otorgando competencias básicas orientadas a la gestión del patrimonio sometido al concurso en relación con los efectos patrimoniales que se despliegan sobre el deudor concursado, en esa misma línea GALLEGO SANCHEZ¹⁷¹ afirma que: “*este órgano*

¹⁶⁹ Vid. ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁷⁰ Sobre este tema, *cfr.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal”, en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal*, libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid-Barcelona, t. II, Marcial Pons, 2005, p. 1321, señala que, dicha afirmación ha sido particularmente cierta al tratar del órgano de gestión del concurso en la legislación derogada, en especial en la Ley de Suspensión de Pagos y que sigue siéndolo en la nueva Ley Concursal. Se deberá fijar entonces en aquellas fases en que se divide aquél procedimiento para darse cuenta de que en la mayor parte de ellas su desarrollo recae de modo especial en las funciones atribuidas a la administración concursal, denominación que recibe el órgano de gestión en su propio texto.

¹⁷¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal...”, *op. cit.*, p. 82.

ha resultado responsable de verificar el aparato informativo del concurso, por ello deberán emitir el informe que alude el art. 75.1 LCon, así como dictámenes de no menor trascendencia, como el escrito de evaluación de las propuestas de Convenio que se hayan presentado, y que comprende un juicio razonado en torno al plan de pagos, y en su caso, al plan de viabilidad que las acompañen. Es así mismo, el responsable de la elaboración del Plan de Liquidación, lista de acreedores y el inventario de la masa activa”.

Mediante la Ley 22/2003 se otorga una nueva configuración en cuanto al modelo de la estructura orgánica del concurso, donde el juez¹⁷² y la administración concursal¹⁷³ se

¹⁷² El Juez de lo Mercantil u Órgano Jurisdiccional-Juez de lo concursal, se caracteriza por ser un Juez profesional y especializado en la materia. Se ubica dentro de los Juzgados de primera instancia, que contempla además competencias sobre concursos transnacionales. Su especialidad viene dada desde la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de donde se contempla necesaria su creación por a) El carácter universal del procedimiento; b) complejidad de la realidad social y económica que advierte de la necesidad de una especialización, ante ello, el juez del concurso es el órgano rector del procedimiento, desde su declaración hasta la conclusión, posee una jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias de especial trascendencia para el patrimonio del deudor (competencia que se extiende a las materias relacionadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es plena respecto de las materias específicamente establecidas en el artículo 86 ter y aquellas que la propia Ley Concursal prevé de modo expreso, quedando excluidas las no atribuidas nominalmente arts. 8 y 50 LCon) aunque las mismas sean de orden social, así como las de ejecución y las cautelares cualquiera sea el órgano que las hubiera dictado (Exposición de motivos, IV, párrafo 6º y art. 8 de la Ley Concursal así como el art. 50).

En el ejercicio de sus funciones, el Capítulo II, Sección 1ª de la Ley 22/2003, se disciplina la jurisdicción concursal y su competencia. El alcance y tratamiento procesal de los artículos 8 a 12 resultan muy distintos debido a que se integran competencias internacionales, objetivas, territoriales y funcionales. Este Órgano interviene en acciones civiles dirigidas frente al patrimonio del deudor, ejercitadas tras la declaración del concurso, con ello, se persigue asegurar la unidad procedimental y de decisión (la competencia del Juez para conocer el concurso se limita a las acciones civiles ejercitadas ante los tribunales del orden jurisdiccional civil, excluyéndose de su conocimiento, aquellas otras que se tramitan ante los tribunales penales, contenciosos administrativos o sociales); acciones sociales que el apartado 2º del artículo 50 de la LC establece, en las que no abarcan las acciones individuales, salvo los contratos de alta dirección; Las ejecuciones frente a bienes y derechos del concursado (la continuación de procedimientos declarativos ante cualquier orden jurisdiccional no excluye el monopolio absoluto del Juez de concurso para acumular las ejecuciones derivadas de los pronunciamientos dictados); Medidas cautelares, en las que el Juez del concurso es competente en todas ellas ya que afectan al patrimonio del concursado, con excepción de aquellas referidas a los procesos civiles excluidos en el apartado primero, así como aquellas adoptadas por los tribunales arbitrales siempre que no perjudiquen al concurso (salvo lo dispuesto en los procesos arbitrales cabe concluir que las medidas cautelares acordadas en procesos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, serán competencia del Juez que esté conociendo cada procedimiento declarativo, que no pierde su competencia. *Vid.* ASECIO MELLADO, J.Mª., “Juez del Concurso” en *Enciclopedia del Derecho Concursal*, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters, T. II, 2012, pp. 1921 y ss.; también *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

¹⁷³ Para un análisis más riguroso: *vid.* CERDÁ ALBERO, F., “Informe jurídico sobre las funciones de la administración concursal y sus consecuencias en la aplicación de la retribución arancelaria”, *Estudio jurídico y económico sobre el arancel de derechos de los administradores concursales*, documento núm. 8 del Registro de Economistas Forenses, CGCEE, diciembre 2006, pp. 17 a 46., MACHADO PLAZAS, J. “La

convierten en órganos necesarios en el procedimiento¹⁷⁴, dejando de lado aquella tradición concursal y relegando a la junta de acreedores en su actuación una vez constituida la fase de convenio, siempre y cuando no se hubiera aprobado una propuesta anticipada de convenio mediante adhesiones escritas de los acreedores.

La administración concursal, se convierte en una seña de identidad de la nueva estructura del procedimiento concursal¹⁷⁵ que hasta antes de la reforma en el año 2011 venía configurada como órgano colegiado a través de un Título específico en la Ley Concursal a través del Título II, artículos 26 al 39 sistematizando el régimen jurídico de la administración concursal en dos Capítulos en los que se dedica al nombramiento y el estatuto jurídico de sus miembros, estableciendo reglas acerca de las condiciones subjetivas, incompatibilidades, aceptación, la colaboración de los auxiliares delegados, recusación, retribución del órgano, el ejercicio del cargo, la responsabilidad y la separación¹⁷⁶.

Esta composición de actuaciones y obligaciones resultó ciertamente favorable y positivo, sobre todo en el afán de la especialización en el campo a través del ámbito profesional-económico. Como resultado de la aceleración de procesos concursales tras el debacle

administración concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya, Lei Concursal*, núm. 4, 2004, pp. 79 al 82; MORILLAS JARILLO, R., “La reforma del Derecho concursal español: el Proyecto de Ley concursal de 5 de julio de 2002. Derecho de los Negocios, 2003, n.º. 149, pp. 16-17; SAN JUAN Y MUÑOZ, E., Funciones de la administración concursal, *op. cit.*, 147-183., YANES YANES, P., “La administración concursal”, *op. cit.*, pp. 208 a 216, CASTRO ARAGONÉS, J.M., “La administración concursal” NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 147 y ss.

¹⁷⁴ En este sentido *Vid.* SAP Madrid de 20 septiembre 2007 [JUR 2009, 22872] en el que el principio de universalidad supone atribuir al juez de concurso el conocimiento de cuestiones que de no existir el concurso habrían de ser conocidas y decididas por otros órganos jurisdiccionales o administrativos, con desplazamiento, pues, del órgano competente primariamente. El precepto enumera con carácter de numerus clausus las materias que son abarcadas por el carácter omnicompreensivo de su jurisdicción, atribuyendo al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social.

¹⁷⁵ La Ley Concursal confía el control de la administración del patrimonio del concursado a ciertas personas con conocimientos técnicos (art. 27 LCon), lo que se producirá, según criterio del Juez, en mayor o menor grado (art. 40 LCon).

¹⁷⁶ QUIJANO, J., *Órganos de Concurso: La administración concursal*, Alemania, Editorial Académica Española LAMP LAMBERT, 2012, p. 11.

económico, se puso de manifiesto aspectos en que la propia norma no previó y que terminaron por dilucidar a una administración concursal con carencias, unido a problemas como la inseguridad retributiva, nombramientos con falta de objetividad, hechos que generaron una introducción significativa a partir de las reformas hechas en 2009 y que las iremos analizando a continuación.

4.1 El Auto de Declaración de Concurso

Resulta necesario para nuestra investigación, establecer el alcance del auto de declaración de concurso¹⁷⁷ como elemento fundamental en el nacimiento de la administración concursal. A través de la Sección 3ª denominada *De la Declaración de Concurso*, en su artículo 21 regula el contenido y la publicidad del auto de declaración de concurso, con plenos efectos que abarcan desde la índole procesal y por otro, de litispendencia¹⁷⁸ (art. 410 LECiv) que opera desde este momento al optar la LCon por un sistema que no aplica la retroacción a la presentación de la demanda una vez admitida¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Se ha de tener presente sobre este tema, lo expuesto por ROJO, A.; TIRADO MARTÍ, I., “Auto de declaración de concurso” en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, A., BELTRÁN, E. (dirs.), T.I, Madrid, Civitas, 2004, p. 471. Señalan que el Auto de Declaración de concurso, “*conforma una resolución compleja, imposible de reconducir a una naturaleza unitaria común. Donde, para establecer su naturaleza jurídica del auto debe separarse la declaración principal que es la apertura del concurso de acreedores stricto sensu, y las restantes menciones, que son declaraciones instrumentales para esa declaración principal o para el desarrollo del procedimiento concursal. Este auto de declaración resulta de carácter constitutivo, con eficacia erga omnes, por la que no sólo se declara la preexistencia de una situación jurídica determinada, constatada tras la realización de una actividad de cognición, sino que se crea una nueva, conformada por todos los efectos materiales y procesales que recaen sobre las partes del procedimiento*”.

Resulta una resolución necesaria, debida a que con independencia de la situación económica o jurídica del deudor común, sin el auto declarativo no existe un proceso colectivo y no se produce ninguno de los efectos del concurso. Por su parte, los efectos legales del auto tienen origen y contenido patrimonial, y en ningún caso afectan a la esfera personal: el concursado no es un incapaz, ni las eventuales restricciones a los derechos que sufra son reconducibles a una nueva categoría de estado civil, sino que persiguen servir de instrumento para la mejor realización del “interés del concurso”.

¹⁷⁸ Bajo este principio, *cf.* ROJO, A., TIRADO MARTÍ, I., “Comentario al artículo 21”, *op. cit.*, p. 472, quienes, apoyados en la doctrina de OLIVENCIA RUIZ señalan que el “concurso es un estado jurídico que necesita de una declaración judicial, sobre la base de un estado económico de insolvencia, y que da origen a un presupuesto”.

¹⁷⁹ *Cfr.* ASENSIO MELLADO, J^oM^a, “Declaración del Concurso” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, T. I, 2012, p. 1039, señala que esta elección, tiene gran importancia, especialmente en orden a la determinación de la competencia objetiva del Juez del concurso en relación con la que atribuye el art. 8 de la LCon, en relación a la jurisdicción y competencia del Juez.

Del análisis empleado por TOMÁS TOMÁS¹⁸⁰ en relación al auto de declaración del concurso, este afirma que: “*El nacimiento de esta responde a uno de los efectos legales que derivan del pronunciamiento jurisdiccional estimatorio de la pretensión que se ejercita al solicitar el concurso, cuya causa petendi es la insolvencia del deudor*”. Por ende, este auto constituye la nueva situación jurídica como una realidad independiente de cualquier otra existente con anterioridad. Establece así mismo, que aquella naturaleza constitutiva de la declaración de concurso resulta del todo admitida, por cuanto persigue la instauración de una nueva situación jurídica como es el concurso¹⁸¹.

Por otro lado, aquel régimen de facultades patrimoniales del deudor, así como el presupuesto objetivo del concurso establecido en el art. 40.1 y 2 de la LCon, establecen aquella línea de intervención o en su caso la suspensión del deudor (en virtud del principio de flexibilidad según expone el art. 40.3 de la LCon, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate concurso necesario). En todo caso, al no interrumpir la declaración de concurso la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, éste, aún se hubiera declarado el concurso, podrá realizar los actos propios de su actividad comercial en tanto la administración concursal no haya determinado actos que queden autorizados a realizar con carácter necesario (*ex art. 44 LCon*).¹⁸²

¹⁸⁰ TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸¹ *Vid.* SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2007 [AC 2008/777] que en relación a la apertura del concurso señala: “*Además del nombramiento de los administradores concursales, la apertura del concurso a todos los efectos determina necesariamente la formación de la masa activa y pasiva mediante nueva determinación, no sólo porque algunos bienes han podido ser realizados en ejecución de convenio, otros pueden haberse incorporado al patrimonio del deudor con posterioridad, otros han podido sufrir depreciaciones o revalorizaciones y algunos acreedores pueden haber percibido pagos legítimos (a los que alude el art. 162 LCon), sino porque, en lo que a la masa pasiva respecta, la apertura del concurso preordenado a la liquidación implica la integración de todos los acreedores de la concursada, ordinarios o no, dentro de la masa pasiva del concurso que se conforma tras su declaración (art. 49 LCon), de modo que en ella quedan incluidos lo que en su día fueron acreedores concursales en la quiebra y los titulares de créditos nacidos con posterioridad a la quiebra y a la aprobación del convenio...*”.

¹⁸² *Cfr.* El artículo 44.2 de la Ley Concursal que expone: “*En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos y operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general*”.

Para que el Juez del concurso dicte el auto de declaración, será necesaria la presencia de determinados presupuestos. En primer lugar, los presupuestos *procesales*, referidos a que la declaración judicial del concurso es el resultado de un proceso que se inicia a través de parte legitimada según expone el artículo 3 de la LCon (legitimación), con capacidad para obrar suficiente, y no de oficio a instancia de Ministerio Fiscal (*ex art. 4 LCon*). En segundo lugar, las condiciones subjetivas del deudor y con la condición objetiva de la insolvencia. No exige la Ley que para la declaración de concurso se acredite la existencia de una pluralidad de acreedores, además de no exigir que el juez entre a valorar si existen o pueden existir bienes suficientes para sufragar los costes del concurso. En este caso, la Ley Concursal no contempla quien deberá sufragar los costes iniciales del concurso de acreedores en el que no existe masa activa; pero que no permite que por esta causa el juez deniegue la declaración de apertura.

El auto por el que se declara el concurso posee un contenido bastante amplio, que se expresa en aquellas limitaciones de las facultades del deudor, tanto en el ámbito subjetivo como sustantivo, donde la administración concursal establece un papel crucial en el desarrollo del proceso¹⁸³. No se trata de una lista cerrada, ello porque en el auto de declaración se incluirán de manera objetiva determinados pronunciamientos, mientras que, en determinados casos, como la adopción de medidas cautelares, será el propio juez quien establezca el alcance del auto.

La naturaleza del concurso –*voluntario o necesario* (*ex art. 22 LCon*)- será otro de los elementos que el juez considere concurrentes para el establecimiento de determinados pronunciamientos. Al tratarse de concurso voluntario, deberá estarse a la primera de las

¹⁸³ Si nos referimos al procedimiento de la quiebra, encontramos aquellas restricciones en cuanto a la facultad del quebrado para poder administrar sus bienes, situación que se generaba con independencia de lo previsto en el auto de declaración de quiebra. En contra, en el modelo actual, será el auto de declaración de concurso quien logre determinar estos límites y alcances, de las facultades del concursado, así como aquella atribución para con el órgano de administración concursal. Estas limitaciones constituye un efecto legal, por cuanto pueda ser el propio Juez del concurso quien determine el alcance de dicha facultad, se debe estar a lo previsto por el artículo 40 de la LCon acerca de las facultades patrimoniales del deudor. *Vid.* MARTINEZ FLÓREZ, A., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes integrantes de la masa activa” *Revista del Poder Judicial*, nº. extra 18, 2004, p. 141.

solicitudes presentadas por el propio deudor, conforme lo establece el artículo 5 *bis* LCon acerca de comunicación de negociaciones y efectos¹⁸⁴. La declaración de concurso necesario, se producirá cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite y por cualquier otro legitimado, aunque este hubiera desistido, no hubiere comparecido o no se hubiese ratificado.

Atendiendo a lo expuesto, el auto de declaración, en aplicación del art. 21 de la LC, contendrá los siguientes extremos:

- 1) *El carácter necesario o voluntario del concurso*¹⁸⁵, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación¹⁸⁶ o en su caso ha presentado la propuesta anticipada de convenio¹⁸⁷. (Ap. 1.1º modificado por art. único 14 de Ley 38/2011, de 10 de octubre)

¹⁸⁴ Prescribe el artículo 5 *bis* de la Ley Concursal que: 1. *El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.*

En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

2. *Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5 de la LC. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.*

¹⁸⁵ En este sentido, *cf.* AJM 1 Oviedo 26 de septiembre 2005 [AC 2005, 1235] dispone que: *La calificación del carácter del concurso es una decisión que ha de adoptarse en el mismo auto que declare el concurso y como uno de los pronunciamientos que le son propios, siendo así que resulta muy posible que en este momento el juez desconozca la existencia de otras solicitudes que fueron presentadas con antelación instadas por otros legitimados, riesgo que se conjuraría si atendiéramos como criterio determinante a la fecha de admisión a trámite y no a la presentación de la solicitud”.*

¹⁸⁶ El concurso, únicamente debe considerarse voluntario cuando sea solicitado por quien tiene la facultad de representar al deudor. En el caso de que sea persona jurídica, la legitimación para instar el concurso voluntario la tiene su órgano de representación y administración (art. 3.1.2º LCon). En el caso en que fuera instado por otro de los legitimados ligados a la esfera interna del deudor, tales como un socio o miembro, en el caso de personas jurídicas, el concurso deberá ser considerado como necesario. Esta solicitud para el concurso voluntario constituye, una obligación para el deudor, que lo debe instar dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 LCon). *Vid.* CERDÁ ALBERO, F., SANCHO GARGALLO, I., *Curso de derecho concursal*, Colex, 2000, p. 75.

¹⁸⁷ *Cfr.* ASENSIO MELLADO, Jº.Mº, *op. cit.*, p. 1039, quien observa que, la opción por la liquidación será de suma importancia en orden a la fase que habrá de abrirse una vez finalizada la fase común, dado que de esta petición no podrá posteriormente desistir el deudor (art. 142 LCon).

- 2) *Los efectos sobre las facultades de administración¹⁸⁸ y disposición del deudor respecto de su patrimonio¹⁸⁹, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales¹⁹⁰. (estaremos en sujeción a lo previsto por los artículos 27 y 28 de la LCon)¹⁹¹.*
- 3) *En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6 LCon, (Poder especial para solicitar el concurso; memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor e inventario de bienes y derechos).*

¹⁸⁸ Vid. AJM 3 BARCELONA 24 de febrero 2005 [JUR 2006, 299853] “(...) en el que las medidas tendentes a garantizar la conservación del patrimonio del modo más conveniente para los intereses del concurso, medidas de carácter cautelar, deben servir de instrumento para evitar que determinados bienes o derechos puedan salir de la esfera de disposición del concursado sin un pleno conocimiento del Juzgado. Se trata, por lo tanto, de una garantía para los acreedores y para la propia actividad del concursado”.

¹⁸⁹ Sobre este particular, *cf.* MARÍN LOPEZ J., “La limitación de las facultades patrimoniales del concursado”, *Aranzadi Civil*, 2005, nº 13, p. 17 al 63, señala: Que en el apartado 2 y 3 del artículo 51 de la Ley Concursal se logra regular aquella influencia acerca de la capacidad procesal del concursado en los distintos procesos declarativos en el que el deudor sea parte y que se estén tramitando en el momento de la declaración del concurso. A estos efectos, el legislador, logra distinguir en función de que las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio hayan sido suspendidas según establece el artículo 51.2 LCon, o estén sometidas a la intervención de los administradores concursales (art. 51.3 LCon). En el primer caso, la administración concursal sustituirá al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, aunque se prevé asimismo que el concursado puede seguir interviniendo como parte, si se satisfacen ciertos requisitos, de modo que podrá mantener en ese proceso una representación y defensa propia, separada de la que ejerce la administración concursal (art. 51.2 LCon). En el caso de intervención, el deudor concursado conservará su capacidad para actuar en juicio, pero necesitará de la autorización de la administración concursal para llevar a cabo determinados actos procesales dispositivos cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (art. 51.3 LCon).

¹⁹⁰ El artículo 54 de la LCon establece qué órgano se encuentra legitimado en caso de la suspensión de acciones del concursado, correspondiendo a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

¹⁹¹ Las referencias a “*los administradores concursales*” contenidas en la Ley 22/2003, deberán entenderse sustituidas por la fórmula “*la administración concursal*” conforme establece la disposición final primera de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, (BOE, nº. 245, de 11 de octubre de 2011).

- 4) *En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.*

En este sentido, podrán prorrogarse o modificarse las anteriormente adoptadas en la admisión a trámite, acordarse otras en su sustitución o decretar nuevas medidas. El Juez que conozca la causa podrá ordenarla de oficio, de la misma manera, podrán ordenarse las medidas de investigación o las cautelares previstas en el art 1 de la LO 8/2003 previa audiencia con el Ministerio Fiscal¹⁹².

- 5) *El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes¹⁹³ a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del auto de declaración de concurso, conforme a lo que dispone el artículo 23 de la LCon¹⁹⁴ (Ap. 1.5º modificado por el art. 6.3 del Real Decreto-Ley núm. 3/2009, de 27 de marzo).*

¹⁹² Vid. ASECIO MELLADO, J., “Declaración del concurso”, *op. cit.*, p. 1040.

¹⁹³ Podrá establecerse en principio que este llamamiento de los acreedores pueda realizarse a través de las publicaciones edictales que se dispongan en la propia resolución, ello sin perjuicio de la comunicación individualizada que se debe realizar por la administración concursal a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consisten en el procedimiento. El plazo para que los acreedores puedan realizar la oportuna manifestación o comunicación de sus créditos, que se debe hacer cumpliendo los requisitos de forma establecidos en el art. 85 LC. Se computarán en cualquier caso desde que se publique el último edicto de carácter obligatorio de los que se expresan en el art. 23.1 LC. La consecuencia de este plazo no es propiamente de preclusión, debido a que la función de esa comunicación radica en el hecho de que la administración concursal pueda disponer de la información precisa para elaborar su informe y la lista de acreedores. Esta comunicación de crédito fuera de plazo, no excluye la posibilidad de que se incluya el crédito en la lista. Vid. GARNICA MARTÍN, J., “Artículo 21” en *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN, J.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (Dirs.), Barcelona, Bosch, T.I, 2004, p. 221.

¹⁹⁴ Vid. SJM de Las Palmas de 2 de noviembre de 2009 señala que: “Para que los acreedores se vean reflejados todos los que ostentan algún crédito concursal contra el deudor, la Ley establece una serie de mecanismos: por un lado, impone al acreedor la obligación de comunicar su crédito en la forma establecida (art. 85 en concordancia con el art. 21. 1.5º LCon); por otro, establece que la administración concursal comunicará individualmente a cada uno de los acreedores que consten en el concurso el deber de comunicar sus créditos (art. 21.4 LCon) La comunicación se configura en el marco del procedimiento concursal como una carga para el acreedor que pretende obtener satisfacción a su crédito dentro del procedimiento abierto”.

- 6) *La publicidad que haya de darse a la declaración del concurso conforme a los artículos 23 y 24 LCon, en el primero de ellos, esta publicidad como las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites de procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma en que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones; en el segundo caso, si el deudor fuere persona natural, se inscribirán preferentemente, por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración del concurso, con indicación de su fecha, la intervención, o en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.*
- 7) *En su caso, la decisión sobre la procedencia de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el art. 77.2 LCon en relación con la disolución de la sociedad de gananciales. En el caso de la persona casada, dispone en el art. 77.1 de la LCon, que la masa activa del concurso comprenderá únicamente los bienes y derechos propios y privativos del concursado, con la salvedad que se establece en el apartado 2, es decir, que el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, supuesto en el que también se incluirán en la masa activa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.*
- 8) *En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta Ley. Aquellos presupuestos para que proceda seguir los trámites del procedimiento abreviado se establece en el art. 190 de la LCon, cuando a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad en atención a las siguientes circunstancias: 1) Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores; 2) Que la*

estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. El juez, podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. Si el plan de liquidación contiene una propuesta estricta vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo, entonces el Juez, aplicará necesariamente el procedimiento abreviado. (modificado conforme establece el número ciento siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003).

Del contenido del auto, no sólo se observa la constitución de la administración concursal, sino además, ciertas atribuciones que a ella se otorgan. En este sentido, TOMÁS TOMÁS¹⁹⁵, vierte una reflexión interesante, aunque no compartida, acerca de que estas funciones debieran formar parte del propio auto de declaración, ello porque la Ley Concursal, no contempla *ex profeso* las mismas en el auto, por ello, afirma, que esta opción únicamente sería viable si entendiéramos que la fijación de funciones se debiera realizar en el auto que se establece previo informe de la administración concursal nombrada, su retribución tiene, como describe el artículo 35.3 LCon Esta posible delimitación de funciones, señala, podría verse reflejada en el intervalo de tiempo que media entre el auto de declaración del concurso y la fijación de funciones, el juez podría determinar las medidas cautelares al efecto.

5. LOS MODELOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Al inicio del presente estudio, hemos observado que la crisis económica que afecta a España -financiera, industrial, inmobiliaria y de servicios-, ha propiciado un buen número de reformas al modelo concursal de la Ley 22/2003¹⁹⁶. Una de las reformas que más han

¹⁹⁵ Vid. TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁶ La primera gran reforma concursal fue expuesta con el Real Decreto-Ley de 27 de marzo de 2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

calado en la Administración Concursal es la Ley 38/2011 que otorga una relevancia a la profesionalización de la administración concursal¹⁹⁷; de manera que logra realzar la necesidad de valoración por parte del juez en cuanto a la experiencia y formación específica para el cargo¹⁹⁸.

(BOE nº. 78 de 31 de marzo de 2009) y que entró en vigencia a partir del 1 de abril de 2009. La exposición de motivos argumentaba que la evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española hacían necesaria una rápida reacción legislativa por ello, el entorno económico en que se elaboró la Ley Concursal resultaba en algún sentido desfasado a la realidad actual, instando convenientemente a someter a una revisión de futuro de la ley en aspectos tales como: la refinanciación como un instrumento preconcursal, la agilización de trámites y disminuir costes del proceso concursal así como mejorar la posición de los trabajadores en el concurso. La sistemática de esta norma se concentró en reformas como: La publicidad concursal a través del Registro Público concursal habilitando vías informáticas en este sentido. La administración concursal, donde se establece un cambio relativo a la composición y retribución; la reintegración de la masa; los acuerdos de refinanciación; el reconocimiento y graduación de los créditos; el convenio; la liquidación, además de las normas procesales.

Con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (BOE nº. 245 de 11 de octubre de 2011) con vigencia desde 1 de enero de 2012, se expone que esta norma no es considerada como un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Ello no impide que la reforma pueda considerarse global, pues introduce una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar lagunas en la ley. En suma, supone una actualización integral de nuestro Derecho concursal. Por otro lado, esta ley en su Exponendo VII señala que: Al ser la ley consciente de la importancia del papel que desempeñan en este ámbito los administradores concursales y busca una mayor profesionalización, al tiempo que realza sus funciones y su responsabilidad. Puede destacarse, así, la potenciación que se efectúa de las funciones de la administración concursal, permitiendo una mejor valoración por el juez del concurso de la experiencia y formación específica para el desempeño del cargo.

¹⁹⁷ Vid. ROJO, A., “Las opciones del Anteproyecto de la Ley Concursal” en *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 103 donde expresa que: “Juez y síndico son, en realidad, las piezas claves del concurso. De la precisa estructura y el adecuado funcionamiento de estos dos órganos concursales depende por completo el éxito del concurso”.

¹⁹⁸ Bajo esta misma línea, *cfr.* QUIJANO, J., “Órganos y concurso de acreedores”, *RDCP* 2011, p. 59, quien expresa que: Resulta sorprendente que una ley que había sido promulgada de forma reciente en su ámbito, como la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre de 2004, haya sido tan intensamente modificada en varias ocasiones. Su Exposición de Motivos afirmaba con énfasis que esta ley “persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español”, como en efecto lo era sustituir en bloque el viejo Derecho Concursal español por un modelo homologable con las tendencias modernas, ya bastante generalizadas en el Derecho comparado. Y así ocurrió: La disciplina de la quiebra, anclada en los códigos del siglo XIX (Código de Comercio de 1885 convivía a este fin con la parte del Código de 1829 que seguía vigente por la mediación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), y sólo actualizada sustancialmente por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, quedó derogada formalmente, sin perjuicio de su aplicación transitoria, al aprobarse la nueva Ley Concursal orientada por el principio de unidad legal, de disciplina y de sistema, cuyo alcance como bases orientadoras del nuevo modelo resulta conocido. Más allá incluso de lo que la propia Ley suponía, tanto en el plano sustantivo como en el procedimental, la decisión de poner en marcha una Jurisdicción Mercantil especializada, con el fin preciso de aplicar la nueva disciplina.

Con todo, la formación de la sección segunda¹⁹⁹ de la LCon, establece el contenido del régimen jurídico de la administración concursal, a través de los artículos 26 al 39 del título II de la Ley Concursal denominado: “*De la administración concursal*”, compuesto a través de tres Capítulos, el primero, relativo a las condiciones subjetivas para el nombramiento de la administración concursal que (*ex art. 27 al 32 de la LCon*); un segundo capítulo relativo a las Funciones de la Administración Concursal (*ex art. 33 LCon*) y, un tercer Capítulo, en relación al Estatuto Jurídico de la administración concursal (*ex arts. 34 al 39 de la LCon*)²⁰⁰. Nótese también, que la referencia establecida a “los administradores concursales” serán entendidas, a raíz de la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, en su disposición final primera por la fórmula “*La administración concursal*”.

Del conjunto de reformas cabe destacar tres aspectos o elementos relevantes en esta configuración, de la administración concursal. El primero, aquella estructura orgánica que servirá al juez en el procedimiento concursal, en el que “*Sólo el Juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios del procedimiento*” -*Exposición de Motivos de la Ley Concursal*-, este aspecto sustantivo y procesal, ha establecido un elemento fiscalizador necesario en el procedimiento (propio de la Ley de Suspensión de Pagos)²⁰¹ a través de la

¹⁹⁹ Sobre este tema, *vid.* MORRAL SOLDEVILA, R., “Artículo 27” en *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN, J.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (Dir.), Barcelona, Bosch, T.I, 2004, p. 318, sostiene que: “*La formación de Secciones en los procedimientos concursales no constituye novedad. El art. 1321 de la LECiv de 1881 establecía que el procedimiento sobre las quiebras se dividiría en secciones que tienen por finalidad el “buen orden y claridad del procedimiento”, en este sentido, puede señalarse que la LC renueva dicho fundamento, destacando la creación de una sección nueva, que se dedica íntegramente a la administración concursal (...)*”. “*Ahora, todos estos aspectos se encuentran recogidos en secciones independientes, siendo la segunda la dedicada a la administración concursal, cuyo contenido, reiterado en el art. 183.2º LC, comprende el nombramiento y el estatuto jurídico, facultades, rendición de cuentas y responsabilidad de los administradores concursales*”.

²⁰⁰ Se ha de tener presente lo expuesto por TOMÁS TOMÁS, S., *La Administración Concursal...*, *op. cit.*, p. 99, donde refiere que: *durante la tramitación parlamentaria de la LC, el Congreso de los Diputados aprobó la enmienda núm. 256 presentada por el Grupo Socialista. Aquella pretendía modificar la estructura del proyecto de Ley con el fin de proporcionar una mejora sistemática, quedando dividido el Título II, compuesto inicialmente por un único bloque, en dos capítulos: el primero, que llevaría por rúbrica “del nombramiento de los administradores judiciales (Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 190).*

²⁰¹ *Cfr.* al respecto ROJO FERNANDEZ-RÍO, A., “Crisis económica y sindicatura en la reforma del derecho concursal”, en AA.VV., *Crisis económica y derecho concursal*, Madrid, 1989, pp. 122 y ss.

intervención judicial denominada administración concursal. En segundo lugar, la importancia que otorga la LCon al órgano de administración concursal, estableciendo para ello un Título de regulación y sus funciones, que hasta antes de la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2014 de 30 de septiembre *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, las funciones de la administración concursal se encontraban dispersas, con ello, lo que se busca es acabar con aquel entramado normativo y predecesor²⁰². Y, en tercer lugar, se encuentra aquella terminología empleada para el órgano, alejada en toda regla respecto a la legislación anterior²⁰³ y su posterior reforma a través de la consolidación como un órgano unipersonal denominado la administración concursal²⁰⁴.

La discrecionalidad del Juez para la designación de la administración concursal ha sido, hasta antes de la reforma con la Ley 38/2011, una elección encaminada a lograr un proceso que mejor convenga al concurso, no sólo en los aspectos generales -necesario o voluntario-,

²⁰² Hasta el momento de la promulgación de la Ley 22/2003, no existía un precepto dedicado a las funciones propias de la administración concursal de manera ordenada, por ello se debía estar a cada fase del procedimiento, situación que en su momento produjo cierta crítica.

²⁰³ Vid. GÓMEZ MARTÍN, F., “La administración de los procesos concursales”. *Partida Doble*, n.º. 141, 2003, p. 24. Quien plantea que: “*La doctrina científica es unánime al configurare los interventores de las suspensiones de pagos como auxiliares del juez y de naturaleza análoga a los peritos judiciales, aunque con facultades legales que van más allá de los preceptivos o voluntarios informes, por ejemplo, en el ejercicio de funciones de control de la vida del suspenso, por delegación de la autoridad judicial*”.

²⁰⁴ El diseño del órgano de la administración concursal ha podido revestir distintas formas según el panorama económico y el diseño que haya podido optar el legislador según el momento, atendiendo a tres circunstancias fundamentales: los requisitos subjetivos de nombramiento, la estructura del órgano y el sistema de elección. El elemento más importante es aquel que establece los requisitos subjetivos, relativos a aquellas características personales específicas que integran el órgano. Vid. TIRADO, I., *Nombramiento de los administradores concursales*, *op. cit.*, p. 573, quien identifica cuatro posibilidades teóricas acerca del modelo. El primero, el *modelo público*, según el cual los administradores serían personas integradas, en la estructura de personal de la Administración pública. El *modelo profesional*, compuesto por sujetos especialistas en la gestión de procedimientos concursales. El *modelo acreedor*, que elige a los miembros del órgano entre los titulares de créditos contra el deudor común. El *modelo abierto o semi-abierto*, que sería sinónimo de un mayor o menor nivel de libertad de composición, y donde tienen cabida distintos sistemas: aquellos que no exigen preparación específica, una simple rama profesional o el recurso de especialistas.

sino también, en aquellos aspectos que requieran de la profesionalidad de un experto²⁰⁵, ya aludido.

Este sistema en el que el juez nombra a aquellos administradores técnicos inscritos en una lista inicial expresada en la Ley Concursal en su artículo 27 antes de la reforma²⁰⁶, constituía un sistema necesario en el ejercicio de la competencia judicial, que de no existir, el órgano judicial carecería de un banco de datos de referencia y se vería en la obligación de buscar y reunir la información, con el coste que esto supondría. En este sentido TIRADO²⁰⁷ apunta que no resulta sólo un medio para facilitar el ejercicio de una función concursal, siendo también, un elemento decisivo para completar el modelo de administración escogido por el legislador.

Con el artículo 29 de la LCon, se establece aquellos requisitos que la administración concursal deberá cumplir en lo que a la aceptación del cargo se refiere, convirtiéndose esta en una condición de eficacia de la resolución judicial donde se determina su nombramiento, y que en palabras de TOMÁS TOMÁS²⁰⁸, *“se trata de una conditio iuris de carácter suspensivo que sólo se cumple mediante un acto unilateral de aceptación, con la perfección de esta aceptación quedará del todo constituida la administración concursal, pudiendo ejercer sus funciones establecidas en la normativa concursal con aquellos efectos retroactivos desde el momento en que se dictó el auto de declaración de concurso”*.

²⁰⁵ En este sentido, *cfr.* TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Navarra, Cizur Menor, 2005, p. 399, señala: El nombramiento judicial no consiste en la elección aleatoria, mecánica de un candidato de entre los inscritos en una lista. No siendo posible la aplicación de un sistema automático de selección como el previsto en la normativa procesal general para la designación de peritos (art. 341 de la LEC). El juez recibe la competencia por varios motivos, entre los que se encuentran los funcionales y de conveniencia temporal. Pero no son los únicos; de hecho, la propia configuración de la administración concursal exige una actividad intelectual ponderada del juez. La propia Ley, establece una serie de requisitos técnicos mínimos para poder optar al cargo de administrador concursal (o, si se prefiere, para poder integrar una lista de candidatos art. 27.1 y 3 LC), pero, como se ha señalado, se trata de características de preparación y experiencia.

²⁰⁶ *Cfr.* JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal, nombramiento y cese” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, t. I, 2012, pp. 206 a 207.

²⁰⁷ TIRADO, I., “Artículo 27” en ROJO, A.; BELTRÁN, E., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Thomson-Civitas, t. I, 2004, pp. 587 y ss.

²⁰⁸ TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, *op. cit.*, p. 96.

Esta comunicación acerca del nombramiento y la comparecencia ante el juzgado será, como bien señala el art. 29.1 LCon “*por aquél medio más rápido*” y “*dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado...*”. Como podemos observar, no sólo será suficiente con la comparecencia, sino también deberá existir una aceptación expresa; además, se establecerán ciertos requisitos necesarios como: el deber de acreditar que la administración concursal designada tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función (ex art. 29.1 LCon); Al aceptar el cargo, la administración concursal, deberá facilitar al juzgado la dirección postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación (ex art. 29. 4 LCon); En caso de tratarse de persona jurídica, esta al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo (ex art. 30.1 LCon).

Una vez nombrada la administración concursal por autoridad judicial, deberá tenerse presente dos factores necesarios: el primero, aquello dispuesto por el art. 28 LCon en relación a incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que inciden también en el supuesto de los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), de fondos de garantía de depósito y del Consorcio de Compensación de Seguros. Un segundo aspecto relevante será aquél establecido por el art. 35 de la LCon en relación al ejercicio del cargo, ya que una vez aceptado este, el designado pasa a conformar y atribuirse aquella relación jurídica asumiendo la responsabilidad del cargo.

5.1 El modelo histórico tradicional

El modelo histórico que ha prevalecido desde la codificación mercantil ha sido aquél en el que la administración concursal es representada por los propios acreedores, reunidos aquellos, procedían a la elección de esta administración²⁰⁹ encargados de la gestión y

²⁰⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 15 y ss.

liquidación de la masa activa. Es ahí donde precisamente, la visión de este modelo, radica en una concepción privatista, como afirma ALONSO²¹⁰, donde la solución a la crisis económica se confía a los propios sujetos afectados por ella y que en esa línea decidirán en beneficio de sus propios intereses, minimizando la función de los órganos públicos.

Desde ya, este modelo podría haber parecido ventajoso, por ser los propios acreedores quienes se ocupen de la gestión del patrimonio y sean ellos los interesados en obtener la satisfacción de sus créditos. No obstante, esta pluralidad de acreedores –garantizados, laborales, e incluso no garantizados- harán prevalecer sus propios intereses, por ello, este modelo histórico deberá considerarse divergente y contrapuesto desde toda óptica.

Otro elemento esencial para establecer que el modelo histórico no resulta acertado, es la falta de conocimiento y profesionalización a la hora de gestionar el patrimonio y más aún de liquidarlos, lo que generaría poca objetividad y condicionaría la solución del concurso.

5.2 El modelo público

Este modelo se interpreta a través de ser los funcionarios públicos los elegidos como administración concursal o que estén integrados en la administración pública, bien como funcionario de carrera o personal contratado por la propia administración²¹¹.

Como hemos ido viendo, es difícil encontrar un modelo perfecto que logre reunir los requisitos necesarios a la hora de su elección, pero si aproximamos las ventajas de este tipo de modelo nos encontramos que la confianza en un funcionario público hará que el procedimiento en caso de concurso sin masa o que esta sea insuficiente quede garantizado. Por otro lado, habrá ventajas que estarán cubiertas, como la profesionalización técnica y el apoyo Estatal a través de cooperación con otros organismos institucionales.

Como desventaja, al ser destinados fondos públicos en la solución de los concursos, el impacto sobre los contribuyentes puede ser mayor. Por otro lado, la burocracia estatal, e

²¹⁰ ALONSO LEDESMA, C., “Los modelos de administración concursal” en ROJO, A.; GALLEGO, E.; CAMPUZANO, A., *La administración concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson Reuters, p. 43.

²¹¹ *Vid.* ALONSO LEDESMA, C., “Los modelos de administración...”, *op. cit.*, p. 44.

intromisión política que lograrían retrasar el procedimiento causando así graves perjuicios en los acreedores y propio deudor.

5.3 El modelo privado

Este modelo tiene como característica las múltiples variantes que la integran y que son propias del ordenamiento concursal actual a través del Estatuto Jurídico de la administración concursal, lo que hace de su distinción un modelo jurídico-privado.

Dentro este modelo es necesario advertir, que tipo de estructura mantiene el órgano concursal, debido principalmente a la funcionalidad del mismo, así por ejemplo, en la Ley 22/2003 concursal se optó por un órgano colegiado que a la larga tuvo que ser modificado –Ley 17/2014, de 30 de septiembre- por un órgano unipersonal físico o persona jurídica, por la ventaja en la toma de decisiones y por el coste para el procedimiento.

Así, la opción acerca de una administración concursal persona jurídica resultaría conveniente dada su dimensión, estructura y personal especializado en diversas áreas jurídico económicas. Se evitaría con esto tener que requerir la intervención de auxiliares para complementar los vacíos o lagunas con los que la administración tenga falta de conocimiento.

Acerca del sistema de nombramiento en un modelo privado, los ordenamientos de nuestro entorno²¹² han optado por una designación a través del órgano judicial, de un sistema de listas en el que contenga la relación de candidatos a la elección de administrador concursal. Debiendo considerar que estas listas deban ser reguladas a través de un sistema preciso en el control de acceso del mismo.

²¹² En Francia la designación sólo es atribución del Juez del concurso; en Alemania y Portugal el sistema es mixto, debido a que en determinados casos la autoridad judicial podrá nombrar a un administrador que no figure en la lista y por otro lado, la invalidación de los acreedores, quienes serán los que al final sean quienes procedan a la elección. *Vid.* ALONSO LEDESMA, C., “Los modelos de administración...”, *op. cit.*, p. 55.

5.4 El modelo de la Administración Concursal en la Ley 22/2003 Concursal

El diseño legislativo de la administración concursal debió resolver dos cuestiones en la práctica²¹³: por un lado, la estructura de la administración, y por otro, aquellos requisitos subjetivos para poder ser nombrado administrador concursal. Para la formación de la estructura del órgano concursal, la Ley 38/2011 modificó el artículo 27 LC, que en su primera versión establecía una estructura trimembre²¹⁴, integrada por: Un abogado con experiencia profesional de al menos cinco años; Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional, de al menos cinco años en el ejercicio efectivo; Un acreedor²¹⁵ que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado²¹⁶. Procediendo el juez al nombramiento tan pronto conste la existencia de acreedores en quienes concurren esas condiciones²¹⁷.

²¹³ JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal. Composición del Órgano” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A, (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, T. 1, 2012, pp. 224 y ss.,

²¹⁴ El modelo mixto por el que se optó el 2003, cuyo precedente inmediato era aquel sistema de composición de los interventores y síndicos, cuyo nombramiento recaía en aquella profesionalidad en el ámbito jurídico y económico, frente al ámbito colegiado que presenta la Ley 22/2003.

²¹⁵ La presencia del acreedor expresado en el art. 27.1.3º de la LCon de 2003 era consecuencia de la designación del Juez tan pronto como era conocido la existencia de acreedores en quienes concurrían la condición de ser titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. En contra de este precepto encontramos a ETXARANDIO HERRERA, *Manual de Derecho Concursal*, Madrid, 2ª ed., La Ley, 2012, p. 294, quien critica este apartado señalando que esto es un arcaísmo perteneciente al Derecho tradicional, heredado de la suspensión de pagos, y cuya justificación vigente era, de un lado, la idea de que el acreedor es un empresario práctico con experiencia en la gestión, que podría controlar la honorabilidad y bajo consumo de los administradores, y de otro lado, la potenciación de la figura del acreedor solicitante del concurso necesario. Normalmente el acreedor ordinario no tiene por qué ser un empresario, resultando casi siempre una persona preocupada por los perjuicios económicos que le ocasiona la situación del concursado, y aunque dirija un negocio individual, sus conocimientos y experiencia profesional no están habitualmente próximos al mundo judicial y a la mayoría de los aspectos económicos complicados.

²¹⁶ En esa línea, *cf.* TIRADO, I., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”, *op. cit.*, pp. 574 y ss. quien señala: “Que con este sistema lo que se consigue es una “profesionalización por adición” del órgano: con el jurista se cubren las competencias de naturaleza jurídica, y al mismo tiempo se dispone de una persona capaz de realizar funciones de consultoría legal. El técnico económico aporta los conocimientos necesarios para la investigación en torno a las causas de la crisis empresarial, para la comprensión y análisis de la contabilidad o para todo aquello que implique labores de administración de la empresa insolvente. Por su parte, el acreedor, cumple esencialmente una labor de control de las decisiones de los dos miembros técnicos, que se explica por la falta de previsión de un comité de acreedores. En ocasiones, señala el autor, puede también aportar sus conocimientos en el sector específico en

Tras la modificación de dicho precepto²¹⁸, el Título II de la LCon, establece la regulación acerca de la estructura y nombramiento de la administración concursal, -el art. 26 inicia la formación de la sección segunda que comprende todo lo relativo a la administración concursal: su nombramiento, estatuto, facultades, rendición de cuentas y en su caso la responsabilidad²¹⁹-.

que se ha desarrollado la labor del concursado, algo especialmente importante si se continúa la actividad empresarial del deudor.

²¹⁷ Sobre este tema, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal” en *AA.VV. Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, T. II, 2004, pp. 1323 y ss., donde expresa que el artículo 27 resultaba ambiguo en relación a la experiencia y formación de los profesionales, como resultado de una falta de coherencia en el articulado puesto que no establecía una “formación” en la materia indicada, sino sólo el “compromiso”. Como resultado: una previsión contradictoria o descoordinada con la exigencia general de “experiencia profesional” y “ejercicio efectivo”. Por tanto, ha resultado no del todo clara la forma en la que debería considerarse acreditado aquel “compromiso de formación”. El nombramiento de los profesionales que hayan de integrar la administración concursal -en el momento previo a la reforma- se realiza por el Juez del concurso, entre aquellos que reunían las condiciones y hayan manifestado su disponibilidad para el desempeño de tal función al Registro de Auditores de Cuentas o correspondiente Colegio Profesional; así también YANES YANES, P., “La administración concursal” en, GARCÍA VILLAVERDE, R.; UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003, p. 193, quien señala que la especialización en materias económicas debería de prevalecer sobre aquella especialización jurídica cuando de proveer la Administración concursal única se trate. *Vid.* también MACHADO PLAZAS, J., “La administración concursal” *RJC*, nº 4, monográfico, 2004; ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal, op. cit.*, p. 291, quien realiza una descripción acerca del profesional económico señalando que la auditoría es una actividad consistente, conforme al art. 11 Ley 19/1988 de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos a terceros, lo cual se ejerce mediante inscripción en el Registro de Auditores de Cuentas. No cabe duda que los principios de claridad, responsabilidad e imagen fiel de los auditores de cuentas, son los que conforman el perfil adecuado del perito judicial en el área económica y contable de la empresa. La Disposición adicional 4ª de la Ley de Auditorías estableció la actuación de los auditores de cuentas en la suspensión de pagos, y por extensión, a todos los procedimientos concursales.

²¹⁸ Para el estudio acerca de la evolución de la reforma en relación a la administración concursal en base al proyecto de Ley presentado *Vid.* QUIJANO, J., “Órganos y concurso de acreedores” *RDCP*, La Ley, 2011, pp. 63 y ss. quien señala que en función del proyecto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados IX Legislatura, Serie A, Número 119-1, de 1 de abril de 2011*) se experimentaron profundas transformaciones en el trance de la tramitación parlamentaria una de ellas, el Anteproyecto elaborado por el grupo de expertos, divulgado en diciembre de 2010; comparecencias en el seno de la Comisión de Justicia con competencia legislativa plena, remisión del texto al Senado, con nueva presentación de enmiendas, Dictamen de la Comisión de Justicia, votación en el Pleno y ulterior reenvío final al Congreso, donde se produjo la aprobación definitiva en Sesión Plenaria de 22 de septiembre de 2011.

²¹⁹ Para una apreciación del Derecho derogado, en la quiebra (art. 1321 LECiv 1881), esta se dividía en cinco secciones. La primera, lo relativo al “nombramiento de los Síndicos e incidencias sobre su separación y renovación”, mientras que la sección segunda incluía asuntos relativos a “la administración de la quiebra hasta la liquidación total y reivindicación de cuentas de los Síndicos. En la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 se contemplaba la tramitación de un expediente (arts. 1 y 4 LSP), aunque se refería a la calificación de

Este Título II se completa con dos Reales Decretos: el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, *por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales*²²⁰, y el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, *por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales*²²¹.

Con el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución económica*, se recoge a través de su art. 7 algunos cambios que afectaban a la administración concursal, referidos a su remuneración, en concreto, el apartado dos del citado artículo 7 dio una nueva redacción al art. 34.2 LCon, enumerando aquellos principios a los cuales debía ajustarse el arancel y que desarrollaremos en las próximas líneas. Este Real Decreto como bien hemos podido señalar tuvo su continuación en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la que se reforzó aquellas funciones y responsabilidades de la administración, la norma fue mucho más ambiciosa al llevar adelante una revisión de aquellos requisitos para el nombramiento del administrador, reforma que incluyó la obligación de los administradores concursales de acreditar experiencia en el ámbito concursal para poder integrar las listas de los Decanatos y la suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en el momento de la aceptación, incorporando como bien vimos la figura de la administración concursal persona jurídica y amplió los supuestos de administración concursal única.

una pieza “separada de calificación” (art. 215 LSP). En el anteproyecto de la Ley Concursal de 1983, el procedimiento se dividía en cinco secciones (art. 335). La sección primera comprendía todo lo relativo a la “designación y nombramiento del síndico” (art. 336), mientras que la sección tercera incluía, entre otros asuntos, todo lo relativo “a las funciones interventoras y de administración del síndico respecto del patrimonio del concursado, a la recusación y remoción del síndico, su retribución y rendición de cuentas (art. 338). En el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001 como el Proyecto de Ley Concursal de 2002 se limitaban a indicar que, declarado el concurso, el Juez debía ordenar la formación de la sección segunda, sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se ha incorporado el precepto la relación de materias. Siendo la única diferencia entre el contenido de la Sección segunda que contempla la Ley, y el contenido que contemplaban el Anteproyecto y el Proyecto, es que con arreglo a aquellos textos prelegislativos también debía figurar en esta Sección lo relativo a “los créditos contra la masa”. *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Formación de la Sección Segunda”, *op. cit.*, p. 567.

²²⁰ BOE nº 216, de 7 de septiembre de 2004.

²²¹ BOE nº 241, de 6 de octubre de 2012.

Con todo, el nombramiento de la administración concursal ha dejado de ser una elección que en la Ley Concursal de 2003 devenía aleatoria entre los candidatos inscritos en las listas de personas disponibles, teniendo el juez ese amplio margen de discrecionalidad a la hora de nombrar a aquél que sea más idóneo.

Para el estudio acerca de la composición y miembros de la administración concursal, resultará necesario remitir nuestra atención en el artículo 27 de la Ley Concursal, precepto, que a lo largo de estos doce años de vigencia del ordenamiento concursal ha sufrido modificaciones de consideración desde su inclusión en la ley: El primero, y como ya vinimos exponiendo, con la ley 38/2011 al establecer como regla general, que la administración concursal estará integrada por una sola persona física o jurídica²²², sin distinguir según se trate de procedimiento ordinario o abreviado y que según QUIJANO²²³ es el resultado de un modelo que permitiría una mayor *profesionalización*, eficacia, agilidad y reducción de costes en la actuación del órgano, a la vez que lograría eliminar los problemas colaterales, intensificando las funciones y responsabilidad de los administradores así como de aquellos requisitos para poder acceder al cargo.

La reforma de la Ley 38/2011 introduce dos medidas urgentes, la primera, el establecimiento como norma general de la administración concursal unipersonal, en la que se reduce el número de administradores concursales. Una segunda referida al reconocimiento de aquella posibilidad de que el administrador concursal profesional único sea una persona jurídica, expresado en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 en la

²²² Como excepción a la regla general, el artículo 27 bis (*suprimido por el apartado tres del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*) nombran dos administradores concursales en los siguientes casos: A) *Concursos de especial trascendencia*. A estos efectos, según expone el propio artículo se consideran concursos de especial trascendencia aquellos en que concurra, al menos una de las siguientes circunstancias: 1. Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores en aquel en que sea declarado el concurso; 2º Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros; 3º Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil; 4º Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los ejercicios anteriores a la declaración del concurso. B) Concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, aun cuando no concurran las circunstancias para considerarlo de especial trascendencia, cuando así lo considere el juez de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal.

²²³ QUIJANO, J., “Órganos y concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 59 y ss.

que *“En tanto que alguna de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia”*.

Este nuevo modelo de administración concursal ha supuesto a través de una estructura orgánica un modelo unipersonal, pero al mismo tiempo societarizado²²⁴ y que con la redacción del art. 27 LCon ha querido conferir al administrador concursal persona jurídica. Sin duda el objetivo que se planteó líneas atrás con la modificación de este precepto son en esencia las relativas a la celeridad y reducción de costes de procesos, garantizando aquellas ventajas en un órgano unipersonal y por consecuencia, la profesionalización y societarización parecen ser los objetivos claros de esta reforma de 2011²²⁵.

Las alternativas que fueron propuestas por esta reforma, contemplaron una serie de requisitos como:

1º *“Un abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho concursal”* (art. 27.1.1º), excluyendo de esta manera a aquellos profesionales que ejerzan cualquier otra actividad profesional ajena al ejercicio del derecho teniendo la obligación de estar colegiados como ejerciente en el período mínimo de cinco años. La valoración por parte del juez recaía precisamente en que esa orientación del ejercicio se vea enfocada al ámbito concursal.

2º Un *“Economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal”* (art. 27.1.2º), partiendo de la base en que concurren los mismos requisitos que el administrador concursal

²²⁴ Para un mejor análisis acerca de la societarización de la administración concursal, *vid.* MELERO BOSCH, L., en “Hacia la societarización de la administración concursal” *RDCP*, nº. 15, 2011, pp. 249 a 260.

²²⁵ En esta línea, *vid.* La sentencia AJM 5 Madrid 7 de marzo de 2012, en el que: *“(…) el nombramiento de un administrador concursal persona jurídica; se trata de una sociedad integrada por al menos un abogado y por un auditor; constando la formación en materia concursal y la intervención como administradores concursales de ambos en otros concursos. Se tiene en cuenta de cara al nombramiento el hecho de que la referida persona jurídica cuente con un Consejo Académico integrado por Catedráticos de Derecho Mercantil, al suponer una importante ayuda para la administración concursal”*.

abogado, se deberá hacer referencia a que la especialización requerida no será precisamente en el ámbito jurídico sino en el económico empresarial.

3º Junto a la administración concursal integrada bien sea por el abogado o economista, la propia Ley 38/2011 no preveía de forma explícita, que el administrador concursal único podía ser también una persona jurídica, como bien podía ser el caso de una sociedad profesional en el ejercicio de la abogacía o en su caso una sociedad auditora²²⁶.

4º En aplicación del art. 27.1.2º II LCon, el juez podía designar como administrador concursal a una persona jurídica multidisciplinar en la que “*se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal*”. Como bien señala JUAN Y MATEU²²⁷ la norma está pensada para sociedades profesionales cuyo objeto social sea precisamente el ejercicio de la administración concursal. La ventaja de dichas sociedades, subraya, que permiten reunir en una sola persona las cualificaciones técnico-jurídica y técnico-económica; en cambio en el anterior modelo colegiado de administración concursal, este resultado se alcanzaba por medio de la adición de distintos profesionales. En relación a la “dedicación” que la administración concursal ostente, supondría no sólo la inclusión de dichas funciones en el objeto social, sino también en el desempeño efectivo de las mismas, aunque no resultara necesario el que la ejerzan de forma exclusiva.

Por otro lado, aquellas excepciones que enmarca el art. 27 de la LCon condujeron a un viraje sustancial, puesto que prevén conceptos mucho más amplios acerca de aquellas excepciones en el nombramiento de la administración concursal. En este sentido la Ley 38/2011 en relación a aquellos concursos de entidades sometidas a supervisión incluyeron una serie de casos en que, por la naturaleza del concursado, se prevé algún tipo de intervención de aquellos organismos públicos dentro la composición de la administración

²²⁶ Vid. Artículo. 30.4 LCon en la redacción de la Ley 38/2011, establecía que: “*Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona natural que designe como representante*”.

²²⁷ JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal. Composición del órgano”, *op. cit.* p. 226.

concurzal. *“En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del núm. 2º del apartado anterior (economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal), a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad aquella”.*

Esta relación de requisitos planteados por la Ley 22/2003 muestra la necesidad de contar con un modelo profesional, apartándonos de modelos tradicionales que nacieron en un contexto totalmente diferente al que ahora conocemos. Este nuevo modelo al que hacemos referencia, no sólo deberá contar con la clásica titulación requerida para el acceso. A simple vista, parecería no existir un modelo adecuado o único, debido al rol que desempeña en el concurso. Pero la práctica concursal, ha demostrado que es necesario contar con la debida experiencia en materia de concursos, es decir, un profesional técnico sumado a una formación continua o examen de acceso y que a partir de la Ley 17/2014 se vuelve visible pasando ahora a describir.

6. CUALIDADES SUBJETIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY 17/2014

El último gran cambio legislativo que ha afectado al estatuto de la administración concursal es la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*²²⁸ –procedente del Real

²²⁸ BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014. Esta Ley incorpora novedades en diversos aspectos: a) *Deslegalización de las condiciones para ser administrador concursal, incluyendo la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos;* b) *la creación de una sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados en el Registro Público Concursal, donde deberán inscribirse todas las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos que se exijan, sustituyendo a las actuales listas en los decanatos de los juzgados;* c) *la clasificación de los concursos en función de su tamaño que permitirá establecer aquellos requisitos en atención a la complejidad de cada concurso;* d) *desaparece la discrecionalidad del juez para designar a los administradores concursales, con el fin de que sea el Registro Público Concursal el que proporcione al juez que conozca del concurso el administrador concursal, que*

Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo-, (debiendo dicha modificación entrar en vigor una vez que lo haga su desarrollo reglamentario)²²⁹. Una reforma que lleva consagrada lo dispuesto en el art. 27.1 LC de la reforma de 2011²³⁰, orientada hacia lo que el legislador denomina un modelo posterior de “*corporativización sin profesionalización al de profesionalización sin corporativización*”²³¹.

Una reforma en el que el proyecto del Real Decreto por el que se desarrolla el estatuto de la administración concursal, deroga el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, *por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales*, y que comporta además, la modificación del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre *por el que se regula el Registro Público Concursal*²³² y la nueva sección cuarta de la misma, en la que se han de escribir los administradores concursales donde se pondrá también, un portal de liquidaciones concursales en desarrollo de la disposición adicional segunda de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal*²³³. En general, medidas

además reúna las condiciones exigidas, a través de un sistema de turno correlativo; e) Clasificación acerca de las funciones del administrador concursal agrupadas en un solo artículo; f) Se incorpora un principio de eficiencia a través de un mecanismo de incentivo de remuneración económica para los administradores concursales que fomente la calidad, diligencia y agilidad en las actuaciones.

²²⁹ Acerca de este tema, *cf.* GALLEGO, E., “La –sorpresiva e inadecuada- reforma del régimen de la Administración Concursal”, en ROJO, A., y CAMPUZANO, A., (Coords.) *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, T. II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1575, donde reconoce que el Real Decreto-Ley 4/2014 responde a una necesidad de adaptar nuestros institutos preconcursales a las exigencias de un contexto de crisis económica global, que ha propiciado distintos modelos legislativos de las instancias supranacionales con proyección en el ámbito económico-financiero.

²³⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* ARROYO, I., MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 97. y asienta que: “La reforma de 2011 modificó sustancialmente la regla general sobre el número de administradores: uno en lugar de tres, salvo casos especiales previstos en la propia Ley. Ahora puede decirse que la regla general es la del administrador unipersonal, sea persona física o jurídica, criterios acertados por razones de agilidad, coste y rapidez”.

²³¹ Para un análisis de su alcance, *vid.* España. Ministerio de Justicia y de Economía y de Competitividad, *Memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el estatuto de la administración concursal*, [en línea], disponible en: www.mineco.gob.es/RD. (visto por última vez el 25 de noviembre 2015)

²³² BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013.

²³³ BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015.

orientadas a contener el coste que la propia administración supone para el concurso, a través de la reducción de los miembros²³⁴, y a la mejora de la información y publicidad del procedimiento centralizando el desarrollo del mismo a través del Registro Público Concursal.

6.1 La opción de una administración concursal profesionalizada

El modelo profesionalizado que se pretende ostente la administración concursal se encuentra establecido en el apartado tercero del artículo 27 del Proyecto del Reglamento para el Estatuto Jurídico de la Administración Concursal de 2015²³⁵ donde: *Podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos, podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño. Por su parte, la justificación de la reforma en la Ley 17/2014 acerca de una administración profesionalizada reza: “Se modifica la redacción del artículo 27 con el objeto de establecer criterios que garanticen una adecuada cualificación profesional de los administradores y se objetivan los mecanismos para su designación, siguiendo, con carácter general, un turno rotatorio, con la posibilidad de exigir requisitos adicionales atendiendo en el caso del concurso de gran tamaño”.*

El modelo impuesto no resulta del todo novedoso, por establecer un modelo pretendido con el Anteproyecto de 1983 en el que la administración concursal se concebía como un órgano

²³⁴ La experiencia ha demostrado que aquel sistema de requisitos establecidos con la reforma de 2011 no se aplica de manera homogénea, es decir, que aquella lista establecida en los decanatos no garantizan aquellos conocimientos y aptitudes con los que desarrollar con solvencia las funciones encomendadas para el administrador concursal. El anteproyecto del RD-Ley de 2014 parte de aquellos elementos que impiden una elección adecuada, debido a la restricción del acceso que se tiene por establecerse sólo cuatro profesiones – *abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas*- impidiendo de esta forma que aquellos profesionales con formación en otros campos del conocimiento puedan acceder como administradores concursales (aquellos cinco años que exige la ley como experiencia no quedan circunscritos a ningún área en concreto). La formación inicial y el compromiso de formación continua no significa una garantía de que aquellos profesionales tengan los conocimientos necesarios.

²³⁵ Artículo 27 que aún no ha entrado en vigor hasta que se desarrolle el Reglamento del Estatuto de la Administración Concursal.

individual integrado por administradores concursales debidamente habilitados e inscritos en un Registro establecido en el Ministerio de Justicia y titulares de una organización profesional. Bajo esta línea, lo que el Proyecto ha desarrollado es una administración concursal eficaz en el procedimiento a base de aportar en él una serie de requisitos que le son propios a una administración concursal técnica y de formación práctica²³⁶.

A partir de la Ley 38/2011, se busca que el cargo de la administración concursal sea acreditado mediante una formación especializada (*Vid.* art. 27. 3 LCon) si bien, esto ha significado un paso adelante en la concepción de profesionalización, la reforma en la Ley 17/2014 se limita a acreditar la experiencia y la realización o superación de pruebas o cursos específicos, dejando de lado la formación en materia concursal en su forma sustancial.

En este sentido, no cabría la posibilidad de señalar la experiencia como la suficiencia o realización de cursos en materia concursal, distinción importante que trataría de alguna manera de compensar a través de la superación de pruebas específicas²³⁷, aunque quedaríamos en la duda respecto a lo que sucederá en aquellos concursos, que por su tamaño admita una administración menos formada, elemento que se tendrá que tener en

²³⁶ Acerca de la regulación de los servicios profesionales compatible con el principio general de libre acceso y ejercicio, *cfr.* GALLEGO, E., “La -sorpresa e inadecuada- reforma del régimen de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 1582, *El contenido de requisitos y condiciones para el ejercicio no sólo de la administración concursal, sino también de cualquier otra profesión, así como la elaboración e inscripción de listas, “constituye una restricción a la libre prestación de servicios que promueve el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que supone que la disciplina jurídica a la que deba someterse ha de cumplir las condiciones previstas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, incorporada a nuestro ordenamiento, en una primera fase, a través de las leyes 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (Ley Paraguas) y 25/2009, conocido como Ley Omnibus. El objetivo fundamental de las dos Leyes fue impulsar la eficiencia económica del sector servicios, consolidar en dicho sector las libertades básicas de establecimiento y libre prestación de servicios, y suprimir, y reducir barreras no justificadas, de conformidad con la Directiva de Servicios.*

²³⁷ Acerca de las pruebas específicas en materia concursal, *cfr.* GALLEGO, E., “La -sorpresa e inadecuada- reforma del régimen...”, *op. cit.*, p. 1585, el legislador concursal, a través de establecer ciertas ventajas en la superación de pruebas específicas, adopta el modelo francés, de donde proviene la exigencia de la lista nacional y el requerimiento de la superación de un examen de aptitud para ser inscrito en dicha lista. *Este examen estaría reservado a graduados universitarios en materias jurídicas o económicas. Sin embargo, la admisión al mismo se encuentra supeditada a la realización previa de un período de prácticas con una duración entre tres a seis años.*

consideración para que no exista una discriminación entre concursos por el tamaño de estos.

6.2 La unipersonalidad de la Administración Concursal

El contenido del art. 27 de la Ley Concursal tras la reforma de la Ley 17/2014, establece una administración concursal integrada por un único miembro²³⁸, con la excepción recogida en el mismo articulado en su apartado séptimo relativa a los *concursos en que exista causa de interés público que así lo justifique*, donde el juez, podrá nombrar un segundo administrador concursal a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto, la representación de la administración concursal deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

El legislador ha tratado de adecuar la representación de la administración concursal de acuerdo a la complejidad presentada en el concurso respecto al tamaño del mismo, es lo que viene a señalar ALCOVER²³⁹ cuando entiende que: *“parecería claro que era ilógico establecer tres administradores concursales en todos los caos, incluso para concursos de escasa complejidad, no sería lógico tampoco suponer que cualquier administrador regulado en la Ley concursal anterior se encuentre capacitado para poder hacerse cargo, de cualquier concurso, sea cual sea la complejidad del mismo”*. Este recurso con el que cuenta la Ley 17/2014 no pretende establecer que los concursos de escasa complejidad se asignen a un administrador concursal y los de mayor complejidad a dos o tres según el

²³⁸ A través de la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, una vez iniciado el acuerdo extrajudicial de pagos se llegue o no a un acuerdo, se nombrará como administrador concursal aquél quien haya asumido la función de medidor en el acuerdo extrajudicial según expone el art. 242.2.1º LC.

²³⁹ Acerca de la elección de la administración concursal en función del tamaño, *vid.* ALCOVER GARAU, G., “La designación de la Administración Concursal atendiendo al tamaño del concurso” en ROJO, A., GALLEGO, E., CAMPUZANO, A., (Coords.) *La administración Concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson Reuters, 2016, p. 88.

caso, de lo que se trata, es que exista una única administración concursal, con la salvedad de poseer diferente cualificación en el ejercicio del concurso del que se trate.

En resumidas cuentas, lo que busca la unipersonalidad en la elección de la administración concursal es el proyectar una eliminación de restricciones en el acceso a la administración concursal, es lo que se denomina, una descorporativización, principalmente a lo que a determinadas profesiones se refiere²⁴⁰, aunque sin apartarse del ámbito en el cual los abogados, economistas y auditores de cuentas son los perfiles que se encuentran más

²⁴⁰ Para TIRADO MARTÍ, I., “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 369 las funciones del órgano de la administración concursal son tantas y tan importantes que el posible éxito del concurso está íntimamente ligado a la elección de un modelo orgánico adecuado, por ello, aquel “*diseño*” del órgano ha sido la cuestión más debatida sobre el propio destino del concurso, en ese sentido TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, *op. cit.* pp. 102 y 103 señala que aquellos intentos por buscar una respuesta en el Derecho foráneo tampoco tuvieron sus frutos, dadas las concretas características de cada sistema concursal y su respectiva repercusión en la confección del órgano. Estos distintos modelos fueron estudiados por TIRADO MARTÍ, quien en una primera serie de reformas hacia la unificación de la Ley Concursal de 2003 estableció un *modelo público* en el que la administración concursal estuviera integrada en la estructura del personal de la Administración pública: bien por funcionarios, por personal laboral al servicio público, o incluso, directamente por una empresa pública, como ventaja, se garantizaría la exclusividad a través de un alto nivel de especialización que sería fácilmente transmisible a futuros administradores concursales, elevando de manera paulatina el nivel técnico con menores costes. Como inconveniente presenta la baja productividad ante la falta de estímulo con el consecuente incremento de costes y la atribución a un cuerpo público o personal dependiente de la administración pública, de la tutela de un interés que se ha de regir por aquellos parámetros del libre mercado y no por las consecuencias que la solución concursal pueda tener para la sociedad.

Un segundo modelo basado en la figura del acreedor –modelo imperante para los síndicos en el derecho derogado- en el que la administración concursal estará formada por titulares de créditos concursales, es decir, por acreedores del deudor común cuya pretensión crediticia haya sido incluida en la masa pasiva. El principal problema que plantea este modelo es el interés en la actuación con mayor o menor intensidad o en su caso la formación.

Para el modelo concursal profesional, que es el tercer modelo, incluye sujetos especialistas en la administración de los estados de crisis económica, que cuentan con una formación especializada al efecto compartiendo su actividad profesional con la realización de determinadas actividades de perfil análogo. Fue este modelo el que tomó como referencia el Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983, en el que preveía un sistema unipersonal compuesto por administradores concursales quienes integraban un registro en el Ministerio de Justicia como titulares de una organización profesional. Como beneficio, planteaba la posibilidad de una especialización técnica de sus miembros, por otro lado la reducción de costes consecuencia de la interdisciplinariedad en su formación.

Como un último modelo, se plantea la posibilidad de un modelo abierto, del cual el órgano encargado de la elección escoge a aquella persona que mejor se adapte, a su juicio del autor, a las circunstancias y especialidades del concreto concurso.

Con la Ley 38/2011 se opta por un modelo profesionalizado, en el que se permite al juez, en función de las concretas especialidades del concurso, elegir al administrador que mejor se adapte, según exponía el derogado art. 27.4.1º de la LCon. A través de la reforma de 2014, se introduce en la administración concursal el modelo abierto, compuesto por un único miembro y con la necesaria relación del concurso con la profesionalidad deseada.

orientados en el área. El órgano unipersonal establecido en la norma concursal podrá estar integrado tanto de una persona física como jurídica, y que resultarán adecuadas en función a determinadas circunstancias.

6.3 La Administración Concursal persona física

Podría plantearse ciertas dudas respecto a la designación de la administración concursal que recae en persona física, partiendo de ciertas carencias que este pudiera tener en el transcurso del proceso, debiendo recurrir a terceros que puedan auxiliar en sus funciones, es lo que ALONSO²⁴¹ proyecta como un inconveniente debido a la necesidad de complementar los conocimientos del administrador concursal con los de alguna persona experta en determinadas materias o en relación a cierta actividad en la que el administrador no tuviera suficiente experiencia.

Pero este concepto podría verse minimizado y, a la vez, soslayado con facilidad a través del recurso de terceros, no olvidemos también que para la elección de la administración concursal deberá reunir la debida preparación técnica, experiencia e idoneidad. Por ello, esta opción podría ser del todo válida, más si observamos a países como Alemania y Gran Bretaña donde el administrador concursal es siempre una persona natural. La *Insolvenzordnung* alemana en su §56.1 determina que el administrador de la insolvencia será una persona natural; lo propio que en la *Insolvency Act* del reino Unido en la que los *Insolvency Practitioners* son personas físicas, profesionales de la insolvencia²⁴².

Si se tratase de concursos de tamaño importante, o grandes concursos la Ley 12/1991 de 29 de abril, ofrece la posibilidad de que estos acudan a fórmulas de asociación con el fin de facilitar y desarrollar su actividad a través de la Agrupación de Interés Económico.

²⁴¹ ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la reforma de la Administración Concursal” *op. cit.*, p. 1550.

²⁴² *Vid.* ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la reforma...”, *op. cit.*, p. 1551.

6.4 La Administración Concursal persona jurídica

Con la Ley 38/2011 se mantiene la posibilidad de que la elección de la administración concursal recaiga sobre persona jurídica, designación que así lo establece la Ley 17/2014 en su modificación al art. 27 de la LCon, esto supone de alguna manera que la función de administrador concursal lo pueda desempeñar cualquier tipo de persona jurídica o tipo societario, esto es así, por que la norma no exige un requisito específico o cumplimiento especial, sólo que ésta se encuentre inscrita en la sección cuarta del Registro Público Concursal (*ex art. 27.2 LCon*)²⁴³.

Autores como ALONSO²⁴⁴ proponen de ejemplo de modelo de administración concursal persona jurídica el de la Ley de Auditoría de Cuentas, que regula de manera minuciosa tanto los requisitos de acceso a la profesión de auditor como el régimen de la sociedad de auditoría configurada como una sociedad profesional especial. En consecuencia, lo que se busca es una sociedad persona jurídica con un régimen semejante al de los auditores de cuentas. Resulta interesante proyectar la discusión acerca del reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen al ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia –Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 -.

Por su parte CAZORLA²⁴⁵ atiende a una distinción acerca de los diferentes tipos de sociedades profesionales: sociedades *de o entre profesionales* y *sociedad profesional*, refiriendo esta cuestión a la Ley 2/2007, de 15 de marzo de *Sociedades Profesionales*²⁴⁶,

²⁴³ No cabe duda que la designación de la administración concursal en persona jurídica obtiene cierta ventaja frente al administrador persona física, sin embargo, resultará aconsejable establecer una cierta heterogeneidad en la persona jurídica, a través de encomendar en ella los medios necesarios para la recuperación de la empresa, con ello se deberá exigir que la sociedad que cumpla funciones de administrador concursal se encuentre con la debida especialización técnica.

²⁴⁴ ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la reforma...”, *op. cit.*, p. 1552.

²⁴⁵ *Vid.* CAZORLA GONZALÉZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica”, *RDCP*, La Ley, nº. 17, Sección Varia, 2012, pp. 145 y ss.

²⁴⁶ *BOE* nº 65, de 16 de marzo de 2007.

con la que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad profesional en sentido estricto, es decir, la sociedad externa, dotada de personalidad jurídica propia, cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios profesionales²⁴⁷.

Esta relación entre sociedad profesional y la sociedades *de o entre* no resultan ser estructuras alternativas para un mismo desempeño societario sino que son realidades diferentes. Así, la sociedad profesional, resulta ser aquella forma social imperativa para el ejercicio colectivo en forma asociada de la actividad profesional y enmarcada en la misma *Ley de Sociedades Profesionales*. En contra, aquellas sociedades de o entre profesionales se mantienen al margen de la *Ley de Sociedades Profesionales* refiriéndose a aquellos supuestos de hecho que no se regula en la norma, ya que en ellas la condición de profesional no reside en la sociedad, sino en aquellos socios o profesionales que la integran.

Visto lo anterior, habrá que decantarse por una de las dos posiciones que pretende dar una explicación cabal acerca del asociacionismo profesional en el art. 27 de la LC. El primero, que corresponde a que no solo las sociedades profesionales en sentido estricto, sino también cualquier otra sociedad o persona jurídica que garantice el desarrollo de la función podrá ser elegido administrador concursal. El segundo, aquellos que consideren que deberá entenderse a la sociedad profesional en sentido estricto, reguladas por la Ley de Sociedades Profesionales²⁴⁸. Si interpretamos que este artículo opta por la persona jurídica como administrador concursal favoreciendo el ejercicio de esta función a través de una pluralidad de profesionales que cuenten con la formación y experiencia necesaria, entenderemos que la persona jurídica corresponde a un término genérico, en el que la sociedad profesional no

²⁴⁷ Vid. Artículo 1 Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales (BOE nº 65, de 16 de marzo de 2007) señala: “*Que las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente ley*”. “*A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*”. “ (...) *A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente*”.

²⁴⁸ En ese sentido, vid. HURTADO IGLESIAS, S., “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *RDCP*, nº. 14, 2010, p. 18.

es el resultado de una sociedad en concreto sino una congruencia de distintos tipos sociales existentes en la legalidad de la sociedad²⁴⁹.

Si bien la elección del administrador concursal podrá realizarse a través de la persona física²⁵⁰ o jurídica, el numeral dos del art. 27 de la LC describe que: “*Únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores*

²⁴⁹ A partir de la reforma concursal imperada en 2003, se rompe aquel vacío acerca de la representación jurídica en la administración concursal, pues ni la Ley de Suspensión de Pagos, ni el Código de Comercio de 1885 y de 1829 se habían pronunciado al respecto. La propia LSP se pronunciaba en torno a la naturaleza individual o colectiva del interventor no auditor, señalando que debía ser un acreedor del primer tercio de la lista de titulares de créditos contra el suspenso.

El precedente próximo de la Ley Concursal la encontramos en la propuesta de 1995 que establecía la aceptación al nombramiento de la persona jurídica como síndicos e interventores, pero se instauraba la obligación de manifestar la identidad de una persona natural que ejerza las funciones en su nombre (art. 32.1). Fue entonces que la justificación de la presencia de la persona jurídica en la administración concursal se traduce en el tamaño, como bien expusimos líneas atrás, y que de alguna manera posibilitan el acceso a mejores infraestructuras; además de facilitar la interdisciplinariedad, con la inclusión de especialización por ramas de actividad; facilita también el traspaso de experiencia y de técnicas adquiridas. Como desventaja, aunque no resulte demasiado relevante, podría verse afectada la relación entre la administración concursal y el juez del concurso debido a que el contacto continuado es dañado por el cambio de personal en la sociedad o en la medida en que exista un cambio de titularidad en la persona jurídica que afectaría de algún modo el control del juez sobre el órgano, en función de la continuidad en las condiciones de preparación como en el tema de incompatibilidades.

Ahora bien, el nombramiento de la persona jurídica precisa la designación de una persona física quien la represente, según expone el art. 30 de la LC. La representación orgánica de la persona jurídica designada administrador concursal deberá comparecer ante el juez con el fin de aceptar el nombramiento, a su vez este portavoz legitimado deberá comunicar al juez la predisposición de representación de la persona jurídica. La comunicación, en ningún momento formará parte de la aceptación, que en el caso del administrador persona física la aceptación es una condición de eficacia para el nombramiento, en la que una vez prestada, el aceptante pasa a formar parte del órgano de administración. En el caso de la persona jurídica, existirá una condición ulterior que permita la eficacia en el nombramiento, por ello, la sola aceptación de la persona jurídica no resultará suficiente para adquirir la condición de órgano, siendo necesario, como se mencionó, comunicar el nombre de la persona física de manera efectiva y de forma permanente.

La administración concursal persona jurídica se encuentra sometida a las mismas instancias y reglamentos que los administradores personas físicas (incompatibilidades y prohibiciones), pudiendo el juez nombrar administrador concursal a cualquier persona jurídica inscrita en el Registro Público Concursal de la sección cuarta, en este sentido podrá formar parte del órgano administrativo una asociación, una fundación, una sociedad civil, una sociedad mercantil, sea de capital (anónimas, imitadas, comanditaria por acciones) o personalista, una sociedad cooperativa, una mutua de seguros o una agrupación de interés económico.

El párrafo segundo del art. 30 de la LC da cuenta de que las personas jurídicas designadas se someterán al régimen descrito anteriormente y que se encuentra previsto en el art. 28 de la misma ley, y aunque el texto legal sólo establezca las referencias acerca de estos dos regímenes cabe señalar que entran a formar parte de manera tácita aquellas inhabilitaciones establecidas en el ex art. 28 de la LC.

²⁵⁰ Cuando la administración concursal esté integrada por un solo miembro persona física, este decidirá de forma individual sobre los asuntos de su competencia.

de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso”.

La realidad y la práctica ha demostrado que la formación de la administración, se basa en un criterio de cumplimiento laxo, un ejemplo de ello es el Registro de Economistas Forenses, que con treinta horas de formación inicial y veinte de formación continua anual para así dar por cumplidos los requisitos exigidos, es decir, el acreditar un número tan bajo de horas no garantiza ni mucho menos los conocimientos mínimos y necesarios para el desarrollo de garantías laborales de la administración concursal. Por ello, la nueva reforma pretende hacer hincapié en el tamaño de las listas de administradores concursales en los Decanatos, que resulta incompatible con el sistema de designación por turno corrido que consagra la Ley 17/2014; un listado infravalorado, ya que sólo se recogen los integrantes pertenecientes a los colegios de abogados y no del resto de corporaciones; por tanto, un listado con un número de administradores que superan al índice que se tiene en la comparativa europea. Como ejemplo, en 2010 en Reino Unido se contaban con 1.746 administradores autorizados o en Francia con 500 administradores concursales, lo que genera en España que un número tan elevado de administradores sea totalmente incompatible con el objetivo de especialización y profesionalización del nuevo sistema basado en turno correlativo; por ello, la nueva normativa establece la especialización de la administración concursal elevando aquellos requisitos de acceso, que logren de manera eficaz mantener unos niveles de rotación de concursos garantizando la acumulación de experiencia y remuneración adecuada.

7. EL SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Llegados a este punto, se reconoce a una administración concursal unipersonal sea persona física o jurídica²⁵¹ inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal, y que para su designación se procederá mediante turno correlativo, manifestando al tiempo de solicitar su inscripción en dicho registro, o con posterioridad, su voluntad de actuar en el ámbito de

²⁵¹ En el caso de la designación de una administración concursal persona jurídica, deberá designarse la persona física que la represente (art. 30.1 LCon).

competencia territorial del juzgado que lo designe, siendo la primera designación de la lista mediante sorteo.

7.1 La designación de la Administración Concursal por turno correlativo

El sistema de designación de la administración concursal por turno correlativo posee la influencia debida de la clasificación de los concursos por el tamaño del mismo, (se descarta la posibilidad de una designación en función al concurso ordinario y abreviado establecido en la originaria Ley 22/2003 Concursal, art. 27.2.3º) debiendo a tal fin, establecerse reglamentariamente dicho concepto para tener en consideración las características propias de la definición del tamaño del concurso (*ex art 27 LCon tras la reforma de la Ley 17/2014*).

Dicho lo anterior, existirán otras variantes establecidas en el art. 27 de la LCon que afecten a la designación y que no se basan precisamente en el tamaño del concurso; nos referimos a aquellos concursos de entidades de crédito, donde el juez nombrará como administración concursal aquellos propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante FROB). Igualmente nombrará como administración concursal de entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de concursos de entidades sujetas a su supervisión o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de las entidades aseguradoras (*ex art. 27.6 LCon*).

Por otro lado, estarán también aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, pudiendo el juez discrecionalmente o a *instancia de un acreedor de carácter público* nombrar como segundo administrador concursal a una Administración Pública debiendo recaer la designación en un empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, siendo su régimen de responsabilidad el específico en la legislación administrativa (*ex art. 27.7 LCon*).

El art. 22 del Proyecto de modificación del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, *por el que se regula el Registro Público Concursal* establece que el registro ordenará por lista a los administradores concursales inscritos en la sección cuarta mediante la aplicación

de los siguientes criterios: ámbito territorial de actuación declarado y cumplimiento de los requisitos que determinan el tipo de concurso según su tamaño en el que puede ser designado, de manera que para cada provincia existirán tres listados de administradores concursales en función del tipo de concurso en los que puedan ser designados: administración concursal de concursos de tamaño medio y otros de gran tamaño²⁵².

En este contexto, el Juez del concurso solicitará al Ministerio de Justicia, del que depende el Registro Público Concursal, señalando el tamaño del concurso, debiendo a través de este Registro comunicar a la administración concursal en turno correlativo que corresponda de los que actúen en la circunscripción del órgano judicial a efectos de su nombramiento. Esta designación, como viene a señalar DEVESA²⁵³ además de obligar a una comunicación rápida deberá también adecuar las previsiones legales necesarias, porque no parece que pueda identificarse el elegido en el auto de declaración de concurso (art. 21.1.2º LCon).

7.2 La designación de la Administración Concursal en función al tamaño del concurso

La designación de la administración concursal en función al tamaño del concurso resulta a simple vista ambigua y, a la vez, poco efectiva, esto sería así debido a que la alteración en turno según el tipo de concurso provocaría una desnaturalización en el sistema, pudiendo dejar en la discrecionalidad del juez dicha designación en detrimento de los demás administradores inscritos en la lista única. La solución, poco acertada, daría cuenta de encontrar una limitación en la participación de concursos en los cuales puede ser designado el administrador concursal, que a la vez resulta un simple paliativo pero no una reforma objetiva y esperada.

La distinción entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande para la designación de la administración concursal se fijará reglamentariamente. En el proyecto de reforma al estatuto del administrador concursal, se decreta aquellos umbrales necesarios para clasificar

²⁵² FUENTES DEVESA, R., “La designación por turno. La designación judicial” en ROJO, A.; GALLEGO, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 210.

²⁵³ FUENTES DEVESA, R. “La designación...”, *op. cit.*, p. 210.

el concurso según su tamaño, así, se señala que: por concursos de pequeño tamaño concurrirán al menos los siguientes requisitos: a) *Que el número de trabajadores empleados no exceda de los nueve en el momento de la declaración del concurso;* b) *Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores;* c) *Que la estimación inicial del pasivo no supere el millón de euros;* d) *Que la valoración inicial de los bienes y derechos no supere el millón de euros;* e) *Que la cifra de negocios anual no exceda del millón de euros en el momento de la declaración del concurso. Y para el caso de concurso de personas naturales, estos tendrán la consideración de concursos de pequeño tamaño.*

Por concurso de tamaño medio, se establecen requisitos como: a) *Que el número de trabajadores empleados se sitúe entre los diez y cuarenta y nueve en el momento de la declaración del concurso;* b) *Que la lista presentada por el deudor incluya entre cincuenta y cien acreedores;* c) *Que la estimación inicial del pasivo sea superior al millón de euros y no exceda los diez millones de euros;* d) *Que la valoración inicial de los bienes y derechos sea superior al millón de euros y no exceda los diez millones de euros;* e) *Que la cifra de negocios anual sea superior al millón de euros e igual o inferior a los cinco millones de euros en el momento de la declaración del concurso*

Para el caso de los concursos de gran tamaño: a) *Que el número de trabajadores empleados sea igual o superior a los cincuenta en el momento de la declaración del concurso;* b) *Que la lista presentada por el deudor incluya más de cien acreedores;* c) *Que la estimación inicial del pasivo sea igual o superior a diez millones de euros;* d) *Que la valoración inicial de los bienes y derechos sea igual o superior a diez millones de euros;* e) *Que la cifra de negocios anual sea igual o superior a cinco millones de euros en el momento de la declaración del concurso.*

Llegar a establecer aquellos umbrales específicos o en su defecto, determinantes para conocer el tamaño del concurso parece una tarea nada fácil, donde, para llegar a conocer un alcance de manera concreta habrá que tenerse en cuenta varios aspectos como que: el concurso medio en España es muy pequeño, en coherencia con la composición del tejido productivo español en el que predominan de manera acusada microempresas.

Otro aspecto sería el de la clasificación aplicable en las Comunidades de España, es decir que se reconocerá que el tamaño medio de los concursos como Barcelona, Valencia y, especialmente, Madrid en el que resultaran ser mayores que otras, debiendo la aplicación de estos parámetros ser aplicable en toda España²⁵⁴.

En caso de concurso de entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el FROB. Igualmente, nombrará administradores de entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de concursos de entidades sujetas respectivamente a supervisión o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de las entidades aseguradoras.

Esta es la excepción propuesta al modelo general de la administración concursal, que a grandes rasgos no difiere en mucho a la establecida antes de la reforma, estará compuesto por aquellos casos en que, por la naturaleza del concursado, se prevé la intervención de organismos públicos. Esta intervención deviene de aquella complejidad del concurso, y que afecta a los intereses de un elevado número de personas, y donde la trascendencia pública posee relevancia. Con ello, la conveniencia de que sea un organismo público el que actúe como técnicos especializados, propuestos por los organismos públicos, garantiza de esta manera la preparación necesaria e intervención de la administración.

²⁵⁴ Se deberá tomar en cuenta que el tamaño del concurso únicamente proporciona una aproximación a aquella complejidad sin que de esta resulte una finalidad determinante. *Vid.* Ministerio de Justicia, *op. cit.* p. 37, por tanto, será necesario que para el buen desarrollo del procedimiento la administración concursal esté más experimentada además de contar con los medios materiales y humanos necesarios, estableciéndose necesarios aludir a los siguientes aspectos: a) La dispersión geográfica nacional o internacional de los bienes, derechos y unidades productivas del deudor, que puede provocar el que sea necesario que el administrador concursal cuente con un mayor equipo; b) La naturaleza de algunos de los instrumentos financieros, como valores de renta fija o acciones cotizadas, que puedan aumentar la dispersión y el número de acreedores sujetos a especialización; c) La especial naturaleza del concursado, esto es, entidades de créditos, de seguros u otras entidades sujetas a supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Este tratamiento diferenciado se coordina con las especialidades en la designación de la administración concursal; d) Aspectos de especial complejidad en la gestión de procedimiento concursal, y en concreto los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales y los concursos conexos. En relación a los primeros, la experiencia señala que la existencia de este tipo de procedimientos eleva sustancialmente la complejidad de los concursos. En relación a la segunda circunstancia, resulta de la necesidad de analizar relaciones intragrupo y estructuras societarias complejas; e) El interés público del concursado por su estructura propiedad o los servicios que presta, que también justifica la especialidad en la designación de la administración concursal.

Siguiendo a ROJO²⁵⁵, el estudio pormenorizado de aquellas alternativas sujetas a la designación de la administración concursal pública, que se produce en aquellas entidades relacionadas con mercados secundarios oficiales de valores o de instrumentos financieros se tendrá: a) *Una sociedad que emita valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario u oficial. En este caso, los mercados relevantes al efecto son las bolsas de valores, el mercado de deuda pública anotada, el mercado de derivados y todos aquellos que, reuniendo las características exigidas por la legislación del Mercado de Valores, sean autorizados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Ministerio de Economía o Comunidad Autónoma;* b) *Aquellas entidades encargadas de regir la negociación de los valores e instrumentos negociados, como ser aquellas sociedades rectoras de las Bolsas²⁵⁶ y de los mercados sobre derivados. Se explica la excepción cuando caigan en concurso aquellas entidades encargadas de regir la compensación o liquidación de los activos financieros: la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de los valores y aquellas que puedan crearse o existir con idéntico cometido en el ámbito autonómico;* c) *Una empresa de servicios de inversión, relacionadas en el campo de la sociedades de valores, las agencias de valores y las sociedades gestoras de carteras.* El nombramiento se realizará por el juez, pero tras la comunicación de la identidad de la persona por la *Comisión Nacional del Mercado de Valores*. En este caso, el juez no entrará a valorar la adecuación técnica de la persona propuesta, debido a que se trata de una labor del organismo proponente; sin embargo el juez deberá comprobar que se cumplen aquellos requisitos legales exigidos (capacidad, ausencia de inhabilitación e incompatibilidades). Deberá tenerse en cuenta que tanto el miembro del personal de la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* como aquel tercero por ella

²⁵⁵ En este sentido, *vid.* ROJO, A.; BELTRÁN, E., *Comentarios a la Ley Concursal*, *op. cit.*, pp. 581 y ss.

²⁵⁶ *Vid.* art. 48 Ley 24/1988, de 28 de julio, *del Mercado de Valores* donde: “Las Bolsas de Valores estarán regidas y administradas por una sociedad rectora, según lo dispuesto en el artículo 31 bis, que será responsable de su organización y funcionamiento internos, y será titular de los medios necesarios para ello, siendo éste su objeto social principal. Dichas sociedades podrán desarrollar igualmente otras actividades complementarias. Las acciones de dichas sociedades serán nominativas. Tales sociedades deberán contar necesariamente con un Consejo de Administración compuesto por no menos de cinco personas y, con al menos, un Director General. Dichas sociedades no tendrán la condición legal de miembros de las correspondientes Bolsas de Valores y no podrán realizar ninguna actividad de intermediación financiera, ni las actividades relacionadas en el artículo 63”.

designado (auxiliar) adquieren la condición de administradores en nombre propio; y por lo tanto, serán representantes del organismo público.

Cuando el concursado resulta ser una entidad de crédito²⁵⁷ o entidad aseguradora la composición del órgano afecta al miembro acreedor, por consiguiente, en este tipo de concursos será nombrado administrador concursal el Fondo de Garantía de Depósitos; en la insolvencia de las entidades aseguradoras será nombrado aquel representante perteneciente al Consorcio de Compensación de Seguros, estos podrán designar a una persona natural que integre la organización, debiendo esta reunir aquellos requisitos exigibles a los administradores, establecidos en el art. 27 de la LCon.

7.3 El procedimiento abreviado y la elección de la Administración Concursal

Cuando el concurso de acreedores no revista una especial complejidad debido a las circunstancias que en él concurren como: Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores; que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros o que la valoración de los bienes y derechos no alcance a los cinco millones de euros (*ex art. 190 LCon*)²⁵⁸, estaremos frente a un procedimiento concursal abreviado²⁵⁹ que tiene como característica esencial la reducción de tiempos y plazos en la tramitación, además de la flexibilización²⁶⁰.

²⁵⁷ A efectos de estudio, el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, ley que deroga el RD-Legislativo de 28 de junio de 1986, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las comunidades europeas se entenderá por entidad de crédito aquella empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas y que lleven aparejada la obligación de restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

²⁵⁸ Artículo 190 de la LCon en relación al procedimiento abreviado fue modificado mediante la Ley 38/2011 de Reforma Concursal.

²⁵⁹ Resulta muy interesante la apreciación de la que se deriva si efectivamente el procedimiento abreviado constituye un verdadero procedimiento concursal o una simple especialidad respecto al ordinario, en ese sentido, *cfr.* SUÁREZ VÁZQUEZ, C., “Algunas cuestiones polémicas en relación con el procedimiento abreviado” en MARTÍN MOLINA, P., (Coord.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, Dykinson, 2014, [en línea], disponible en: <http://app.vlex.com.biblioteca5.uc3m.es/#ES/vid/552391058> (visto por última vez el 17 de julio de 2016), Viene a reconocer que: “*El actual artículo 190 LCon elimina de su título la condición de necesario en el ámbito de aplicación del procedimiento, de modo que ahora será discrecional en algunos casos y en otra obligatoria para el juez del concurso. (...) Si antes se exigía la*

Así mismo, señala el art. 190.2 LCon que: *“tendrá la misma consideración cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y pasivo; y será de necesaria aplicación el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo”* .

La apertura del procedimiento abreviado deberá plantearse desde un inicio, así será más fácil establecer el procedimiento en función a la documentación aportada por el deudor que se ajuste a lo establecido en el art. 190 de la LCon. Además de ello, el Juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, podrá en cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

Las modalidades del procedimiento abreviado se basan en su contenido, así, el art. 191 LCon corresponde a las especialidades en la fase común donde la administración concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los quince

conurrencia de dos requisitos de manera acumulada, ahora se permite la tramitación abreviada, sometiéndola a la conveniencia de hacerlo, a una valoración del juez del concurso. Por tanto la LCon impondrá la tramitación abreviada cuando el deudor presente, junto a la solicitud de declaración judicial de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta vinculante de adquisición de unidad productiva. Por tanto, sólo en este último caso es imperativa la aplicación del procedimiento abreviado, y ello tiene sentido si atendemos a las características de la adquisición de unidad productiva que ya se propone en la solicitud, puesto que se produce un solapamiento entre la fase común y la de liquidación, y además ésta última viene condicionada por la enajenación de los activos”.

²⁶⁰ Acerca del procedimiento abreviado, *cfr.* CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.* pp. 129 y ss. reconoce que la intención primaria del legislador concursal del año 2003 no ha tenido el éxito esperado, toda vez que la mayoría de los deudores concursales acuden al procedimiento concursal ordinario, olvidando que tienen este remedio más económico en tiempos y costes. *Vid.* también MARTÍNEZ ARESO, A., “El procedimiento abreviado”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES Y PRENDES, (Coords.), *La reforma concursal*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 339 y ss.; HERRERO PEREZAGUA, J., “procedimiento abreviado” en BELTRÁN, E.; GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 2423 y ss.

días siguientes a la aceptación del cargo; respecto al informe previsto en el art. 75 LCon la administración concursal deberá presentar el mismo en el plazo de un mes. Se reduce a la mitad, cinco días, el plazo establecido para que la administración concursal practique la comunicación prevista en el art. 95.1 LCon.

El artículo 191 *bis* de la LCon, que corresponde a la segunda especialidad, consiste en la solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio, en este sentido, el juez se pronunciará sobre la admisión a trámite de la propuesta de presentada por el deudor con su solicitud, debiendo la administración concursal evaluar la propuesta dentro el plazo de diez días.

Por último, una tercera especialidad del procedimiento abreviado, establecido en el art. 191 *ter* LCon, acerca de concurso con presentación de plan de liquidación de acuerdo a lo previsto en el art. 190.2 LCon, donde el juez acordará de inmediato la apertura de a fase de liquidación, y donde el informe de la administración concursal deberá incluir el inventario de la masa activa del concurso.

Si bien a través de la estructura jurídica reconocida en el procedimiento abreviado flexibilizamos tiempos, desde ya, nos vamos a encontrar con un problema; el tener que designar a la administración concursal acorde con el art. 27. 4 de la LCon, que se adapte a esta estructura en función al tamaño del concurso.

Desde todo punto de vista esto resulta complejo, y aunque por las características del procedimiento abreviado podríamos estar ante un proceso de tamaño pequeño, lo cierto es que al nombrar a la administración concursal en función al listado inscrito en la sección cuarta del Registro Público Concursal debería recaer en aquella administración “pequeña” como señala ALCOVER²⁶¹ con lo que existiría una cierta incongruencia debido a que no puede haber equivalencia total entre concurso de pequeño tamaño y procedimiento

²⁶¹ ALCOVER GARAU, G., “La designación de la Administración Concursal atendiendo al tamaño del Concurso” en ROJO, A.; GALLEGOS, E.; CAMPUZANO, B.; *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 99.

abreviado porque este último puede o debe aplicarse a concursos con determinadas características con independencia de su tamaño.

7.4 Concursos conexos y la Administración Concursal

Tras la aprobación de la Ley 38/2011 de reforma concursal se introduce un nuevo Capítulo III en el Título Primero, integrado por los arts. 25, 25 *bis* y 25 *ter*, en el que se regula los concursos conexos²⁶², reforma que va orientada en la necesidad de proponer soluciones al concurso de sociedades vinculadas²⁶³ y que no se reduce de forma genérica a la terminación de los distintos concursos en una sola sentencia, sino a que la conexión que pretende el legislador sea funcional o patrimonial de los concursos iniciados, se desarrolle a través de una coordinación procedimental que implique la solución del mismo.

La legitimación prevista en la Ley Concursal para solicitar la acumulación inicial corresponderá, tanto si es acreedor de varios deudores en situación de insolvencia, como los deudores que voluntariamente soliciten el concurso, Así el art. 25.1 LCon declara: *Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente*

²⁶² Acerca de los concursos conexos *cfr.* GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Concursos Conexos” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, t. I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 635 y ss., quien expone: “*La coordinación entre procesos concursales frente a un determinado tipo de deudores resulta conveniente en aras de evitar trámites y gastos innecesarios. Este el caso de los concursos dirigidos frente a varias o todas las empresas pertenecientes a un grupo; de los que afectan a dos personas físicas casadas o unidas por vínculo análogo, y de los que alcanzan a sociedades personalistas y a sus socios subsidiariamente*”, *Vid.* también, GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, J., “La acumulación de concursos”, *ADC*, n° 20, 2012, pp.109 y ss.; FUENTES NAHARRO, M., *Grupo de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, 2007, pp. 490 y ss.; VÉLAZ NEGUERUELA, J., “Concursos conexos y conclusión del concurso por insuficiencia de masa tras la reforma de la Ley Concursal” [en línea], disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Concursos-conclusion-insuficiencia-Ley-Concursal_11_371305005.html. (visto por última vez el 17 de junio de 2016).

²⁶³ *Cfr.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y FUENTES NAHARRO, M. “Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil”, [en línea], disponible en: http://eprints.ucm.es/14543/1/Reforma_concursal_y_grupos_sociedades.pdf. (visto por última vez 22 de junio de 2016). “*Resultan diversos los intereses que confluyen es sentidos opuestos sobre las consecuencias del concurso de una o más sociedades integradas en un grupo, así, determinados acreedores de sociedades insolventes encontrarán en la atracción global del conjunto del grupo al concurso una más probable satisfacción de sus créditos*”.

responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades.

En el supuesto en que sea el acreedor quien solicite el concurso conexo de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonio o forman parte del mismo grupo de sociedades. El Juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.

Respecto a la acumulación de concursos ya declarados, el art. 25 bis de la LCon amplía la iniciativa procesal a cualquiera de los concursados o a la administración concursal quienes podrán solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos.

En cuanto la designación de la administración concursal, que es el caso que nos interesa, el juez competente para la tramitación podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una administración concursal ya existente (*ex art. 27.8 LCon*).

La designación de auxiliares delegados tendría una connotación distinta a la que pretendiera dar el legislador, es decir, que deberá entenderse como un *otro administrador concursal* elegido por el juez de lo mercantil de las mismas listas presentadas en la sección cuarta del Registro Público Concursal²⁶⁴. Por otro lado, la elección del administrador concursal único que propone el articulado, debía configurarse una vez se unificara las masas de las distintas sociedades concursadas, para así corresponder su nombramiento a una administración de tamaño pequeño, mediano o grande²⁶⁵. Si aplicamos esta regla a lo dispuesto en el *Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal* como

²⁶⁴ *Vid.* ALCOVER GARAU, G., “La designación de la Administración Concursal atendiendo al tamaño del concurso”, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

²⁶⁵ *Vid.* ALCOVER GARAU, G., “La designación de la Administración...”, *op. cit.*, p. 103.

señala ALCOVER²⁶⁶ determina, que los concursos de grupos de sociedades son concursos de gran tamaño, entonces quedaría la duda al respecto de establecer los que pasaría en un concurso conexo de sociedades que cuenten con un pasivo y activo mínimo o escaso.

8. PUBLICIDAD. EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL

La necesidad de la publicidad del concurso de acreedores resulta ser necesaria y esto es así por el carácter universal del mismo, donde se exige que el conocimiento de su declaración y su tramitación sea conocida a todos los posibles interesados²⁶⁷. Por ello, la Ley 22/2003, de 9 de julio, presta especial atención a la publicidad del concurso²⁶⁸, que ha de permitir a estos conocer no sólo la existencia de un concurso que les afecta, sino también la de todas las resoluciones que se aprueben a lo largo del proceso concursal y de las anotaciones que se han de practicar en los registro públicos jurídicos de personas y bienes²⁶⁹.

La necesidad de reforzar el papel del Registro Público Concursal, hizo que el legislador modificara la previsión del art. 198 de la LCon a través del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica* implementando dos funciones informativas en las que: *“El Registro Público Concursal será accesible de forma gratuita en Internet y publicará todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones*

²⁶⁶ ALCOVER GARAU, G., *Ibidem*, p. 103.

²⁶⁷ *Vid.* SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012 [JUR 2012/209688] *“Como ya se ha señalado en autos de 18 de julio de 2011 y 27 de abril de 2012, una de las principales novedades introducidas en la Ley Concursal por el Real Decreto-ley de 27 de marzo de 2009 fue el establecimiento de un nuevo régimen de publicidad, que, en gran medida, se hace pivotar sobre un Registro Público Concursal, de nuevo cuño, cuyo objeto, tal como se especifica en la disposición adicional tercera de la meritada norma es “dar publicidad y difusión de carácter público a través de un portal en Internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, de todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de la Ley 22/2003”.*

²⁶⁸ Con la Ley 22/2003 Ley Concursal, art. 198 establece en un solo párrafo acerca del Registro Concursal en el que: *Reglamentariamente se articulará un procedimiento para que el Ministerio de Justicia asegure al registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales, en los casos previstos en esta ley”.*

²⁶⁹ Acerca de la normativa jurídica del Registro Público Concursal, *vid.* SANJÚAN, E., “El Registro Público Concursal”, en ROJO, A.; GALLEGU, E. y CAMPUZANO, A. (Coords.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 146.

de esta Ley. También serán objeto de publicación las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como de las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil". Esta medida aplicada, pronto tuvo su matización mediante la Sentencia de 28 de marzo de 2007²⁷⁰, como expone SANJÚAN²⁷¹ determina la nulidad de determinados preceptos estableciendo su finalidad como un sistema de publicidad.

Posterior a esta reforma nos encontramos con la Ley 38/2011, de 10 de octubre *de reforma concursal* que viene a modificar el artículo 24 relativo a la publicidad registral y la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, modifica la Ley Concursal para añadir un nuevo Título X que regula los llamados acuerdos extrajudiciales de pagos, para cuya publicidad se crea una nueva sección en el Registro Público Concursal.

En medio de este período de reformas, el legislador promulga el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, *por el que se regula el Registro Público Concursal*²⁷² con la intención de dotar al Registro de una unidad de información, de tal forma que tanto las resoluciones procesales que se adopten a lo largo del proceso concursal, como las que implican la apertura de las negociaciones para alcanzar acuerdos extrajudiciales y su finalización y los asientos registrales derivados de los mismos encuentren un punto de encuentro a efectos de su publicidad.

La puesta en marcha y el mantenimiento del Registro corresponderán al Ministerio de Justicia, que encomienda su gestión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. En lo que se refiere al funcionamiento del

²⁷⁰ STS de 28 de marzo de 2007, por la que se anulan los arts. 323.1, 2 y 3 y 324 del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por el art. 10 del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre la publicidad de resoluciones concursales.

²⁷¹ SANJÚAN, E., "El Registro Público Concursal", *op cit.*, p. 147.

²⁷² BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013.

Registro Público Concursal, son los Juzgados, los Registradores Mercantiles, los Notarios y los registros públicos que corresponda, de los cuales procederá, a su vez, la información.

Finalmente, la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* que se deriva del Real-Decreto Ley4/2014, nuevamente procede a modificar el art. 198 de la LCon y que a futuro procederá su entrará en vigor, una vez, lo haga el desarrollo reglamentario del Estatuto Jurídico de la Administración Concursal²⁷³.

Si bien el Registro es considerado como un sistema de publicidad a efectos de cómputo y plazos, esto podría generar algún tipo de contingencias cuando nos referimos a un Registro en que la publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrán un valor

²⁷³ El contenido de la reforma de Ley 17/2014 pendiente de desarrollo reglamentario establece que el contenido del Registro Público Concursal contendrá en el art. 198 acerca del Registro Público Concursal:

1. El Registro Público Concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y constará de cuatro secciones:

a) En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán ordenados por concurso y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el art. 23 de la LCon y en virtud de mandamiento remitido por el Secretario Judicial.

b) En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas e inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en el art. 24, 1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados, culpables y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento.

c) En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización.

d) En la sección cuarta, de administradores concursales y auxiliares delegados, se inscribirán las personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente para poder ser designado administrador concursal y hayan manifestado su voluntad de ejercer como administrador concursal, con indicación del administrador, cuya designación secuencial corresponda en cada juzgado mercantil y en función del tamaño del concurso.

2. La publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrán un valor meramente informativo o de publicidad notoria.

3. Reglamentariamente se desarrollarán la estructura, contenido y sistema de publicidad, a través de este registro y los procedimientos de inserción y acceso, bajo los principios siguientes:

i) Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto, en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución con indicación de los datos registrables cuando aquellas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos.

ii) La inserción de las resoluciones o sus extractos se realizará preferentemente, a través de mecanismos de coordinación con el Registro Civil, el Registro Mercantil o los restantes registros de personas en que constare el concursado persona jurídica, conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente.

iii) El registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo.

iv) El contenido del registro será accesible de forma gratuita por Internet u otros medios equivalentes de consulta telemática.

meramente informativo o de publicidad notoria. Veamos el artículo 96 de la LCon donde para la impugnación del inventario y la lista de acreedores se establece un plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior – *acerca de la publicidad del informe y de la documentación complementaria*- a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados, el plazo de diez días se computará desde la última publicación. En cualquier caso, el juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados. Observaremos entonces que el Registro Público Concursal tiene una doble vertiente, como señala SANJÚAN²⁷⁴, una de contenido procesal y no sustantivo donde es fácilmente comprensible el valor informativo, mientras que la denominada “publicidad notoria” resulta un tanto problemática, junto con los sistemas del art. 23 de la LCon (medios telemáticos de las notificaciones, comunicaciones y trámites)²⁷⁵.

8.1 Inscripción en el Registro Público Concursal de la Administración Concursal

Dentro de este ámbito cabe destacarse aquellos cambios en cuanto a publicidad y transparencia del sistema se refieren, por ello, la nueva modificación al art. 27 con la Ley 17/2014 y su posterior reglamento establecen un examen de acceso, así como la modificación de la sección cuarta del Registro Público Concursal, con ello se lograría, en primera parte, establecer el examen como vía de acceso a una lista única eliminando la heterogeneidad en aquellos criterios para construirlos.

Respecto a la sección cuarta del Registro Público Concursal este deberá funcionar como la principal fuente de información sobre la administración concursal, sustituyendo las listas de los decanatos de los juzgados. Las solicitudes de inscripción en la sección cuarta serán

²⁷⁴ SANJÚAN, E., “El Registro Público Concursal”, *op. cit.*, p. 159.

²⁷⁵ *Vid.* al respecto la STC de 21 de julio de 2014 citada por SANJÚAN, E., “El Registro...”, *op. cit.*, p. 160, sobre la aplicación de plazos del art. 96 de la LCon a efectos de impugnación del informe donde se analiza el tema de las notificaciones: “(...) *Por consiguiente, al ser el demandante de amparo parte personada en el concurso, se le debió computar el plazo de impugnación desde la notificación personal del informe (art. 96.1 LCon), lo que hubiera determinado la interposición de la demanda en el último día hábil. Se le aplicó, sin embargo, sin justificación alguna, el inciso legal referido a los interesados no personados como parte, lo cual, dado que la publicación en el BOE del informe anterior a la notificación personal, tuvo consecuencia la extemporaneidad de la demanda de impugnación*”.

viables a través de los Registradores Mercantiles en virtud de la nueva Disposición Adicional Tercera añadida mediante el apartado nueve de la Disposición Final Primera del proyecto del Real Decreto del estatuto de la administración concursal, sin que se pueda reclamar cantidad alguna por estos trámites.

El Registro Público Concursal es un registro central que procesa la información suministrada por aquellas oficinas judiciales, registro de bienes y personas, procuradores, entre otros. Por ende, no cuenta con un encargado que califique la información que recibe. Por otro lado, los registradores mercantiles se encuentran habilitados para la calificación existiendo un sistema de comunicación entre estos y el Registro Público Concursal que logran coordinar y facilitar la información.

8.1.1 El registro de la Administración Concursal. Requisitos

La construcción de las listas de administradores concursales que sustituirán a las listas de los decanatos se construirán a partir del cruce de información: a través del ámbito geográfico de actuación y de aquellos requisitos que se cumplen. Con la conjunción de ambos criterios surgirán tres listas para cada provincia: administradores concursales para concursos pequeños, medianos y grandes. El orden de los administradores concursales será el temporal de inscripción en la sección cuarta gestionadas a través de aplicaciones informáticas a las que se refiere la disposición final cuarta del Proyecto del Real Decreto, en esta se describirán aquellos rasgos básicos del procedimiento de designación. El juez del concurso, deberá comunicar al Registro Público Concursal los datos básicos del concurso y éste indicará el administrador concursal que por turno correlativo corresponda. A partir de ese momento comienza el período de cinco días para que el administrador concursal acepte la designación

El numeral tercero del art. 27 de la LCon subraya que: *“Podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño”*.

Del Proyecto del Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal en el Capítulo I en los arts. 3 a 6, se describen aquellos requisitos para la inscripción en el Registro Público Concursal como administrador, desarrollando su contenido en la realización de un examen de aptitud profesional, en ese sentido se tiene: Que los requisitos para la inscripción en la sección 4ª del Registro Público Concursal integra la diferenciación para la inscripción de aquellos administradores concursales en personas físicas y jurídicas.

En relación a las personas físicas, se señalan cuatro requisitos: *i)* Se deberá poseer titulación universitaria; *ii)* acreditar cinco años de experiencia en los ámbitos jurídico o económico; *iii)* haber superado el examen de aptitud profesional y *iv)* acreditar un contrato de seguro o de garantía equivalente de responsabilidad civil²⁷⁶.

En el caso de la personas jurídicas, deberán estar integradas por al menos un profesional de la especialidad jurídica y otro económica con los mismos requisitos exigidos para las personas físicas, además del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en aquellos casos en que sea designada una persona jurídica como administrador concursal, la

²⁷⁶ Para una mejor comprensión acerca del seguro de la administración concursal, *vid.* IRIBARREN, M., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales” en *ADC*, nº 29, mayo-agosto de 2013, p. 19 a 59. Quien señala que la reforma concursal de 10 de octubre de 2011 (Ley 38/2011) establece un seguro o garantía equivalente obligatorio sobre la responsabilidad civil de los administradores concursales y que es el resultado de la imposición dada por el legislador con el objetivo de proteger a los sujetos a los que las actuaciones de los administradores concursales puedan dañar, y que son, especialmente, los interesados en los procedimientos concursales, hacia quienes tienen deberes específicos.

Si en su caso, el administrador optara por un seguro de responsabilidad civil, no será necesario que esta tenga suscrito un seguro por cada concurso en el que se intervenga, ni un seguro individual, en el que sólo aparezca como asegurado el administrador concursal, sin tan siquiera ser imprescindible un seguro específico de la responsabilidad derivada del ejercicio de la administración concursal, siendo suficiente, con que la cobertura de la responsabilidad se incluya en los seguros de responsabilidad de los que habitualmente disponen los profesionales – el contrato de seguro ha de convertirse por una duración determinada y prever su prórroga. La posesión del seguro o garantía equivalente es una de las condiciones exigidas por el art. 29.2 LC on a través de la exhibición del seguro ante el Secretario del Juzgado junto con el testimonio de la póliza y del recibo de la prima correspondiente al período en curso o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora.

dirección de los trabajos y la representación recaerá sobre un administrador concursal persona natural que se integre en la estructura²⁷⁷.

A través de una prueba escrita, se establecerá el nivel de aptitud profesional, para así, comprobar de manera objetiva aquellos conocimientos de los candidatos y su capacidad para aplicarlos en el desempeño de las funciones del administrador concursal. Un examen de contenido práctico referido a un concurso de tamaño medio o grande con un máximo de cien preguntas, de la que se diferenciarán dos partes: una general para todos los profesionales y una específica de conocimientos jurídicos y económicos.

La composición acerca de comité examinador estará compuesto por: Un juez de lo mercantil designado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ); un profesor o catedrático de la asignatura de Derecho Mercantil; un abogado designado a propuesta del Consejo General de Abogados del Estado; un economista designado a propuesta del Consejo General de Economistas (CGE) y un auditor designado a propuesta del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE). Estos miembros se designarán a solicitud del Ministerio de Justicia a los presidentes de cada órgano antes del 20 de enero de cada año y antes del 15 de febrero se constituirá el comité. Las bases serán aprobadas antes del 31 de marzo de cada año, y se publicarán en la página web del Ministerio de Justicia y de aquellas organizaciones referidas. La convocatoria tendrá lugar con una antelación de dos meses a su realización sin límite de plazas.

En relación a la organización del examen, la convocatoria tendrá lugar con una antelación de dos meses a su realización sin que para el efecto exista un límite de plazas, convocando el examen en fecha y hora determinada además de manera simultánea en todos aquellos centros habilitados por ley²⁷⁸. Respecto de aquellos administradores concursales que posean experiencia, el Real Decreto se pronuncia, exigiendo el requisito a todos los profesionales

²⁷⁷ Mediante la interpretación del artículo, entendemos que se elimina la limitación profesional para ejercer el cargo de administrador concursal, y se amplía, previa experiencia, la aptitud en el campo jurídico y económico.

²⁷⁸ Del análisis del contenido de la superación de pruebas para optar al cargo de administrador concursal, causa inquietud al tratar de entender si será necesaria una posterior renovación del examen, o en su caso la acreditación de una formación continuada.

pero ampliando el plazo para la superación del examen a tres años para aquellos administradores que hubieran sido designados en al menos tres concursos, con la excepción de no exigir el examen a aquellos administradores concursales que acrediten haber sido designados en al menos veinte concursos concluidos²⁷⁹.

9. EXCEPCIONES LEGALES PARA EJERCER EL CARGO DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Una vez cumplidos los requisitos subjetivos enumerados por el art. 27 LCon, el juez del concurso, deberá tener en cuenta aquellos condicionantes que expresa el art. 28 LCon, debido a que aun existiendo las condiciones previstas para su nombramiento, podrían existir causas legítimas para que aquel administrador concursal nombrado no pueda ser posesionado²⁸⁰.

²⁷⁹ Cfr. España. Ministerio de Justicia y de Economía y de Competitividad, *Memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el estatuto de la administración concursal*, p. 33, [en línea], Disponible en: www.mineco.gob.es/RD, (Consultado por última vez el 05 de diciembre 2015) en el que señala que *Los artículos 4 y 5 del futuro reglamento del estatuto del administrador concursal, desarrollan los principales aspectos del examen de aptitud profesional cuyo diseño parte de una premisa: la administración concursal es un área profesional que debe combinar conocimientos jurídicos, económicos, financieros, contables y de gestión empresarial. Cualquier administrador concursal debe poseer, por tanto, unos conocimientos básicos en cada una de estas áreas sin perjuicio de que esté especializado en mayor medida en alguna de ellas. (...) no siendo posible una administración concursal eficiente que sea especialista en derecho concursal pero que no sepa leer e interpretar adecuadamente unos estados financieros. Del mismo modo, no cabe una administración concursal eficiente en la que se tengan amplios conocimientos financieros y de gestión empresarial pero se desconozcan –por ejemplo. La regulación y la jurisprudencia básicas de clasificación de los créditos concursales. Desde este punto de partida se desarrollan los rasgos básicos de la prueba. El examen estará dividido en una parte general y una especialidad. La parte general supondrá un 60 por ciento de la nota final y tendrá por objetivo evaluar los conocimientos básicos de los candidatos en todas las áreas jurídicas, económicas y de gestión empresarial. Las especialidades tendrán un peso de 40 por ciento y evaluarán los conocimientos más especializados de los candidatos en el ámbito jurídico o económico. Para poder examinarse de la especialidad jurídica será necesario ser abogado, dado que en esta especialidad debe comprobarse, entre otras cuestiones, la capacidad de asumir la dirección técnica de los recursos e incidentes. La elaboración del examen y su corrección correrá a cargo de un comité examinador que informará al Ministerio de Justicia de sus trabajos. La composición del tribunal se ha elegido tratando de incorporar especialistas en la materia que cuenten con un criterio informado sobre los conocimientos mínimos teóricos y prácticos que es conveniente exigir a los candidatos (...).*

²⁸⁰ Acerca del estudio de la incapacidad, incompatibilidad y prohibición de la administración concursal, *vid.* BELTRÁN, E. y TIRADO, I., “La prohibición de autocontratación de los administradores concursales”, en *ADC*, nº 1, 2004, pp. 87 y ss.; HERRERO CUEVAS, C., “Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal”, *La Ley*, nº 6437, 2006; VILLARÍN VINET, R. y MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, J., “La vinculación del administrador concursal acreedor y el profesional nombrado para el ejercicio del cargo”, *RDCP*, nº 17, 2012, pp. 265 y ss.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2009 aquel régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones²⁸¹ se extendió no sólo en los casos de la administración concursal, sino también a aquellos expertos independientes que realizan informes en relación a los acuerdos de refinanciación²⁸². Este sometimiento estricto para el desempeño de las funciones de administrador concursal implica garantizar los derechos tanto del concursado como del acreedor en el concurso.

9.1 La Incapacidad

Si bien la regulación del art. 28 ha resultado genérica y, a la vez, ha sufrido modificaciones con la Ley 38/2011, dentro su estructura se obliga a una clasificación de aquellas causas por las cuales no resulta posible la elección para el ejercicio del cargo²⁸³, a través de un orden lógico que se basa fundamentalmente en aquel origen de la causa. Así, no podrán ser nombrados administradores concursales debido a la incapacidad, las siguientes personas: *a) Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada*, se basa en el hecho de que la función de la administración concursal, en caso de intervención de facultades o suspensión de las mismas, será el encargado de gestionar y administrar un patrimonio ajeno, sea societario o personal, en caso de concursado persona

²⁸¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, T. II, 26ª ed., Madrid, 2004, p. 460.

²⁸² El registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil podrá designar a un experto independiente, si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, pudiendo establecerse un informe único y elaborado por un solo experto tal como dispone el art. 338 y ss. En este sentido, la solicitud de la que parte el nombramiento deberá ser presentada por el propio deudor, ante el registrador de su domicilio social. Cuando la refinanciación afecte a varias sociedades mercantiles integradas en un mismo grupo y se optara por un informe único elaborado por un solo experto, será designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo, o en su defecto, por el domicilio de cualquiera de las sociedades de grupo. El contenido del informe, contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad en orden a la continuidad en el corto y medio plazo y la proporcionalidad de las garantías conforme a aquellas condiciones de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

²⁸³ Acerca de la clasificación de causas de inelegibilidad, *cf.* ESPIGARES, J., “Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal”, en ROJO, A.; GALLEGO, E.; CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 109, quien apunta: “El artículo 28 LCon contiene una lista cerrada de causas, sin clausula residual de ningún tipo. Así debe entenderse por analogía con la reiterada jurisprudencia en materia de recusación de jueces, magistrados y peritos”.

física. Si el administrador nombrado incurre precisamente en causa de inhabilitación para administrar sociedades anónimas o limitadas, tampoco podrán ser designados administradores concursales²⁸⁴.

Debemos tener en cuenta las especiales circunstancias de incapacidad de los funcionarios públicos y las incapacidades que la propia Ley establece en el art. 28.1 LCon, en ese sentido, CASTRO²⁸⁵ remite estas a lo previsto en el art. 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, *de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*²⁸⁶, que modificó las incompatibilidades de los auditores señaladas en el art. 8 de la *Ley de Auditoría de Cuentas*²⁸⁷, aunque reúnan las condiciones objetivas y subjetivas señaladas en el propio art. 27.1 LCon²⁸⁸.

Con todo, la incapacidad, responderá a una falta de aptitud natural de la propia administración concursal, o en su caso a aquella voluntad del propio legislador que excluye

²⁸⁴ En ese sentido, el art. 213 Real-Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el *texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, (BOE nº 161, de 3 de julio de 2010) regula las prohibiciones para ser nombrado administrador de una sociedad anónima, donde se establece que no podrán ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo tampoco puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración Pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los Jueces o Magistrados y demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

²⁸⁵ CASTRO ARAGONÉS, J.M., “La administración concursal” en *Derecho Concursal*, NIETO DELGADO, C. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 127.

²⁸⁶ BOE nº 281 de 23 de noviembre de 2002.

²⁸⁷ BOE nº 173, de 21 de julio de 2015.

²⁸⁸ Las mencionadas incapacidades referidas a la figura de los auditores de cuentas quienes deberán ser independientes, en el ejercicio de su función, de las empresas o entidades auditadas, debiendo abstenerse de actuar cuando su objetividad en relación con la verificación de los documentos contables correspondientes pudiera verse comprometida, entendiéndose como presunción de falta de independencia la ostentación por el auditor de cuentas de cargos directivos, de administración, de empleo o de supervisión interna en la entidad auditada, o en una entidad vinculada directa o indirectamente con ella.

de la titularidad de derechos y obligaciones a determinadas personas por motivos de interés público²⁸⁹.

9.2 La Incompatibilidad

En relación a la incompatibilidad, no podrán ser nombrados administradores b) *Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza*²⁹⁰, en este sentido el art. 93 LCon²⁹¹ expone un elenco de personas que se encuentran especialmente relacionados con el deudor. Salvo alguna prueba en contrario, el art. 93.3 LCon presume personas relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de aquellos establecidos en el artículo señalado, siempre que esta adjudicación se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; c) *Quienes, estando inscritos en la*

²⁸⁹ Vid. ESPIGARES, J., “Las prohibiciones legales...”, *op. cit.*, p. 113.

²⁹⁰ En este sentido, *vid.* SJM 7 Madrid 23 de noviembre 2006, en el que: *La relación que exige el precepto lo es con la deudora, no con sus abogados, que como tales pueden cesar en la defensa en cualquier momento. Esa relación ha de consistir en una prestación efectiva de servicios profesionales, sin que a tal fin puedan tenerse por tales las meras conversaciones informativas entre abogados en orden de iniciar esa prestación de servicios o a integrarse en un equipo jurídico, pues sólo con la asunción del encargo, podría considerarse que da inicio esa relación profesional.*

²⁹¹ Cfr. artículo 93 LCon señala que: *una persona se encuentra relacionada con el concursado persona natural: a) El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con una análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el apartado anterior; c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. 2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, según el art. 93.2 LCon: a) Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores administrados a negociación en mercado secundario oficial, o a un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean persona naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior. b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; 3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número uno de este apartado.*

*sección cuarta del Registro Público Concursal, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso*²⁹². Si bien este Real Decreto describe la situación del auditor de cuentas, se debe tener presente que para la aplicación de la norma en el derecho concursal no importará la condición o profesión, tan sólo el estar inscrito en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal, en todo caso, se considerará que el profesional o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones²⁹³ respecto de una empresa o entidad²⁹⁴; d) *Quienes estén especialmente relacionados con alguna*

²⁹² Artículo 28 modificado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

²⁹³ Vid. ASENSI, A., “La recusación de los Administradores Concursales”, *op. cit.*, p. 583.

²⁹⁴ La descripción de aquellos supuestos de incompatibilidad que describe el Real Decreto Legislativo 1/2011 se traducen en: a) *La condición de cargo directivo o de administración, el desempeño de puestos de empleo o de supervisión interna en la entidad auditada, o el otorgamiento a su favor de apoderamientos con mandato general por la entidad auditada;* b) *Tener interés financiero directo o indirecto en la entidad auditada si, en uno u otro caso, es significativo para cualquiera de las partes;* c) *La existencia de vínculos de matrimonio, de consanguinidad o afinidad hasta el primer grado, o de consanguinidad colateral hasta el segundo grado, incluidos los cónyuges de aquellos con quienes mantengan éstos últimos vínculos, con los empresarios, los administradores o los responsables del área económica-financiera de la entidad auditada;* d) *La llevanza material o preparación de los estados financieros u otros documentos contables de la entidad auditada;* e) *La prestación a la entidad auditada de servicios de valoración que conduzcan a la evaluación de cantidades significativas, medidas en términos de importancia relativa, en los estados financieros u otros documentos contables de dicha entidad correspondientes al período o ejercicio auditado, siempre que el trabajo de valoración conlleve un grado significativo de subjetividad.* f) *La prestación de servicios de auditoría interna a la entidad auditada, salvo que el órgano de gestión de la entidad auditada sea responsable del sistema global de control interno, de la determinación del alcance, riesgo y frecuencia de los procedimientos de auditoría interna, de la consideración y ejecución de los resultados y recomendaciones proporcionadas por la auditoría interna;* g) *La prestación de servicios de abogacía simultáneamente para la entidad auditada, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con consejos de administración diferentes, y sin que puedan referirse a la resolución de litigios sobre cuestiones que puedan tener una incidencia significativa, medida en términos de importancia relativa, en los estados financieros correspondientes al período o ejercicio auditado;* h) *La percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a la entidad auditada, siempre que éstos constituyan un porcentaje significativo del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría, considerando la media de los últimos tres años;* i) *La prestación a la entidad auditada de servicios de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera, utilizados para generar los datos integrantes de los estados financieros de la entidad auditada, salvo que ésta asuma la responsabilidad del sistema global de control interno o el servicio se preste siguiendo las especificaciones establecidas por dicha*

*persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años*²⁹⁵. El término personas especialmente relacionadas se utiliza de forma recurrente como bien señala TIRADO²⁹⁶ al tratar las incompatibilidades en las distintas regulaciones, teniendo de este modo un contenido abierto, como es el caso de art. 93 de la LC, sin embargo, no será posible aplicar directamente este contenido a todos los presupuestos enmarcados en el art. 28 de la LC, no obstante, y dado de que se trata de una expresión de contenido abierto, debiendo ser apreciado contextualmente, no se podrá ignorar, el contenido de una posterior reforma que de alguna manera esclarezca estas ambigüedades.

Para ESPIGARES²⁹⁷ la expresión *cualquier clase de servicios profesionales* no deja mucho margen de actuación puesto que la expresión resulta muy genérica, pero, en cualquier caso, es una imposición de la *ratio* de la norma, que pretende evitar un conflicto de intereses.

Como segundo epígrafe, el artículo 28 de la LC enuncia lo que viene a denominar “la regla de rotación” donde: *“En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo”*. Lo que equivaldría a evitar que un mismo administrador obtenga aquellos

entidad, la cual debe asumir también la responsabilidad del diseño, ejecución, evaluación y funcionamiento del sistema.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, las menciones a los estados financieros se entenderán realizadas al resto de documentos a que se refiere el artículo 1.2, cuando sean objeto de auditoría.

²⁹⁵ Vid. SJM 2 Bilbao 25 de enero 2007 donde señala: *“La práctica que se observa en los listados de colegiados de preparación económica es de ejercicio profesional como personas físicas, y en paralelo, asociándose en mercantiles cuya actividad es la misma, de manera que unas ocasiones audita, administra, perita o acepta el nombramiento de administrador concursal una persona natural, y en otras lo hace una persona jurídica que viene a ser representada por tal persona natural, siendo en todo caso el objeto material del trabajo idéntico. Y debe sostenerse con claridad, que la Ley Concursal expulsa la posibilidad de que los profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional coincidente sean administradores concursales del mismo concurso en la medida que elimina la colegialidad por intereses coincidentes”*.

²⁹⁶ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, op. cit., pp. 441 y ss.

²⁹⁷ ESPIGARES, J., “Las prohibiciones legales para el cargo...”, op. cit., p. 114.

“beneficios” de reelección, hecho que se producía con la legislación anterior. *Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.* La relación de hechos probados para la separación del administrador deberá dar lugar a una sentencia que acredite efectivamente que existió incumplimiento a lo previsto por el art. 37 de la LC en referencia al incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores. Si el caso se diera en algún representante de la persona jurídica implicará el cese automático de ésta como administrador concursal.

Se prevé que: *“Salvo para las personas jurídicas inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal, no podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente²⁹⁸. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93. Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones”.* Aquellos servicios de los que se viene haciendo referencia, deberán ser entendidos tanto si la relación deviene con el deudor o con el propio acreedor, sea a través de servicios profesionales o a una determinada sociedad. Sin embargo, no será posible establecer un mismo principio para todos y cada uno de los supuestos puesto que el contenido de la expresión, esta resulta abierta, debiendo el juez de manera discrecional establecer de manera precisa la incompatibilidad de funciones.

²⁹⁸ Acerca de la incompatibilidad con el deudor en el ejercicio de actividades profesionales *cfr.* ESPIGARES, J., “Las prohibiciones legales...”, *op. cit.*, p. 123 explica: *“No se entiende muy bien que la incompatibilidad derivada de compartir el ejercicio de actividades profesionales no se extienda a idéntica situación que la prestación de un servicio. Póngase el caso de un profesional que ha prestado servicios, incluso ocasionalmente al socio mayoritario de la sociedad concursada. No podrá ser administrador concursal. (...)Por otro lado, el hecho de compartir el ejercicio de actividad profesional es otro concepto jurídico indeterminado que obligará al juez, a decidir otra vez en el caso concreto. Lo que es seguro es que el presupuesto desencadenante de esta nueva incompatibilidad no es la prestación de un servicio”.*

La incompatibilidad posee un vínculo hacia lo que viene a denominarse “posición inadecuada” para poder ser designado y desarrollar su trabajo de forma adecuada, ello no por circunstancias subjetivas o en su caso un reprimiendo a su conducta, como sería la desaprobación de cuentas, sino por resultar imposible el que se pueda compatibilizar la actividad de administrador concursal con cualquier otra actividad que sea desarrollada por esa persona.

Para poder acercarnos al verdadero sentido de la incompatibilidad, debemos señalar que, es suficiente que exista una posible cercanía personal del administrador con el deudor y que pueda producirse como consecuencia de una sola relación personal que lleve un conflicto de intereses entre la finalidad del concurso y la administración concursal nombrada

Por último, *“No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el artículo 71 bis.4 (LCon) en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso”*.

En relación a las excepciones establecidas en este artículo 28 LCon y en caso de entidades emisoras de valores o instrumentos derivados, *se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Consorcio de Compensación de Seguros y de cualesquiera Administraciones Públicas acreedoras, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo o función pública, de las contenidas en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo y de las establecidas en el apartado 2.2.º del artículo 93²⁹⁹*.

²⁹⁹ Vid. en este sentido, vid. CANDELARIO MACÍAS, M^a.I., *Lecciones de Derecho concursal*, op. cit., p. 65, quien considera incomprensible las excepciones de la que son objeto estos sujetos, debido a que en estos casos resulta muy necesaria la objetividad e independencia de los administradores y, que en este caso, se puede ver empañada por la licencia que se les otorga respecto a una serie de limitaciones impuestas al resto de participantes en la administración del concurso. Por ello, señala, con la Ley 38/2011 vienen a remozarse muchos de los preceptos que reglamentan la actuación y situación del administrador concursal. Sin ir más lejos, en lo tocante a la designación de los administradores, se modifica el artículo 28 LC, mediante la Ley 38/2011, tendente a garantizar la independencia y objetividad en la elección de los diferentes administradores concursales. A tal efecto, se establecen las cautelas para los nombramientos de los administradores no concurren siempre en los mismos de las listas oficiales. De igual forma, si son personas jurídicas, en quien

9.3 Prohibiciones

En relación a las prohibiciones de la administración concursal, el apartado segundo del artículo 28 de la LCon, señala: *“En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo”*.

Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

Esta prohibición, denota el afán del legislador por evitar que exista un monopolio en el ejercicio de la administración concursal. ESPIGARES³⁰⁰ entiende *que en el momento de la aprobación de la Ley Concursal de 2003, se respondía a este tipo de prohibición con una determinada sensibilidad contraria al monopolio, pero reconoce que no fue suficiente como así lo establece la STS de 16 de diciembre de 2008 donde se ejercitaba una acción de responsabilidad patrimonial frente a la administración pública derivada de acto legislativo y reclamando una indemnización*. Así, será necesario analizar esta prohibición desde tres ópticas distintas: la primera, que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente; en segundo lugar, que la designación pretendida se produzca en el mismo

concurra la actividad de administrador no se halle vinculado personal o profesionalmente al deudor concursado, aplicándosele las reglas contenidas en el art. 93 de la LCon.

³⁰⁰ ESPIGARES, J., “Las prohibiciones legales...”, *op. cit.*, p. 133.

juzgado en el que hubiera sido designado el candidato anteriormente y tercero, que lo hubieran sido en tres concursos y dentro de los dos años anteriores³⁰¹.

10. RECUSACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Un concepto amplio acerca de lo que el art. 32 de la LCon³⁰² denomina como *recusación* viene a consistir en el rechazo de la persona nombrada administrador concursal o auxiliar delegado mediante un acto procesal por el que se implica de manera directa o indirecta hacia la remoción de la administración concursal³⁰³, por entenderse que concurre una causa con la cual se pone en peligro la imparcialidad³⁰⁴ o impide el correcto desarrollo de la actividad que la administración debe desarrollar³⁰⁵.

³⁰¹ Vid. CASTRO ARAGONÉS, J., “*La Administración Concursal*”, *op. cit.*, p. 131, quien sostiene: “*Al establecerse los dos años como límite temporal, la pregunta a resolver sería, como llega a producirse el cómputo de dicho período temporal, esto es, el momento a partir del cual comienza a contarse retrospectivamente el período de dos años de prohibición*”.

³⁰² Resulta interesante el estudio planteado por ASENSIO MELLADO, J.M., “Art. 33”, en *Ley Concursal, comentarios, jurisprudencia y formularios*, GALLEGO SÁNCHEZ, E., (Coord.), Madrid, La Ley, 2002, pp. 398 y ss. en el que afirma “*(...)constituye un precepto excesivamente complejo desde el punto de vista procesal que pone de manifiesto, de nuevo, un cierto desinterés o simplemente falta de cuidado del legislador concursal por los aspectos no estrictamente mercantiles de la ley, siendo así que ésta, si bien regula materias de derecho privado, lo hace en el seno de un proceso de ejecución, ya que el concurso constituye un procedimiento al que se acumulan actuaciones sujetas a la legislación procesal civil común.*” Se aprecia por lo tanto deficiencias relativas al deber de abstención del administrador concursal, inadecuación en la remisión al incidente concursal para la tramitación de la recusación y su contradicción.

³⁰³ Acerca del concepto de la recusación, *vid.* ASENSI, A., “La recusación de los administradores concursales”, en ROJO, A.; GALLEGO, E. y CAMPUZANO, A., *La administración Concursal. VII congreso del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 579 quien apunta: “*La recusación es el acto procesal por el que una persona implicada directa o indirectamente en el concurso persigue la remoción de uno o varios administradores concursales por entender que concurre una causa que pone en peligro su imparcialidad o que imposibilita el correcto desarrollo conforme a la Ley Concursal*”.

³⁰⁴ Durante el desarrollo del derecho de quiebra, así como de la suspensión de pagos no existía un decálogo o la interpretación de artículo alguno en que existiera referencia a las incompatibilidades, menos aún una referencia hacia la recusación de los síndicos. Era a través de un sistema de autorizaciones, como bien expone TIRADO, I., “Recusación”, *op. cit.*, pp. 668 y 669, y sometido a un mandato imperativo ajeno a los intereses particulares de las partes, y en última instancia, a través de la facultad que tenía el juez de separar a los síndicos en el caso de abuso. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, al igual que ocurría con la quiebra, acudían a la aplicación analógica de las causas de recusación de peritos (art. 621 LEC 1881). A partir de la propuesta de Anteproyecto de 1995 se regula el estatuto jurídico del administrador concursal, junto a ella, la contemplación específica de causas de incompatibilidad en el ejercicio del cargo. La regulación de la recusación era coincidente con la que actualmente recoge la Ley Concursal. La recusación se ha concebido como un instrumento jurídico-procesal prevista para asegurar la independencia de los jueces y de los auxiliares de la justicia; la inclusión de las causas de incapacidad e inhabilitación entre las causas de

En palabras de MORRAL³⁰⁶ “(...) la posibilidad de recusar demuestra que el establecimiento de un número exhaustivo de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones³⁰⁷ no garantiza una designación limpia³⁰⁸, carente de cualquier resquicio contrario a la objetividad. Y tampoco, señala el autor, garantiza la manifestación del

recusación implica que los sometidos a tales limitaciones recibirán el mismo régimen jurídico que los incompatibles.

³⁰⁵ Vid. AJM nº 7, de Madrid 24 de noviembre de 2006, en el que “El acreedor, junto con el deudor, es el sujeto que ostenta interés primario en la incoación y resolución del concurso. Ciertamente existen otros sujetos que pueden tener un interés secundario en el concurso, o que pueden verse afectados de diversas maneras por lo resuelto en el mismo, por ello la Ley Concursal no impide que otras personas puedan comparecer como interesados, pero sus posibilidades de actuación quedarán limitadas a aquellas que se les permitan o no queden restringidas a los legitimados para solicitar la declaración del concurso. Así, el precepto establece expresamente que la recusación de los miembros de la administración concursal sólo puede ser planteada por quienes ostenten legitimación para solicitar la declaración de concurso”.

³⁰⁶ MORRAL SOLDEVILA, R., “Recusación”, *op. cit.* pp. 375 y ss.

³⁰⁷ Bajo esta misma línea la sentencia del SJM nº 5, de Madrid, de 18 de febrero de 2010 [JUR 2010, 103571], donde expresa: “Las causas de recusación de los administradores concursales responden a la idea de garantizar la independencia de estos en el ejercicio de sus funciones, de manera que actúen con total objetividad. Aun existiendo relaciones empresariales entre el administrador concursal acreedor persona jurídica (no su representante) y la concursada, dicha situación debería ser analizada dentro de sus justos términos, y siguiendo una interpretación finalista de la norma para examinar la posible causa de recusación. Si el administrador concursal acreedor designa a un representante que no tiene ninguna vinculación ni con la acreedora ni con la concursada, y que además percibe directamente sus honorarios de la masa activa, igual que los demás administradores concursales, y según la retribución acordada por este juzgado, sin que en ningún caso la retribución la perciba el acreedor y luego se le transfiera al profesional designado, ni que cobre retribución por parte de éste, se podría entender que actúa con la debida independencia (salvo prueba en contrario) y, por tanto, no cabría su recusación. Además de lo anterior, evaluando las eventuales ventajas e inconvenientes de su posible recusación, no hay indicios que afecten a la independencia, lo que nos permite apreciar ninguna causa de recusación. Por el contrario, la estimación de la recusación tiene importantes inconvenientes, ya que se tendría que designar a un nuevo acreedor que a su vez designará a un nuevo profesional que tendría que conocer la situación de la empresa desde el principio, lo que podría retrasar de manera considerable la tramitación del concurso”.

³⁰⁸ La sentencia AJM nº 1, de Málaga de 11 de enero de 2010 [JUR 2010, 81554] subraya que: “Si bien es cierto que la designación de los administradores concursales efectuada en su día por el juez del concurso no fue del todo acertada, razones de economía procesal, capacidad logística suficiente y, sobre todo, claro perjuicio para el interés del concurso, hacen necesario desestimar la recusación. La colaboración previa en trabajos profesionales entre los administradores concursales designados al efecto, no es causa per se, de recusación, ya que incluso ello podría favorecer al mejor desarrollo del procedimiento. La previa prestación de servicios profesionales al cliente, al llevarse a cabo a través de una firma multidisciplinar, y no recaer, concretamente, en las persona físicas nombradas al efecto como administradores concursales tampoco podría suponer la recusación de los mismos. Todo ello sin embargo, debe estar supeditado al ejercicio aséptico e independiente del cargo de administrador concursal y al superior interés del concurso, que debe identificarse fundamentalmente con la máxima protección de la masa activa y de los derechos de cobro de los acreedores. En caso contrario, se procederá. Sin ningún tipo de contemplaciones, a la separación en el cargo de los administradores concursales que incumplieran las obligaciones que les son inherentes.

*interesado en el momento de aceptar el cargo, es por ello que se establece un filtro que de alguna manera asegure una actuación de los administradores concursales lo más objetiva posible*³⁰⁹.

La legitimación, prevista en el art. 32.1 LCon, parte de que los administradores concursales podrán ser recusados³¹⁰ por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso³¹¹ –deudor, acreedores, socios, herederos y la administración de la herencia- y que no hubiese adquirido el crédito después de vencido por acto “inter vivos” y a título singular celebrado dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud³¹².

Podrán además ser sujetos de recusación, aquellos auxiliares delegados nombrados por el juez, a propuesta de la administración concursal. Esto es así, desde la modificación

³⁰⁹ Existen conceptos esenciales los cuales deben quedar diferenciados en relación a la recusación: la separación, establecido en el art. 37 LCon, en el entendido de que: “*cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados*”. “*En todo caso, será causa de separación del administrador (...) el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe*”. Otro de los conceptos de necesaria diferenciación está en la renuncia, establecido en el art. 29.3 LCon en el que una vez aceptado el cargo de administración concursal, el designado sólo podrá renunciar por causa grave.

³¹⁰ La doctrina mantiene un debate acerca de si basta el nombramiento del designado para proceder a la recusación o es necesario que, además, haya aceptado el cargo. El art. 32 LCon nos acerca a un administrador concursal designado así como un auxiliar delegado de manera tácita, puesto que sin la aceptación existe tan sólo una mera designación nominal. Pero como bien señala MORRAL SOLDEVILA, R., “Recusación”, *op. cit.*, p. 377, la preocupación latente del legislador para que se ejerza el cargo sin fisuras, en condiciones no queridas por la Ley, inclina a defender la posibilidad de recusar con el simple nombramiento de administrador concursal.

³¹¹ *Vid.* AJM de Madrid de 24 de noviembre de 2006, apunta: “*El acreedor, junto con el deudor, es el sujeto que ostenta interés primario en la incoación y resolución del concurso. Ciertamente, existen otros sujetos que pueden tener un interés secundario en el concurso o que pueden verse afectados de diversas maneras por lo resuelto en el mismo, por ello la Ley Concursal no impide que otras personas puedan comparecer como interesados, pero sus posibilidades de actuación quedarán limitadas a aquellas que se les permitan o no queden restringidas a los legitimados para solicitar la declaración del concurso. Así, el precepto establece expresamente que la recusación de los miembros de la administración concursal sólo puede ser planteada por quienes ostentan legitimación para solicitar la declaración del concurso*”.

³¹² *Vid.* PEREZ-CRUZ MARTÍN, A., “La administración concursal”, en *Estudios de Derecho Concursal*, PEREZ-CRUZ MARTÍN, A (Coord.), Santiago de Compostela, Ed. Tórculo, 2005, pp. 138 y ss.

establecida en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, del artículo 31 de la LCon donde reza que cuando exista un único administrado y el juez lo considere conveniente podrá designar, previa audiencia a la administración concursal, un auxiliar delegado, al mismo que se aplicarán las causas previstas de incapacidad, incompatibilidad y prohibición que a la administración concursal y sus representantes³¹³.

La Ley Concursal en el art. 32.2 considera que son causas de recusación aquellas circunstancias establecidas en el art. 28 del mismo cuerpo legal, es decir, incapacidad, incompatibilidad y prohibición así como aquellas previstas en la legislación procesal para la recusación de peritos y aquellas previstas para Jueces y Magistrados³¹⁴ (v. gr: arts. 124 LECiv. y 219 y 229 de la LOPJ). A nuestro entender, lo que pretende el legislador es establecer un *numerus clausus* respecto a aquellas causas de recusación con lo que dificultaría establecer una vía para una demanda incidental de recusación, en cuyo caso se deberá recurrir a un procedimiento mucho más técnico, previsto legalmente como la separación.

La recusación habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde³¹⁵ (ex art. 32.2 LC), proponiendo por escrito en la forma prevista para una demanda de juicio ordinario, debidamente rubricada por Procurador y Letrado, acompañándose copia para el recusado y para las demás partes personadas en el proceso³¹⁶.

³¹³ Vid. ASENSI, A., “La recusación de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 587.

³¹⁴ Sobre este tema, *cf.* JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal, nombramiento y cese”, *op. cit.*, p. 219, señala que algunas resoluciones judiciales sostienen que las causas de recusación no se deben interpretar de forma rígida, sino con arreglo a un criterio finalista. Ello supone que se podrá valorar, por un lado, si la actuación del administrador concursal ha sido independiente e imparcial hasta el momento presente; y, por otro, las ventajas e inconvenientes que se pudieran obtener de la estimación o desestimación de la recusación. *Vid.* AJM núm. 1 de Málaga de 11 de enero de 2010 [JUR 2010/81554].

³¹⁵ En este sentido sostiene SENENT MARTÍNEZ, S., “De la administración concursal”, en *La nueva regulación concursal*, JIMENEZ SAVURIDO, C. (Coord.), Madrid, Colex, 2004, pp.148 a 151. Que, hubiera sido conveniente establecer un plazo determinado, transcurrido el cual no fuera posible promover la cuestión.

³¹⁶ *Vid.* La SJM nº. 2, de Bilbao de 25 de enero de 2007, que señala: “La recusación debe interponerse tan pronto se tenga conocimiento de la causa, pero, en principio, si no se trata de una causa objetiva, formal y simple, resulta difícil determinar el grado de conocimiento y el grado de inmediatez, y además siendo la causa de hecho, y con matices, no tiene sentido hacer bastante un conocimiento intuitivo, sino que deben acrisolarse para el recusante un mínimo de indicios que demuestren lo intuitivo. La recusación se prevé como mecanismo de revocación de nombramientos indebidos, apercibido el legislador de que la florida batería de

Este procedimiento, no tendrá efectos suspensivos, realizándose por aquellos cauces establecidos para el incidente concursal³¹⁷, por su parte, el administrador concursal recusado continuará actuando en funciones hasta que no exista o no se resuelva mediante resolución aquella validez de las actuaciones³¹⁸.

En el supuesto de la recusación de la persona jurídica administración concursal, ésta se hará efectiva respecto de la persona física nombrada por ésta en su representación, como respecto de la propia entidad administradora concursal. También podrán ser recusados aquellos administradores concursales “especiales” (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Fondos de Garantía de Depósitos, de Inversiones, el Consorcio de Compensación de Seguros y a las Administraciones Públicas acreedoras.

En el caso de la *separación* (ex art. 37 LCon), el Juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes legitimadas para solicitar la declaración de concurso, podrá separar del cargo a la administración concursal o al auxiliar delegado, en el entendido de que existiera “justa causa”³¹⁹, este concepto jurídico resulta indeterminado, según JUAN Y MATEU³²⁰ “...Deberá concretarse por el juez valorando todos los datos que afectan a la situación, pudiendo ser causa justa una enfermedad que dificulte o impida el ejercicio del cargo; el incumplimiento de los deberes propios de la administración concursal, siempre que se trate de hechos imputables al administrador concursal y no al deudor o sus administradores; la producción de un daño a la masa o a terceros en el ejercicio del cargo; o la existencia de

incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones no es fiscalizable por los jueces en el momento del nombramiento, y clama por su depuración a solicitud del interesado”.

³¹⁷ Acerca del aspecto temporal de la recusación *Vid.* DE CASTRO ARAGONÉS, J., “La administración concursal” en NIETO DELGADO (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 155.

³¹⁸ *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Recusación” en *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F., (Coord.), Madrid, Aranzadi, T. I, 2009, p, 310.

³¹⁹ La separación podrá fundarse en función a dos conceptos: El primero, a través de causas objetivas legales y que son previstas como causas de exclusión del órgano y el segundo, a través de causas objetivas discrecionales que son aquellas que generan en el juez dudas acerca de la capacidad, de la voluntad o del interés del sujeto en el ejercicio de las labores propias de la administración concursal, en este sentido, *Vid.* TIRADO MARTÍ, I., “Separación” en *Comentarios a la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 742.

³²⁰ *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal, nombramiento y cese”, *op. cit.*, p. 217.

una comprobada ineficiencia o desinterés en la actuación, que justifica la separación del administrador por una actuación inadecuada e irresponsable, así como por las desavenencias con la administración de la concursada... ”. Del mismo modo, y atendiendo a circunstancias objetivas, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe³²¹.

En el caso de la cesación de la administración persona jurídica, el Juez requerirá la comunicación de la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, en caso de que esta afecte a la totalidad de la persona jurídica, se procederá a una nueva designación o nombramiento³²² otorgando la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento de la administración concursal sustituida³²³ en el supuesto de que el cese de produzca antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el art. 181 de la LCon para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso³²⁴.

La separación podrá decretarse de oficio o en su caso prosperar a instancia de parte a través de un auto³²⁵, esta decisión judicial que resuelva el incidente deberá tener constancia

³²¹ En este sentido *Vid.* AJM nº 1, de Alicante de 16 de abril de 2009 [AC 2009/1826].

³²² *Vid.* SENET MARTINEZ, S., “De la administración concursal”, *op. cit.*, p. 150.

³²³ En relación al artículo 37 de la Ley Concursal, este ha sido modificado por el apartado once del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

³²⁴ La administración concursal que conozca posteriormente a su toma de posesión que se encuentra incurso en alguna causa de recusación. Estará obligado a renunciar. Este deber también es consecuencia del deber de manifestar la existencia de una causa de recusación

³²⁵ Bajo esta línea, *cfr.* ILLESCAS RUS, A., “Comentario al art. 37” en *Derecho concursal práctico*, VV.AA. FERNANDEZ BALLESTEROS, A. (Coord.), Madrid, 2004. p. 237, expone que, en caso de separación de

registral (*ex art. 37.4 LCon*). Por tanto, aquella separación por causa justa no inhabilitará automáticamente a la persona separada para ser nombrada de nuevo en un período de dos años; interpretando que el juez decretará esta sanción sólo cuando la justa causa que motive el cese consista en algún tipo de conducta que contravenga las obligaciones del administrador³²⁶.

Es importante destacar que la recusación no suspende la actividad de la administración recusada, y en caso de que se estime esta, como señala ASENSI³²⁷ *no afecta a la validez de lo ya actuado por la administración recusada y cesada*. Ante ello, el legislador opta por una continuación del proceso. Esta falta de anulación, no significa que las responsabilidades sean desestimadas, debido a que las partes podrán solicitarlas si la administración concursal hubiere incurrido en ellas.

11. EL MEDIADOR CONCURSAL COMO FIGURA *TERTIUM GENUS* Y SU APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Promulgada la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio se produce una notoria evolución, sin descartar la serie de parches sucesivos incluidos tras la recesión económica. Es así, que con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2009, se pretende atajar el elevado número de concursos que a partir de 2008 desborda los juzgados de lo mercantil³²⁸; y que incluye la Disposición Adicional 4ª, en la que por vez primera logra establecerse un procedimiento de carácter preconcursal. Es en virtud de dicha reforma que se logran acuerdos de

oficio, la providencia inicial debe detallar los elementos que consten en el proceso con el fin de que el afectado tenga oportunidad de contestar y proponer prueba.

³²⁶ *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal...”, *op. cit.*, p. 219.

³²⁷ ASENSI, A., “La recusación de los administradores concursales”, *op. cit.*, p. 594.

³²⁸ En ese sentido, el 90% de los concursos acaba en liquidación con una duración aproximada de 17 meses, determinando la extinción de la actividad del deudor, *Vid.* COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, BIENES MUEBLES Y MERCANTILES DE ESPAÑA, *Estadística Concursal, anuario 2014*, Madrid, 2015, pp. 16 y ss.

refinanciación de la deuda con el fin de evitar el proceso concursal, sin que pueda resultar afecto aquellas acciones rescisorias o de reintegración descritas en el art. 71 de la LCon³²⁹.

Desde este punto de vista, la mediación supone una solución, y que según GALLEGO SANCHEZ³³⁰ no resulta de todo incompatible con los principios de la Ley Concursal, ya que tratándose de una figura próxima a los acuerdos de refinanciación tiene como objetivo, evitar la judicialización del concurso de acreedores, estableciendo una vía para deudor y acreedor a través del mediador concursal.

La institución de la mediación concursal, introducida en la LCon a partir de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de *apoyo a los emprendedores y su internacionalización*³³¹, en adelante (LE), añade un nuevo título X a la LC, relativo en sentido estricto al Acuerdo Extrajudicial de Pagos³³² (art. 21 en la LE), y que según la profesora CANDELARIO³³³ estaríamos ante una opción de política legislativa en pos de incentivar y promocionar estos

³²⁹ Vid. El artículo 8 de la Ley 3/2009, que introduce una disposición adicional cuarta en la Ley 22/2003, en el apartado núm. 3 acerca de los Acuerdos de refinanciación donde: *“A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo”*.

³³⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, *ADC*, nº 31, 2014, p. 15.

³³¹ *BOE* nº 233, 28 de septiembre de 2013. Teniendo como precedente el Proyecto de Ley, nº 52, de 3 de julio de 2013, relativo a la *Ley de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización*.

³³² Al respecto, *cf.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “el acuerdo extrajudicial de pagos” en *ADC*, nº 32, 2014, p. 5, señala: *“(…) es un procedimiento concursal en cuanto a su legislación, aun cuando no da lugar a un concurso en sentido estricto (…) calificación como paraconcursal, pues permite que ese acuerdo entre un deudor insolvente y sus acreedores se alcance al margen del procedimiento del concurso, el acuerdo extrajudicial de pagos comparte la naturaleza preconcursal de otras instituciones legalmente previstas, puesto que el nuevo procedimiento extrajudicial puede desembocar en un concurso, que se califica como consecutivo”*; por su parte, FERNANDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su desjudicialización”, *ADC*, nº 31, agosto 2014, p. 4, en el que: *“El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, tiene por propósito alcanzar, mediante un procedimiento muy simplificado en relación con el concursal, un acuerdo de masa de los de continuidad o una solución liquidativa del patrimonio por cesión del mismo a los acreedores en pago o para pago de las deudas y a través de una negociación en que interviene un mediador concursal designado por autoridad pública competente para la apertura del procedimiento y su publicidad”*.

³³³ CANDELARIO MACÍAS, I., *El mediador concursal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47 y ss.

mecanismos preconcursales. A nivel europeo, la Comisión Europea desarrolla la *Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*³³⁴ y, que en su tenor, la Comisión *sugiere a los Estados Miembros disciplinar un marco legal que permita la reestructuración de las empresas viables con dificultades financieras en una fase previa a la insolvencia y además, ofrezca una segunda oportunidad a los empresarios que han caído en concurso por causas ajenas a su honradez y diligencia.*

Con todo, y en aplicación de la Recomendación Europea, se introduce en el artículo 233 de la Ley Concursal aquellos casos de acuerdo extrajudicial de pagos procediendo al nombramiento del mediador concursal. La ventaja de este sistema es que en el caso de fracasar la mediación, se opta por proseguir con la liquidación, regulando además una segunda oportunidad para el empresario persona natural. Por tanto, *es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se disciplina mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En la reunión, a la vista de una propuesta avanzada por el negociador, se discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de deudas (...)*³³⁵. A partir del tenor legal descrito y la incorporación del título X (*ex arts. 231 a 242 LCon*), la figura del mediador concursal designado por el registrador mercantil o el notario supone un incentivo para el buen desarrollo de este instituto³³⁶.

A través de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre *ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*³³⁷, los

³³⁴ Doc. C (2014) 1500 final de 12 de marzo, *DOUE* 74, 14 de marzo.

³³⁵ *Vid. Exposición de Motivos Ley 14/2013*, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (*BOE* nº 233, de 28 de septiembre de 2013).

³³⁶ *Vid. ESPINAR, E.*, “Cómo evitar el concurso de acreedores en tres meses: el mediador concursal”, *Andalucía Económica*, septiembre, 2013, pp. 58 y 59, donde lo que se pretende es: “(...) Favorecer la que se ha venido a llamar por el Gobierno “Segunda Oportunidad”, que tiene por objetivo agilizar la resolución de los proyectos empresariales fallidos de manera que no inhiban al empresario de comenzar uno nuevo evitando, a priori, un proceso concursal”.

³³⁷ La Directiva Europea 2008/52/CE, (*DUE* de 24 de mayo de 2008) en su Considerando 6º declara que la mediación: “Es una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles,

cuales conviene advertir para establecer las funciones del mediador concursal, establecen en su artículo 3 ciertas definiciones acerca de la mediación y mediador; en cuanto la primera, *“La mediación: es un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”*, en cuanto al mediador, la Directiva dispone: *“Que mediador será: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial e independientemente de su denominación o profesión en el estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”*.

Por tanto, la actuación del mediador deberá encaminarse a establecer una comunicación entre las partes propiciando un acuerdo viable y duradero en el que se llegue a resolver el conflicto a través de este mecanismo colaborativo como bien señala BERNAL³³⁸, pero también debemos entender que la figura del mediador concursal no corresponde a la figura típica del mediador, como bien señala FERNÁNDEZ PÉREZ³³⁹, ya que el mediador concursal va más allá de una simple mediación evaluativa que es aquella donde el mediador analiza soluciones al conflicto. Será más bien una actuación que coincide con la del administrador concursal en la fase común, y también en el caso de propuesta anticipada de convenio.

mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes”.

³³⁸ BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid, McGraw-Hill, 2004, p. 138, en la que existen dos tipos de negociación: aquella competitiva, donde los participantes son adversarios, con un objetivo marcado que es la victoria; y la negociación cooperativa, que se establece en términos de colaboración, donde el objetivo es el acuerdo, donde se puede aceptar pérdidas para llegar a un acuerdo.

³³⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico del mediador concursal”, en *Revista de Derecho Mercantil* 292, Abril-Junio 2014, pp. 385 y ss.

La dificultad de la configuración del mediador resulta compleja³⁴⁰, como bien expone CANDELARIO MACÍAS³⁴¹ donde la consideración de un órgano del concurso resulta errónea, como mucho se podrá decir que es un órgano concursal no necesario al igual que la Junta, arts. 116 y ss. LCon, debido a que sólo procederá su actuación dentro del proceso-concurso, una vez instado el concurso consecutivo, y es aquí, salvo causa que lo justifique, que se convierte en la administración concursal.

Afirmaremos entonces, siguiendo la línea de la profesora CANDELARIO, que la figura del mediador concursal plantea una naturaleza jurídica “*sui generis*” o de “*tertium genus*” precisamente por encontrarse este en medio camino de aquellas instituciones establecidas en el Ordenamiento jurídico como el propio perito forense de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el auditor de cuentas³⁴² o el experto independiente designado por el Registrador Mercantil dentro de los acuerdos de refinanciación. Con todo, la institución más próxima por sus funciones y remisión a su estatuto jurídico, y que analizaremos seguidamente, es el administrador concursal; aunque bien, no podríamos afirmar que son órganos paralelos ni semejantes.

11.1 Nombramiento y funciones del mediador concursal

El nombramiento del mediador concursal se obtendrá de la lista publicada en el Boletín Oficial del Estado, que es proporcionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. La inscripción de los mediadores concursales se efectuará, cuando se trate de personas naturales, a través del formulario que habilite el

³⁴⁰ En este sentido, *cfr.* MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador –“posible administrador”- concursal. ¿Mediador o “negociador” mercantil?”, n° 109. *Práctica de Tribunales*, julio-agosto, 2014, Ed. La Ley, p. 1 al 10. “*La filosofía del mediador civil no se ajusta a la del mediador concursal, ya que podemos decir que en realidad este no actúa como mediador, y lo que es más curioso tampoco empieza a actuar en fase concursal, y cuando lo haga, si llega a hacerlo, actuaría como administrador concursal, con lo que, además, viene a romper el principio o exigencia básico de la mediación de la confidencialidad, ya que podría actuar en la fase de concurso cuando “ha intervenido” en la fase de concurso cuando “ha intervenido” en la fase de negociación con los acreedores*”.

³⁴¹ *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, I., *El mediador concursal*, *op. cit.*, p. 50 y ss.

³⁴² *Cfr.* Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, *por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas* (BOE n° 157 de 2 de julio de 2011) Y, Real decreto 1517/2011, de 31 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas* (BOE n° 266 de 4 de noviembre).

Ministerio de Justicia según regla el RD 980/2013, de 13 de diciembre, *por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*³⁴³ en los artículos 15 y 16. Los mediadores deberán aportar para su publicidad en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación una declaración responsable acerca de la veracidad de los datos, suscrita con un certificado reconocido de firma electrónica y que incluyan datos como: nombre, apellidos, número de identificación fiscal; por otro lado, la especialidad profesional, titulación, formación específica en mediación, el área geográfica principal o preferente de actuación profesional³⁴⁴.

También deberá consignar la póliza del contrato de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o de la garantía equivalente que se hubiera constituido, indicando además, la dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que se constituyera la garantía equivalente; su integración en el caso de constituir alguna institución mediadora.

En el caso de mediador persona jurídica, se tendrá que solicitar la inscripción mediante el formulario que habilite, además de indicar los datos generales de la misma, deberá concretar las personas naturales que desarrollarán la actividad de mediación en representación de la persona jurídica, por estar inscritas en las secciones primera o segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación³⁴⁵.

Entre las funciones que le son atribuidas al mediador concursal se encuentra lo establecido en el art. 234 LCon en cuanto a la convocatoria de los acreedores se refiere, así como la realización del plan de pagos para alcanzar el acuerdo extrajudicial arts. 236 y 238 LCon, y

³⁴³ BOE nº 162, de 7 de julio de 2012.

³⁴⁴ Vid. art. 233 LCon en materia de nombramiento de expertos independientes. Además en su apartado 3º, se refiere a aquella publicidad conectada al nombramiento del mediador concursal. Y mediante el art. 198, apartado 1º de la LCon donde se establece que: “En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su refinanciación”.

³⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico del mediador concursal”, *op. cit.*, pp. 404 y 405.

la solicitud del concurso consecutivo *ex art. 242 LCon*³⁴⁶. Esta actuación, deberá ser guiada, como bien señala FERNÁNDEZ PÉREZ³⁴⁷, por aquellos principios de imparcialidad, neutralidad y de confidencialidad³⁴⁸, pero a su vez y en función del tenor del art. 35 de la LCon se exigirá al mediador concursal actuar con la diligencia de un ordenado administrador y representante leal.

Una vez que el mediador acepta el cargo, tendrá diez días para convocar al deudor³⁴⁹ y a aquellos que puedan verse afectados por el acuerdo. Esta reunión se llevará a cabo dentro de los dos meses siguientes a la aceptación y en el lugar o localidad donde el deudor tenga su domicilio (*ex art. 234 LCon*). La convocatoria se llevará a efecto por conducto notarial o cualquier otro medio escrito que garantice la recepción. Una vez recibida la comunicación, los acreedores con garantías reales que voluntariamente quieran intervenir en el acuerdo extrajudicial habrán de comunicarlo de manera expresa al mediador en el plazo de un mes, según establece el art. 234.4 de la LCon.

11.2 Responsabilidad del mediador concursal

Como bien se ha expuesto, la labor del mediador concursal va más allá de la sola mediación recogida en la Ley 5/2012 *de mediación*, ejerciendo –aunque no de manera expresa- ciertas funciones propias de la administración concursal. En ese sentido señala el artículo 14, de la Ley antes mencionada, que la aceptación de la mediación “obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo en responsabilidad en caso de incumplimiento en responsabilidades. Ante ello, desde el momento en que se acepta el cargo, surge también la

³⁴⁶ *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, I., *El mediador concursal*, *op. cit.*, p. 60.

³⁴⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Ibidem*, p. 404.

³⁴⁸ Confidencialidad en el sentido de no poder revelar ninguna información, y que comprende tanto las informaciones a las que las partes han accedido en virtud de su participación en la prohibición de la mediación, cuanto la prohibición que declaren en un proceso judicial o arbitraje iniciado con posterioridad. Esto constituye el “núcleo estructural” del procedimiento de mediación del cual dependerá su éxito o fracaso. *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N. “El estatuto...”, *op. cit.*, p. 414.

³⁴⁹ Según establece el art. 236.4º de la LCon, Los acreedores afectados tendrán diez días para aceptar o modificar la propuesta de negociación si en este caso no logran negociar, será el mediador quien solicitará de forma inmediata la declaración de concurso de acreedores.

obligación de cumplimiento, existiendo una relación jurídica entre mediador, deudor y acreedores³⁵⁰.

La responsabilidad del mediador tendrá una connotación subjetiva al existir culpa o dolo en su actuación en razón del cargo. La propia *Ley de emprendedores* en su reglamentación acerca del acuerdo extrajudicial de pagos no establece ningún precepto dedicado precisamente a la responsabilidad del mediador concursal debiendo para ello remitirnos a lo previsto en el art. 27 RD 980/2013, en el que se hace precisamente referencia a los daños y perjuicios, así como actos y omisiones; derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.

En todo caso, el mediador estará obligado a suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en aquellos conflictos que intervenga (*ex art. 11 Ley 5/2012*) situación que se asemeja precisamente a la responsabilidad de carácter contractual en razón del cargo que ostenta el administrador concursal³⁵¹ exigido en los arts. 36 y 37 LCon³⁵².

³⁵⁰ Señala sobre este aspecto, FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “*El estatuto...*”, *op. cit.*, p. 416, que una vez solicitado la apertura del expediente de mediación, el deudor debe abstenerse de solicitar la concesión de préstamos o créditos, debiendo devolver las tarjetas de crédito de que sea titular y abstenerse de usar medio electrónico de pago (art. 235.1 LCon). “...en cuanto a los acreedores, no podrán iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor, salvo algunas excepciones, y en general deberían abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en la que se encuentren respecto del deudor (art. 235.2 y 4 LCon). Así mismo, deberán asistir a la reunión de los acreedores convocada por el mediador, salvo los que hubieran manifestado su aprobación u oposición en los diez días naturales anteriores a la reunión”.

³⁵¹ Bajo esta línea, *cfr.* ZUMAQUERO GIL, L. “La responsabilidad civil de los administradores concursales” n°1, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2013, pp. 1 a 41.

³⁵² El artículo 36 de la Ley concursal en lo referente a la responsabilidad establece:

1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.
2. Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.
3. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso.

11.3 El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente del mediador concursal

Con el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales (BOE nº 241 de 6 de octubre de 2012) se establece una correlación de la obligación del administrador concursal, así como del mediador de formalizar un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente a fin de cubrir los daños y perjuicios que se derivan de la actuación de estos.

Esta inclusión como señala FERNÁNDEZ PÉREZ³⁵³ subyace como una obligación desde el momento del nombramiento y la aceptación del cargo, debiendo el mediador concursal ponerla en conocimiento al iniciar la actividad y manteniendo la cobertura vigente durante la tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos.

De las características que identifican el seguro del mediador concursal, cabe hacer referencia al carácter especial habida cuenta de no existir una reglamentación específica debiendo remitirse a los arts. 11 y 14 de la Ley 5/2012, relativo a la responsabilidad del mediador y a su desarrollo reglamentario a través del RD 980/2013.

Por otro lado, el carácter obligatorio, como condición *sine que non* al no poder ejercer su función sin la previa suscripción del seguro obligatorio (ex arts. 26 y 29 RD 980/2013)³⁵⁴

4. La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.

5. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

6. Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquellos.

³⁵³ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, *op. cit.*, pp. 404 y 405.

³⁵⁴ Artículo 29 Obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación. “Con independencia de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde, de acuerdo con la Ley

donde “*Todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus función*”.

En relación a los elementos personales o subjetivos del seguro, deberá coincidir la figura del tomador y el asegurado, que en su caso corresponde al mediador concursal, sea esta persona física o jurídica³⁵⁵, toda vez que la persona que incurre en responsabilidad por el desempeño de sus funciones es ésta. En relación a los elementos que conforman el seguro de responsabilidad civil, comprenderá además de las indemnizaciones a terceros, los gastos relativos a depósitos y fianzas³⁵⁶.

Es así que el art. 27 del RD 980/2013 establece que el seguro o garantía equivalente, comprenderá la cobertura de todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; así mismo se incluyen los derivados de la infracción de principios de imparcialidad y confidencialidad, así como la pérdida y extravío de documentación.

12. LA REGULACIÓN EUROPEA DE INSOLVENCIA Y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Sin duda, el Derecho concursal español ha sufrido una gran transformación y como no, debido en gran parte a aquellos cambios establecidos en el ordenamiento internacional y

de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador”.

³⁵⁵ Para un mejor estudio, *vid.* TAPIA HERMIDA, A. “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales”, *RDCP*, n° 10, 2013, p. 41; así también, QUIJANO, J., “La administración concursal” en PULGAR, J. (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011*, Madrid, 2012, p. 219.

³⁵⁶ Sobre esta línea *vid.* CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., “Consideraciones en torno a la Responsabilidad del Mediador Concursal” en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n° 10, 2015, pp. 6 a 25.

más en concreto con la entrada en vigor del Reglamento 1346/2000³⁵⁷ del Consejo de 29 de mayo de 2000 *sobre procedimientos de insolvencia*³⁵⁸, conocido por la doctrina como la “comunitarización del Derecho internacional privado”³⁵⁹. Una normativa elaborada por el Consejo de la Comunidad Europea para regular los procedimientos de insolvencia transfronterizos, donde no resulta necesario un “convenio internacional”³⁶⁰.

Para DOMÍNGUEZ³⁶¹ “*la frecuencia de las relaciones jurídico-privadas transfronterizas en el ámbito del mercado interior único, se proyecta con mayor intensidad en sede de crisis económica y financiera jurídicamente cualificada de empresarios profesionales y particulares. Ello ocasiona la eventual apertura de procedimientos nacionales de insolvencia paralelos (preconcursoales, concursoales, paraconcursoales) como consecuencia*

³⁵⁷ Vid. entre otros, CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos Internacionales del Derecho Concursal*, Ed. Laborum, Murcia, 2004, pp.360, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El reglamento de insolvencia: una aproximación general”, en AA.VV, *Cooperación Judicial Internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 229 a 352. DANIELE, L., “Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza” *RDIPP*, I, 2002, pp. 33 a 50; DE CESARI, P., “Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”, *RDIPP*, 2003, pp. 55 a 84; KOLMANN, K., “Diritto Fallimentare europeo ed internazionale. Il Regolamento (CE) n° 1346/2000 relativo alle procedure d’insolvenza”, *European Legal Forum*, fasc.3, 2002, pp. 167 y ss; VALLENS, J.L., “Procédures d’insolvabilité: présentation du règlement communautaire”, *Lamy droit comercial*, n°. 125, agosto-septiembre 2000, pp. 2 y ss.

³⁵⁸ Precisamente el Reglamento 1346/2000 se distingue de otros Reglamentos (*ex* 1347/2000, Reglamento 44/2001) por el hecho de no contener tan sólo reglas sobre competencia internacional y validez internacional de decisiones. Y es que el Reglamento 1346/2000 contiene también normas de conflicto de Leyes, que determinan la Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia.

³⁵⁹ Vid. BORRÁS RODRIGUEZ, A., “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam” *REDI*, Vol. II, 2000, pp. 383 y ss; DE BOER, M., “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, en *Essays F.K. Juenger*, New York, 2001, pp. 193-214.; BARIATTI, S., “La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del trattato CE”, *Diritto Unione Europea*, pp. 261 y ss.

³⁶⁰ Vid. CALVO CARAVACA, L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de ley aplicable”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, pp. 647 y ss.

³⁶¹ DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia”, en *Crónica de Legislación*, Universidad de Salamanca, enero-junio 2015, [en línea], disponible en: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366>, (Visto por última vez el 23 de agosto de 2016).

de la dispersión geográfica de bienes, derechos y obligaciones de toda índole integrados respectivamente en la masa activa y pasiva”.

Esta percepción acerca del momento en crisis ha supuesto, -como no-, la búsqueda de mejorar y agilizar el procedimiento, así, en mayo de 2015, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea (*DOUE*) el texto revisado del Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia a través del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, *sobre procedimientos de insolvencia* (texto refundido), reglamento que conserva la estructura esencial y normativo del Reglamento 1346/2000³⁶², introduciendo ciertas novedades esenciales como:

- i) La extensión en el ámbito de aplicación (art. 1) a los procedimientos híbridos o pre-concursales, esto es, la aplicación a los procedimientos de insolvencia, incluidos también los procedimientos pre-concursales que se encuentran reconocidos para la prevención y apertura del procedimiento concursal formal³⁶³.

Es decir, que el nuevo reglamento se aleja de la clásica perspectiva liquidatoria y se vuelca más hacia un modelo de segunda oportunidad y de conservación. Para este fin incluyen en su ámbito, los procedimientos concursales y preconcursales, así como los que tienen por objeto la exoneración del pasivo insatisfecho³⁶⁴. Por tanto, esta ampliación del ámbito material no sólo se circunscribe a los procedimientos judiciales colectivos públicos de insolvencia que impliquen el desapoderamiento del deudor, sino también a aquellos procedimientos extrajudiciales, refinanciación y

³⁶² Para un mejor análisis *Vid.* HERREO DE EGAÑA, J., “La reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia”, en ROJO, A., CAMPUZANO, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, t. II., Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 2509 y ss.

³⁶³ *Vid.* ADMINISTRADORES CONCURSALES. ORG, “Nuevo Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia. Breve análisis y principales novedades” [en línea], disponible en: <http://administradoresconcuriales.org/nuevo-reglamento-europeo-sobre-procedimientos-de-insolvencia-breve-analisis-y-principales-novedades/>. (visto por última vez el 18 de julio de 2016).

³⁶⁴ *Vid.* GARRIGUES NEWSLETTER, “Reestructuraciones e insolvencias” [en línea], disponible en: <http://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/newsletter-ri-junio-2015.pdf>. (visto por última vez el 8 de junio de 2016).

reestructuración, además de los que permitan al deudor la conservación de su patrimonio³⁶⁵.

- ii) Aclara el concepto de Centro de Intereses Principales, además de reforzar el control judicial de su locación, con el fin de prevenir localizaciones ficticias o artificiales. Posee un alcance universal y comprende todos los bienes del deudor, este situados dentro o fuera del Estado de apertura del concurso.

El artículo 3 del Reglamento reza: *“que tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. Este “centro de intereses” será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses”*. Las presunciones *iuris tantum* para la determinación del centro de intereses principales serán de tres meses para las personas jurídicas y profesionales, y seis meses para otros particulares.

- iii) La introducción de reglas sobre información y publicidad de los procedimientos concursales dentro de la Unión Europea, con lo que se impone a los Estados miembros la obligación de crear registros públicos concursales, así como la información que se deberá publicar en ellos. Se deberá contar con la interconexión de los registros pertenecientes a los estados miembros. (art. 24 Reglamento 2015/848). Desde la decisión de apertura del concurso, los acreedores extranjeros a través del formulario sobre notificación a los acreedores e insinuación de créditos, tendrán treinta días para señalar sus créditos.
- iv) En relación a los Procedimientos de Insolvencia Secundarios establecidos en el Capítulo III, artículos 34 y siguientes, será preciso acreditar la situación de insolvencia del deudor cuando el procedimiento principal no exija para su apertura que el deudor sea insolvente, la insolvencia del deudor no se examinará de nuevo en el Estado miembro en el que se pueda abrir un procedimiento de insolvencia secundario.

³⁶⁵ Vid. DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. “Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo...”, *op. cit.*, p. 273.

Esta construcción se realiza de manera unilateral, en virtud del cual la administración concursal del procedimiento de insolvencia principal se obliga a respetar el orden de prelación de créditos establecido por la Ley nacional sobre el procedimiento secundario³⁶⁶

Este procedimiento secundario podrá ser solicitado por el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal y cualquier otra persona o autoridad facultada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia con arreglo al Derecho del Estado miembro, en cuyo territorio se solicite la apertura del procedimiento de insolvencia secundario.

- v) Concurso de grupo de sociedades, a través de la cooperación y comunicación entre administradores concursales de sociedades del mismo grupo (art. 56), dicha cooperación podrá adoptar cualquier forma, incluida la celebración de acuerdos y protocolos.

Si bien el Reglamento establece un marco común para los procedimientos de insolvencia en la Unión Europea (UE). Las disposiciones armonizadas relativas a los procedimientos de insolvencia están destinadas a evitar el desplazamiento de haberes o de procedimientos judiciales de un país de la UE a otro para poder acogerse a la mejor situación desde el punto de vista jurídico en detrimento de los acreedores.

Con todo, el Reglamento Europeo constituido a través de 92 artículos pretende una refundición del Reglamento 1346/2000, aplicable a los procedimientos concursales que se abran con posterioridad al 26 de junio de 2017 (art. 84)³⁶⁷.

³⁶⁶ ORTEGA RUEDA, J., “El Reglamento 2015/848, una regulación actualizada para el fenómeno de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea”, *Revista Lex Mercatoria*, nº 15, 2015, pp. 66-69, [en línea], disponible en: revistas.innovacionumh.es/index.php?journal=articulo_2_lexmercatoria (Consultado por última vez el 8 de agosto de 2016).

³⁶⁷ Cfr. GARCÍMARTÍN, F., “El nuevo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia” en *Almacén de Derecho*, [en línea], , disponible en: <http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-sobre-procedimientos-de-insolvencia-i/>, (visto por última vez el 16 de septiembre de 2016), quien advierte que: “*si bien la vacatio puede parecer excesiva, hay que tener en cuenta que, pese a ser una norma de eficacia directa, la aplicación de algunos de sus preceptos requiere la introducción de normas de acompañamiento nacionales, lo que conllevará, en el caso de España, más reformas de la Ley Concursal. Y*

12.1 La Administración Concursal en el Reglamento Europeo 2015/848 de 20 de mayo

A partir del Reglamento 1346/2000, el *síndico*, resulta ser un elemento fundamental en el proceso de insolvencia, porque de él depende el buen funcionamiento del sistema de procedimientos secundarios³⁶⁸. Así, este órgano se constituye a partir de cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor (art. 2.b Reglamento 1346/2000)³⁶⁹.

Con la modificación al Reglamento 1346/2000, su importancia es más que significativa, por cumplir en el proceso de insolvencia un puente a través de comunicaciones y acciones entre los estados miembros de la unión. Tal es su importancia, que el Reglamento 2015/848 de 20 de mayo, en su artículo 2.5 viene a definir a los administradores concursales como: *Cualquier persona u órgano cuya función, incluso de manera provisional, sea: i) comprobar y admitir pretensiones formuladas en procedimientos de insolvencia; ii) representar el interés general de los acreedores; iii) administrar, total o parcialmente, los bienes de los que se ha despojado al deudor; iv) liquidar los bienes a los que hace*

*por otra parte, y en la medida en que muchas modificaciones son de naturaleza interpretativa, el nuevo texto, aún sin estar en vigor, ofrece un referente imprescindible para interpretar y aplicar el texto vigente". Vid. también, CARRASCO PERERA, A., "Los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento europeo e insolvencia: el caso español", en *Comentarios al nuevo Reglamento comunitario de insolvencia*, GÓMEZ-ACEBO & Pombo [en línea], disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/los-procedimientos-de-preinsolvencia-en-el-reglamento-europeo-de-insolvencia-el-caso-espanol.pdf>. (visto por última vez 17 de septiembre de 2016).*

³⁶⁸ El proyecto de iniciativa comunitaria acerca de la insolvencia de 1982, ya dedicaba varios artículos al síndico, como órgano importante y representativo de la quiebra, centrándose en la idea de que a este le corresponde ejercer en el territorio de los Estados contratantes las facultades que le atribuya la Ley del Estado de apertura de la quiebra, como manifestación del principio de universalidad en sentido estricto. Además de regular la posibilidad de que un síndico de un procedimiento universal pueda actuar en otro Estado como hacía el proyecto de 1982 únicamente, a partir del anteproyecto de 1991, pasando por el proyecto de 1994, el Convenio de Bruselas de 1995 y la propuesta de Alemania y Finlandia hasta llegar al Reglamento comunitario de 2000; los legisladores regulan incluso la posibilidad de la existencia de un segundo síndico. *Vid. CANDELARIO MACÍAS, I., Lecciones de Derecho Concursal, op. cit., p. 220.*

³⁶⁹ El nombramiento del síndico se acreditará mediante la presentación de una copia certificada conforme al original de la decisión por la que se le nombre o por cualquier otro certificado expedido por el tribunal competente (art. 19 Reglamento 1346/2000).

referencia el inciso iii) y v) supervisar la administración de los negocios del deudor³⁷⁰. Este marco normativo será aquél en la que los Estados parte deberán establecer las disposiciones adecuadas para resolver posibles conflictos de intereses³⁷¹.

La publicación acerca del nombramiento del administrador concursal hará que este o el deudor, no el deudor no desahogado soliciten que la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia y, en su caso, la decisión de nombrar al administrador concursal, se publiquen en cualquier otro Estado miembro en el que exista un establecimiento del deudor, de conformidad con los procedimientos de publicación previstos en dicho estado miembro. En esa publicación se precisará, en su caso, el administrador concursal nombrado (*ex art. 28.1 R 2015/848*).

³⁷⁰ La Ley Modelo de UNCITRAL de 1997, recomendada por la *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas* en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997 introduce en la LCon un influjo que se traduce en lo dispuesto por el Capítulo IV, *De la Coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia* (art. 227 LCon) que delimita las obligaciones de cooperación y que prescribe que la administración concursal del concurso declarado en España y el representante o administrador de un procedimiento extranjero de insolvencia, se encuentran sometidos a un deber de cooperación recíproca en el ejercicio de sus funciones, bajo la supervisión de los tribunales, jueces o autoridades extranjeras, esta cooperación podrá consistir en:

1º El intercambio, por cualquier medio que se considere oportuno, de informaciones que puedan ser útiles para el otro procedimiento, sin perjuicio del obligado respeto de las normas que amparen el secreto o la confidencialidad de los datos objeto de la información o que de cualquier modo los protejan. Existirá la obligación de informar de cualquier cambio relevante en la situación del procedimiento respectivo, incluido el nombramiento del administrador o representante, y de la apertura en otro Estado de un procedimiento de insolvencia respecto del mismo deudor.

2º La coordinación de la administración y del control o supervisión de los bienes y actividades del deudor. 3º La aprobación y aplicación por los tribunales o autoridades competentes de acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos. Existe una diferencia comparativa del Reglamento Comunitario 1346/2000 con la Ley Modelo en cuanto esta última se considera una norma sin vinculación obligatoria respecto al Reglamento, en el que viene a caracterizarse como una técnica denominada *soft law*. Esta Ley Modelo, contempla la dualidad de procedimientos al igual que el Reglamento comunitario, en la que remite al legislador que deba implementar la norma, la determinación de cuales han de ser los Tribunales que conozcan de los procedimientos de reconocimiento, así como la cooperación judicial. En otro orden, la Ley Modelo exige necesariamente ser completada por los Derechos internos al implementarla, en relación con los operadores jurídicos llamados a aplicarla dependientes de cada Estado. *Vid.* CANDELARIO MACÍAS., I., *Lecciones de Derecho Concursal, op. cit.*, pp. 232 y 233.

³⁷¹ El art. 22 del Reglamento 2015/848 requiere para el nombramiento del administrador concursal la presentación de una copia certificada conforme al original de la decisión por la que se le nombre o por cualquier otro certificado expedido por el órgano jurisdiccional competente. Pudiendo exigirse su traducción en la lengua o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro en cuyo territorio pretenda actuar.

Respecto a sus atribuciones: una vez nombrado por un órgano jurisdiccional competente, este podrá ejercer en otro Estado miembro, todas las facultades que le hayan sido conferidas por la Ley del Estado de apertura del procedimiento mientras no se haya abierto otro procedimiento de insolvencia, ni se haya adoptado medida cautelar contraria alguna como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en ese estado. Además, la administración concursal podrá, en particular, trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del estado miembro en que se encuentren (*ex art. 21 R 2015/848*).

Por vía judicial o extrajudicial el administrador concursal podrá hacer valer en cualquier otro estado miembro que un bien inmueble ha sido trasladado del territorio del estado de apertura del procedimiento al territorio de ese otro Estado miembro tras la apertura del procedimiento de insolvencia³⁷². En todo caso, el administrador concursal deberá cumplir la Ley del estado miembro en cuyo territorio quiera actuar, en lo que podría consistir la realización de los bienes.

Para ESPLUGUES³⁷³ los poderes del síndico concursal en el procedimiento principal están sometidos a dos limitaciones: El primero, relativo al reconocimiento automático de la condición de síndico se subordina a que no se haya iniciado ningún procedimiento de insolvencia territorial o adoptado medida cautelar contraria como consecuencia de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado. Lógicamente, los bienes no pueden estar sometidos a los poderes de dos síndicos distintos. Una vez abierto un procedimiento territorial cesan los poderes del síndico del procedimiento principal, en nuestro caso, declarado en España, y es sustituido por el síndico territorial.

³⁷² El Reglamento 2015/848 lleva adelante un sistema de interconexión de los registros de insolvencia que estará compuesto por los registros y el Portal Europeo e-Justicia, que actuará como punto central de acceso electrónico público a la información disponible en el sistema. Este sistema, ofrecerá una búsqueda en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión con el fin de hacer accesible la información obligatoria. (art. 25.1 LCon).

³⁷³ESPLUGUES MOTA, C., “Procedimientos concursales con elementos de extranjería: competencia judicial internacional, ley aplicable al proceso y eficacia en España de los concursos iniciados en el extranjero”, AA.VV., *Suspensión de pagos, quiebra, e insolvencias punibles. Doctrina, Jurisprudencia y formularios*, T. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 2401.

En segundo lugar, la administración concursal debe respetar, en el ejercicio de sus poderes, la ley del Estado en cuyo territorio quiera actuar, en particular las modalidades de realización de los bienes. Estos poderes no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios y controversias (art. 18.3 R 1346/2000)³⁷⁴.

Si nos referimos a procedimientos de insolvencia secundarios y con el fin de evitarlos, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal podrá contraer un compromiso unilateral con respecto a los bienes situados en el Estado miembro en el que pueda abrirse un procedimiento de insolvencia secundario según el cual, al distribuir dichos bienes o los importes percibidos como resultado de su realización, cumplirá con las órdenes de prelación del Derecho nacional a la que se acogerán los acreedores en caso de que se abriera un procedimiento de insolvencia secundario en dicho Estado miembro.

En caso de que el administrador concursal haya adquirido un compromiso acerca de los procedimientos secundarios, informará a los acreedores locales sobre el reparto previsto antes de la distribución de los bienes e importes. Si esa información no cumple las condiciones del compromiso adquirido o de la normativa aplicable, cualquier acreedor local podrá impugnar dicha distribución ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia principal. En todo caso, el administrador concursal será responsable de cualquier perjuicio causado a los acreedores locales como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

En los supuestos de concursos secundarios, deberá existir cooperación y comunicación relevante acerca del concurso como así dispone el art. 41 del R 2015/848 cuando subraya que: entre el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal y aquel de los procedimientos de insolvencia secundarios relativos a un mismo deudor deberán cooperarse entre sí en la medida en que dicha cooperación no sea incompatible con las normas aplicables a los respectivos procedimientos, debiendo a tal fin:

³⁷⁴ Si las personas afectadas por la actuación de la administración concursal no acceden voluntariamente a su ejecución y se requieren medidas de apremio sobre bienes o personas, el síndico debe acudir a las autoridades del Estado donde las personas de los bienes están situados para su adopción y ejecución.

- i) Comunicar lo antes posible toda información que pueda resultar útil para el otro procedimiento, en especial el estado de la presentación y comprobación de los créditos y todas las medidas destinadas al rescate o reestructuración del deudor o a la conclusión de los procedimientos, siempre que se adopten las medidas oportunas para proteger la información confidencial.*
- ii) Estudiarán la posibilidad de reestructuración del deudor, y si existe tal posibilidad, coordinarán la elaboración y la aplicación de un plan de reestructuración.*
- iii) Coordinarán la administración de la realización o la utilización de los bienes y negocios del deudor, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario ofrecerá al administrador concursal del procedimiento principal la posibilidad de presentar, con la debida antelación, propuestas relativas a la realización o a cualquier otra utilización de los activos del procedimiento de insolvencia secundario.*

De la misma manera, en que deberá existir cooperación y comunicación entre administradores concursales de procedimientos principales y secundarios, deberá existir una cooperación con los órganos jurisdiccionales, para lograr ese fin, el administrador concursal del procedimiento principal cooperará y se comunicará con cualquier órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado una solicitud de apertura o que haya abierto un procedimiento de insolvencia secundario. En caso de que resulte un procedimiento de insolvencia territorial o secundario cooperará y se comunicará con el órgano jurisdiccionalmente el que se haya presentado una solicitud de apertura o que se haya abierto un procedimiento de insolvencia principal.

Cuando se trate de procedimientos de insolvencia abierta relativas a miembros de un grupo de sociedades, la administración concursal podrá, en aplicación del art. 60 del Reglamento 2015/848: *i) Ser oído en cualquiera de los procedimientos abiertos respecto de cualquier otro miembro del mismo grupo; ii) Solicitar la suspensión de cualquier medida relacionada con la realización de los activos en el procedimiento abierto respecto de cualquier otro miembro del mismo grupo, siempre que: sea posible un plan de reestructuración que tenga posibilidades razonables de éxito o que dicha suspensión sea necesaria para garantizar la*

adecuada realización del plan de reestructuración; *iii*) el plan de reestructuración redunde en beneficio de los acreedores en el procedimiento para el que solicite la suspensión.

Con este panorama, encontramos de un lado un procedimiento universal abierto en aquél Estado en donde el deudor tenga su centro de interés principal, y de otro, un procedimiento secundario abierto en el Estado en donde el deudor posea un establecimiento. La diferencia en la que se fundamentan ambos procedimientos según CANDELARIO³⁷⁵ es que el primero posee un carácter universal por el que se someten todos los bienes del deudor a escala mundial, así como se incluyen todos los acreedores³⁷⁶; y el segundo posee un carácter nacional y que se limita a los activos en el Estado en que se trate. Una vez admitida la posibilidad de la coexistencia de ambos procedimientos, será necesario el que no se conviertan en “procedimientos estancos” como bien señala la autora. Para evitar la coexistencia en el tiempo de procedimientos de insolvencia y que afecte al mismo deudor además de tener como escenarios distintos Estados se establecen medidas de coordinación que se decantan a favor del procedimiento universal como principal que resulta³⁷⁷.

12.1.1 El Coordinador - administrador concursal

Surge una nueva figura en el desarrollo del proceso de insolvencia europeo, el *Coordinador*, quien será nombrado en virtud del Derecho de un Estado miembro como administrador concursal. El coordinador no será ninguno de los administradores concursales nombrados para actuar respecto de los miembros del grupo, y no tendrá conflicto de intereses alguno respecto de tales miembros, de sus acreedores o de los

³⁷⁵ Vid. CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal*, op. cit., p. 222.

³⁷⁶ Vid. ALBA FERNÁNDEZ, M., “Armonía y armonización en el régimen de la insolvencia transfronteriza y los derechos con garantía real sobre el buque o la aeronave”, en *RDCP*, nº 25, 2016, pp. 93 a 112.

³⁷⁷ La figura clave que representa el síndico, se traduce en la coordinación y en su caso subordinación en un procedimiento principal o secundario (arts. 24; 29; 33 del Reglamento 1346/2000) y que instruye desde la apertura de un procedimiento secundario hasta la proposición de un plan de saneamiento o convenio en el procedimiento secundario y así finalizar sin liquidación. Otra manifestación en función de jerarquía que tiene el síndico es la obligación que tiene de transmitir sea en un procedimiento principal o secundario el excedente del activo si la liquidación de activos del procedimiento secundario permitiera satisfacer todos los créditos del mismo (art. 35 del Reglamento 1346/2000).

administradores concursales nombrados respecto de cualquiera de los miembros del grupo (ex art. 71 R 2015/848).

En este sentido, el coordinador, desarrollará sus funciones en el marco de lo establecido por el art. 72 del Reglamento 2015/848, debiendo: *“Determinar y elaborar las recomendaciones para la sustanciación coordinada de los procedimientos de insolvencia; propondrá también un plan de coordinación de grupo que determine, describa y recomiende un conjunto completo de medidas adecuadas para un planteamiento integrado de la resolución de la insolvencia de los miembros del grupo”*.

Podrá también ser oído y participar, en particular asistiendo a las reuniones de la junta de acreedores, en cualquiera de los procedimientos abiertos respecto de cualquier miembro del grupo. Por otro lado, mediará en las posibles controversias que surjan entre dos o más administradores concursales de miembros del grupo, también podrá presentar y explicar sus planes de coordinación de grupo a las personas u organismos a los que deba informar en virtud del Derecho nacional de estos. Y, por último, solicitar información de cualquier administrador concursal respecto de cualquier miembro del grupo cuando dicha información sea o pueda ser de utilidad para determinar y elaborar estrategias y medidas destinadas a coordinar los procedimientos.

13. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO

Durante la última década, muchos países de nuestro entorno han experimentado modificaciones de gran calado en su legislación concursal, y, más concretamente, el órgano de administración concursal, que se erige junto con el juez de lo mercantil en instituciones centrales del concurso³⁷⁸. Frente a este panorama, SCHMIDT³⁷⁹ da cuenta de una “ola reformadora” por la que atraviesan aquellos países industrializados, que sostienen un

³⁷⁸ Vid. TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal. Claves para entender su régimen jurídico*, op. cit., p. 176.

³⁷⁹ SCHMIDT, K., “La reforma del Derecho Concursal Italiano y el Derecho Concursal Alemán. Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana”. *ADC*, nº. 10, 2007, p. 304.

sistema jurídico avanzado donde una nueva configuración del órgano de administración concursal, equivale a definir el futuro del concurso.

13.1 La Administración Concursal en el Derecho italiano. *Il Curatore*

A través de la Ley 80 de 14 de marzo de 2005³⁸⁰ *Legge Fallimentare* (en adelante LF), se instauró en Italia una reforma del régimen de concordato preventivo, además de incorporar el acuerdo de reestructuraciones de deudas. Este procedimiento ha sido caracterizado como una forma de privatización del procedimiento concursal³⁸¹, aludiendo a la conceptualización de la insolvencia como un fenómeno grave de la evolución empresarial. La idea del legislador italiano para su redacción, radica en considerar a las partes, deudores y acreedores, antes que al juez; actores de carácter individual para la solución de la crisis, además de estructurar la solución. Por tanto, el empresario y acreedor son libres de poder asumir, según sus propios intereses, las soluciones de crisis; teniendo el juez como función resolver controversias y controlar la regularidad de actos³⁸².

Los órganos de la quiebra que se regulan en el Capítulo II de la *Legge Fallimentare*, se dividen en cuatro secciones dedicadas: al tribunal de la quiebra (arts. 23 y 24); el juez delegado (arts. 25 y 26); el curador (arts. 27 a 39) y al comité de acreedores (arts. 40 y 41).

En relación al curador, que es la figura que nos interesa, resulta ser un órgano externo en el procedimiento concursal. Órgano que según el art. 28 LF, podrán desarrollar tanto una persona física como una sociedad profesional, en cuyo caso, y tal como vimos en la LC en España, se deberá designar a una persona física responsable del procedimiento. Así, entre los que podrán desarrollar la actividad de *curatore* se tiene: *a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti* (Abogados, doctores comercialistas,

³⁸⁰ Ley que ha sufrido una modificación enunciada como “decreto correctivo” mediante el decreto legislativo 169 del 12 de septiembre de 2007, logrando superar algunas erratas.

³⁸¹ DASSO, A., “Derecho Italiano” en *Tratado del Síndico Concursal*, GRAZIABILE, D. (Dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 776 y ss.

³⁸² RORDORF, R., “El proyecto de reforma del derecho Concursal italiano, en *RDCP*, n° 25, 2016, pp. 291 a 308.

“ragionieri” graduados en la conducción económica-administrativa de la hacienda).; b) *studi professionali associati o società tra professionisti* (Estudios de profesionales asociados o sociedades entre profesionales, en tanto los socios tuvieren los requisitos exigidos por la ley); c) *coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni*.³⁸³.

La designación del *curatore* estará a cargo del Tribunal de la quiebra, (*sentenza dichiarativa di fallimento, o, in caso di sostituzione o di revoca, con decreto del tribunale*)³⁸⁴ quienes lo nombran en la misma sentencia declarativa de quiebra pudiendo ser sustituido y además revocado por el órgano que lo nombró (art. 16, 2 y 27.1 LF). También podrá solicitarse la sustitución del curador por aquello establecido en el art. 37 LF, en el cual los acreedores presentes en la audiencia de verificación del pasivo, que represente la mayoría de los créditos admitidos, requieran la sustitución de éste, mediante causa fundada, proponiendo uno nuevo, debiendo reunir los requisitos establecidos por el art. 28 LF (reformada).

En relación a sus funciones, el *curatore* no representa ni al deudor ni a los acreedores, pero mantiene la esencia de ser un órgano que administra el patrimonio, como bien lo expone TOMÁS TOMÁS³⁸⁵, bajo la vigilancia del *giudice delegato*³⁸⁶ y del *comitato dei*

³⁸³ En el mismo procedimiento no puede existir más que un curador. Su función resulta intransmisible porque la unidad consagrada por la Ley quedaría conculcada en caso contrario.

³⁸⁴ La exposición del art. 16 de la *Legge Fallimentare* señala: “*Il tribunale dichiara il fallimento con sentenza, la quale: 1) nomina il giudice delegato per la procedura; 2) nomina il curatore; 3) ordina al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell’elenco dei creditori, entro tre giorni, se non è stato ancora eseguito a norma dell’articolo 14; 4) stabilisce il luogo, il giorno e l’ora dell’adunanza in cui si procederà allésame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza, ovvero centottanta giorni in caso di particolare complessità della procedura; 5) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell’adunanza di cui al n° 4 per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione*”.

³⁸⁵ TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, op. cit., pp. 178 y 179.

³⁸⁶ Con la reforma prevista por el Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, núm. 5, la posición del *giudice delegato* ha perdido facultades como bien lo señala CATALLOZZI, P., “Amministrazione del patrimonio fallimentare, Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni”, *Il Fallimento*, n° 9, 2009, p. 7.

*creditori*³⁸⁷ con el fin de tutelar los intereses del deudor y de los acreedores. Es así que el art. 31 LF en relación a las funciones del *curatore* precisa que: “(...) *tiene la administración del patrimonio de la quiebra y cumple todas las operaciones de procedimiento bajo la vigilancia del juez delgado y del comité de acreedores en el ámbito de las funciones atribuidas*”. Al ser un órgano externo no forma parte del elenco judicial que se encuentra limitado, exclusivamente, al tribunal *fallimentari* y al juez delegado³⁸⁸.

En este ámbito de funciones, sólo ejerce una función pública en propio interés de la justicia. El propio texto legislativo lo califica de *oficial público*³⁸⁹, sin perjuicio de los poderes que, emergentes de la misma Ley, le asisten para sustituir al deudor en la titularidad de determinadas relaciones y, al mismo tiempo, tutelar intereses de los acreedores (art. 30 LF). Al poseer el carácter de oficial público, sus funciones resultan intransmisibles (art. 32 LF), manteniendo tan sólo la posibilidad de delegación de determinadas operaciones, como es el caso de la evaluación de los bienes o defensa del juicio, a través de la colaboración de los llamados auxiliares (“coauditores”)³⁹⁰. Daremos cuenta entonces que tras la reforma, el curador gestiona, los acreedores autorizan, y el juez vigila³⁹¹.

³⁸⁷ La diferencia acerca del control que ejercen cada uno de estos órganos radica en que el *giudice delegato* actúa a través del control general del proceso, por su parte, el *comitato dei creditori*, actúa como órgano colegiado a través de 3 o 5 miembros, los cuales ejercen la función de control sobre el patrimonio, además de aquellas operaciones del procedimiento.

³⁸⁸ DASSO, A., “Derecho Italiano”, *op. cit.*, p. 783.

³⁸⁹ En este sentido *Vid.* VITALONE, V., “Gli organi del fallimento” *il diritto processuale del fallimento*, Giappicheli, Torino, 2010, p. 115 quien afirma que: *come prima, è affidata l'amministrazione del patrimonio Fallimentare ma non plu sotto la direzione del Giudice delegato. Egli pertanto amministra in piena autonomia, seppur la sua attività è subordinata sotto vari profili al controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori*”.

³⁹⁰ A través de modificaciones con la Legge 14 maggio 2005, n°. 80 se amplían de sobre manera las facultades de los acreedores y el *curatore*, a quien corresponde desde entonces, la obligación de informar acerca de la gestión desarrollada por estos al *comitato dei creditori*.

³⁹¹ *Vid.* PACCHI, S., “La reforma del Derecho concursal italiano” *Derecho de los Negocios*, n°. 187, 2006, pp. 7 a 19.

En una compleja posición que sitúa al *curatore*, como tercero o como parte, dependiendo si actúa desde un orden institucional o la posición del deudor³⁹². Siguiendo a DASSO ARIEL, elabora una relación de deberes del curador establecido en la *Legge Fallimentare* y que se derivan en:

- La obligación de aceptar el cargo dentro de los dos días, y que su falta de aceptación es considerada como renuncia (art. 28 y 29 LF).
- Coloca las garantías de seguridad sobre los bienes del fallido y de la empresa en su caso (art. 84 LF reformada).
- Redacta a la brevedad posible el inventario de los bienes, con presencia de secretario e información al fallido y al comité de acreedores (art. 87 LF).
- Redacta la información sobre las causas de la cesación de pagos, para lo cual dispone de sesenta días desde la sentencia de quiebra; evalúa la conducta del deudor, el estado del patrimonio y las razones objetivas del cese empresarial (art. 33 LF).
- Redacta, en los seis meses siguientes al informe anterior, un resumen retrospectivo de su actividad; indica las informaciones acopiadas posteriores a la primera relación informativa y rinde cuentas de su gestión (art. 33 LF reformada).
- Presenta un balance del último ejercicio en caso de omisión del deudor, lo revisa y lo completa, en su caso (art. 89 LF).
- Presenta al juez demanda de autorización para la preanotación del débito de las tasas e impuestos relativos al procedimiento y denuncia, en su caso, la inexistencia de dinero líquido para el desarrollo de actividad (art. 91 LF).
- Interviene examinando las demandas tardías de verificación y eventualmente la contesta (art. 101 LF), y presenta tanto las demandas de revocación contra el

³⁹² Vid. NIGRO, A. & VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2ª ed., Bologna, 2012, pp. 105 y ss.

decreto del juez de admisión de un crédito como las de impugnación contra las demandas acogidas (art. 98 LF).

- Presenta cada cuatro meses un resumen de sumas disponibles y depositadas y un proyecto de distribución entre los acreedores con la reserva de los que deban ser afectados a gastos de procedimiento. Así también rinde cuentas de su gestión una vez liquidado el activo y antes de la distribución final. Es al juez a quien corresponde su aprobación, pero si las cuentas hubieran sido cuestionadas, se abre un procedimiento que se sustancia ante el tribunal fallimentario en cámara de consejo (art. 116 LF).
- Presenta al Juez delegado el informe sobre el resultado de la votación de los acreedores respecto de la propuesta (art. 129.1 LF), y en caso de ser aprobada, debe cumplir la orden del juez delegado en el sentido de dar inmediata comunicación al proponente para que requiera la homologación del concordato.

En defecto de que el comité de acreedores no presente el informe motivado con su parecer definitivo sobre el resultado de la votación, el curador debe presentar ese informe dentro de los siete días siguientes al vencimiento de los quince días y no más de treinta de los que dispone el comité (*ex art. 129 LF reformado, según decreto legislativo 169 del 19 de septiembre de 2007*).

Como vemos, el curador adquiere responsabilidades de administración ordinaria, sin la intervención de otros órganos y liquidación, sometido a la vigilancia del juez delegado y del comité de acreedores.

En cuanto a los actos de administración y la conducta omisiva del curador, pueden ser causa de reclamo dentro de los ocho días del conocimiento del acto o, en caso de omisión, del vencimiento del término fijado en la resolución a proveer. El curador podrá ser oído ante el tribunal, contra aquella resolución del juez delegado.

Al ser la responsabilidad conceptuada de naturaleza contractual, el factor de imputación es la culpa. Y, se considerará extracontractualmente responsable respecto de los daños ocasionados a terceros. La doctrina de la Casación establece que la promoción de las

acciones de responsabilidad extracontractual no está condicionada a la terminación del procedimiento, y en la hipótesis de su promoción durante el mismo el tribunal tiene la potestad de remover al curador³⁹³.

En relación a la retribución del curador, esta será proporcional al activo y pasivo de la quiebra (La Casación resuelve que la retribución del curador atiende al activo realizado y no al mero inventario). En caso de cese de funciones, la compensación se mide según el pasivo verificado y el activo pendiente de realización.

Si hubiese sucesión en el cargo, la regulación en conjunto no podrá superar el porcentual con relación al activo final, rigiendo el criterio de proporcionalidad y liquidación al finalizar el procedimiento (art. 39.3 LF reformada).

13.2 La Administración Concursal en el Derecho francés. *La Administrateur Judiciaire et le Mandataire Judiciaire*

En el año 2005, Francia promulga una de sus más recientes reformas concursales a través de la denominada “salvaguarda de empresas”, que tiene por objetivo la reorganización de la empresa para poder permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el arreglo del pasivo a través de un plan aprobado por decisión judicial como resultado de un período de observación en la que se prevé la continuidad de la empresa, o en su caso, la cesión de esta.

El rector del proceso como en el procedimiento concursal español, radica en la figura del *Juez Comisario*, que es designado en la resolución de apertura del procedimiento, con el afán de velar por el desarrollo del proceso, y la protección de los intereses enfrentados³⁹⁴. Entre sus actuaciones relevantes se encuentra la información en todo momento acerca del desarrollo del proceso por el administrador, el mandatario judicial o el liquidador, e incluso el Ministerio Público.

³⁹³ DASSO, A., “Derecho Italiano”, *op. cit.*, p. 793.

³⁹⁴ KLEIDERMACHE, A., “Derecho Francés” en *Tratado del Síndico Concursal*, GRAZIABILE, D. (Dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 838 y ss.

En cuanto a la figura del síndico, hasta antes de la aprobación de la normativa vigente, existía una complejidad de funciones en la que el síndico, ostentaba la representación del deudor y de la masa de acreedores; esto llevó al legislador a establecer nuevos principios modificando la normativa a través de la *Loi núm. 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*.

Es así que a través del *Code de Commerce* tras la promulgación de la Ley de salvaguardas de 2005, - *Loi de sauvegarde des entreprises dans difficultés* núm. 585 del 26 de julio de 2005- se establecen dos figuras representativas del orden similar a la administración concursal: un administrador judicial y un mandatario liquidador –*sauvegarde o redressement judiciaire* -.

Como bien expone DASSO³⁹⁵ la actuación de cada uno de estos órganos se prevé mediante la dificultad o no en la que se encuentre la empresa, así por ejemplo si la empresa se encuentra en dificultades y no puede hacer frente al pago a sus acreedores, será el *mandataire judiciaire* quien represente a estos. La designación del mandatario judicial será obligatoria en todo proceso colectivo y su elección será atribuida al Tribunal de Comercio, pudiendo nombrar varios a pedido del Ministerio Público o de oficio en el caso de saneamiento judicial. No podrá, en ningún caso, ejercer ninguna otra profesión, salvo funciones de mandatario o de conciliador en el marco de un arreglo amistoso, o de comisario en la ejecución de un plan (art. L. 812-8 del Código de Comercio). El tribunal podrá nombrar a una persona física que justifique experiencia o calificación en relación a la naturaleza del negocio, e independencia con relación a la empresa (art. L.812-2, II del Código de Comercio).

Dentro sus atribuciones se encuentra: la defensa de los intereses de los acreedores (en el procedimiento de salvaguarda o de saneamiento judicial) además de ser liquidador cuando la empresa entra precisamente en liquidación judicial. Actuará además, en nombre e interés colectivo de los acreedores correspondiéndole ejercer acciones judiciales del interés

³⁹⁵ Vid. DASSO, A., *Derecho Concursal Comparado*, T. II, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 825.

colectivo³⁹⁶. Así también procederá a la verificación de los créditos declarados estableciendo el estado de éstos y sometiendo al conocimiento del juez comisario

Cuando el deudor se encuentre en un proceso de liquidación judicial, el mandatario deberá proceder a las operaciones de liquidación, organizando las cesiones de activos y la repartición de fondos entre los acreedores (art. L. 641-4 Código de Comercio). Por su parte el art. 812-2 del Código de Comercio, disciplina que, al pasar de un procedimiento de salvaguarda o saneamiento, al de liquidación judicial, el mandatario judicial puede ser designado como liquidador, pero el Tribunal puede, por decisión fundada, elegir a otra persona³⁹⁷.

Por otro lado, y cuando la empresa se encuentre en dificultades, pero de algún modo puede aún hacer frente al pago de sus deudas *-sauvegarde-* será el *administrateur judiciaire*, quien en colaboración con los administradores de la empresa se buscarán las posibles vías de solución, bien sea a través de financiación o venta de activos que logren evitar la liquidación, debiendo a tal efecto informar al juez, de todo cuanto acto se produzca.

13.3 La Administración Concursal en el Derecho alemán. *Die Insolvenzverwalter*

La legislación concursal alemana al igual que la Ley concursal en España, ha sido objeto de profundas reformas. Hasta la promulgación de la *Insolvenzordnung* (en adelante InsO) en octubre de 1994 el sistema concursal alemán se encontraba disperso a través de un procedimiento liquidatorio de la *Konkursordnung* de 1887 y un convenio judicial de la *Vergleichsordnung* de abril de 1935. Con la InsO se logró unificar criterios³⁹⁸ para el

³⁹⁶DASSO, A., *Derecho Concursal Comparado*, *op. cit.* p. 841.

³⁹⁷ KLEIDERMACHE, A., “Derecho Francés”, *op. cit.*, p. 842.

³⁹⁸ La unificación de criterios mantiene ambos procedimientos, liquidativo y preventivo y aunque ambos se conjuncionen en un nuevo procedimiento, busca que la liquidación del patrimonio o un plan de saneamiento (*Insolvenzplan*) sean medidas de satisfacción del cobro del crédito y el saneamiento de la empresa. En ese sentido *Vid.* FERRÉ J.; KELLER, N., “La reforma de la legislación concursal alemana” en *ADC*, n.º. 27, 2012, pp. 327 a 334.

tratamiento de la crisis empresarial, con el común denominador de la satisfacción de los acreedores³⁹⁹.

En relación al administrador del concurso, - *Konkursverwalter* hasta antes de la entrada en vigor de la *InsO* e *Insolvenzverwalter a posteriori*- es el juez quien tiene la facultad de nombrar un administrador provisional que lleve adelante la administración de la empresa hasta la apertura del procedimiento en aplicación del artículo 21 de la *InsO*. Resultará interesante entender, que una vez designado este administrador provisional, sea él mismo quien determine acerca de que si el patrimonio del deudor resulta suficiente para cubrir los gastos del procedimiento.

En noviembre de 2011 a través del Senado alemán se aprueba la Ley de mejora en la reestructuración de empresas -*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*- que entró en vigor a partir del 1 de marzo de 2012 modificando algunos preceptos de la Ley de Insolvencia alemana⁴⁰⁰. La *ESUG* refuerza el papel del comité de acreedores que tenía hasta ese momento funciones de carácter residual y que se constituía una vez declarado el concurso⁴⁰¹. El art. 22.1 *InsO*, establece aquella nueva normativa en casos en que la empresa deudora supere un tamaño determinado, debiendo el juez convocar precisamente a un comité de acreedores, bien sea en la fase provisional del concurso y de forma inmediata tras la solicitud del concurso instada por el deudor.

Será importante que el deudor en aras de poder garantizar la participación de los acreedores y la elección de los miembros del comité de acreedores provisional, establezca una lista en

³⁹⁹ Vid. TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, op. cit., p. 181.

⁴⁰⁰ Entre los principales objetivos de esta nueva reforma encontramos: 1) El facilitar las reestructuraciones de empresas que se encuentren en dificultades financieras; 2) Otorgar una mayor influencia a los acreedores en el desarrollo del procedimiento concursal; 3) Simplificar el proceso de adopción del plan de insolvencia y 4) priorizar el régimen de intervención de facultades de administración sobre la sustitución de las mismas. Vid. FERRÉ J.; KELLER, N., “La reforma de la legislación...”, op. cit. p. 328.

⁴⁰¹ Al respecto, el concurso en Alemania produce su apertura con la mera solicitud del deudor, nombrando a un perito para que en el plazo de seis a ocho semanas determine si concurre alguno de los dos presupuestos objetivos de declaración de concurso (incapacidad de pago o sobreendeudamiento) y si existen bienes suficientes para cubrir los créditos contra la masa. Vid. FERRÉ, J.; KELLER, N., “La reforma de la legislación...”, op. cit., p. 328.

función de los acreedores estableciendo una serie de créditos, (art. 13.1 *InsO*), con ello, se logra establecer una representación eficaz entre las diferentes categorías de acreedores (créditos de mayor cuantía y minoritarios).

Ahora bien, en el régimen previsto en la *ESUG*, se logra reforzar la intervención de los acreedores en el proceso de nombramiento de los administradores concursales⁴⁰², ello porque será en una fase inicial del procedimiento que se constituirá un comité de acreedores y serán estos quienes establecerán los requisitos y condiciones que deberán reunir el administrador concursal designado por el juez – de ahí su importancia –, ampliando sus atribuciones mediante el art. 56.3 *InsO* donde el comité de acreedores, podrá cambiar al administrador designado por el juez.

El juez por su parte, se encontrará sometido a aquella decisión adoptada por el comité acreedor, salvo que la persona no sea idónea para la función encomendada, debiendo el juez motivar su separación (art. 56.2 *InsO*).

Dentro de las funciones que se atribuye al administrador concursal siguiendo a TOMÁS TOMÁS⁴⁰³, encontramos que estos serán responsables de: la continuación y negociación de los contratos vigentes del deudor; la revocación de los actos y contratos perjudiciales; la custodia y conservación de los bienes; así como la redacción de un informe en el que se evalúa la situación económica de la empresa, las causas y posible viabilidad empresarial⁴⁰⁴.

Con la solicitud de declaración de concurso, se nombra a un administrador concursal provisional antes de proceder a la apertura formal del procedimiento, - hecho que hasta antes de la entrada en vigor de la *ESUG*, en la práctica alemana era el propio administrador

⁴⁰² Mediante el art. 57 de la *InsO* la junta de acreedores tenía la potestad de solicitar al juez concursal el cambio y nombramiento de un nuevo administrador concursal.

⁴⁰³ *Vid.* TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal...*, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

⁴⁰⁴ En relación a un plan de viabilidad consensuado entre deudor y acreedores, el juez deberá aceptar dicha viabilidad. En el supuesto de no ejecutarse el plan previsto y se abriera una fase de liquidación, será el administrador concursal quien lleve adelante las operaciones de liquidación del activo hasta proceder a la distribución entre los acreedores. En esta línea, *vid.* MARTINEZ JIMÉNEZ, I.; SIERRA NOGUERO, M^a.I., “Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, Madrid, 2005, pp. 1407 a 1456.

concurzal quien asumía todas las facultades de gestión y disposición patrimonial de la empresa. Será el *Insolvenzverwalter* quien al encontrarse bajo la supervisión del juez y el comité de acreedores, deberá desempeñar con diligencia sus funciones, respondiendo de los daños y perjuicios que pudiera causar su incumplimiento.

Una vez introducida la reforma concursal alemana *ESUG* el deudor podrá solicitar en cualquier momento del proceso un régimen de intervención de facultades del administrador concursal, salvo que exista perjuicio para los acreedores, entendiendo que no existirá tal perjuicio en caso de que la solicitud de la intervención cuente con el respaldo unánime del comité provisional de acreedores (art. 270.4 *InsO*).

13.4 La Administración concursal en el Derecho inglés

La participación de la administración concursal en el Derecho concursal inglés ha resultado ser bastante compleja, principalmente porque nos encontramos frente a un sistema regulado en la *Insolvency Act* de 1985, que se integra a través de dos procedimientos en función del sujeto a quien vaya dirigido⁴⁰⁵. Así, cuando el concurso se trate de persona física, se denominará *Bankruptcy*; si este fuese persona jurídica, se hará frente a múltiples especialidades: el *Winding-Up*, que es equivalente a un proceso de carácter liquidativo a través de dos modalidades: El primero, el *Creditors Voluntary Winding-Up*, que equivaldría a una liquidación extrajudicial, es decir, gestionada por las propias partes por el propio deudor y acreedor con el nombramiento de un *Insolvency Practitioner*. En este sentido, el órgano judicial, viene a desarrollar una actuación secundaria, limitándose a tan sólo dictar una resolución de conflictos. Y por otro lado dentro el *Winding-Up*, está la *Compulsory Winding-Up*, que actúa como una liquidación judicial, que sólo es aplicable subsidiariamente en defecto de la primera e intervenido por el *official receivers*, como un órgano de naturaleza jurídico-público⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Acerca del estudio de la administración concursal inglés *Vid.* TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal de sociedades en el Derecho inglés” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 17, 2001, pp. 199 a 245; también: TOMÁS TOMÁS, S. *La Administración Concursal...*, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

⁴⁰⁶ *Vid.* FLORES SEGURA, M., “La propuesta de simplificación de los procedimientos de insolvencia en el Reino Unido” en *RDCP*, nº 38, 2016, pp. 249 a 266.

En la misma línea, nos encontramos con el procedimiento denominado *Administrative Receivership*, equivalente a un procedimiento liquidativo del patrimonio. En este sentido, la empresa garantiza el pago de una deuda a través del *Floating charge* por el que se concede a su titular una serie de derechos sobre los bienes de la deudora, de manera que si incumple la obligación garantizada, su titular podrá nombrar a una persona física –*Administrative Receiver*- para que proceda a realizar todas las actuaciones necesarias para la satisfacción de la obligación.

En un tercer grupo, encontramos un procedimiento reorganizativo, donde la *Administration* será el modelo más empleado, en el que precisamente se nombra a un *administrador* quien asumirá la gestión de la empresa en crisis, en la que una vez reconocidos los créditos e intereses de los acreedores, se gestionará la viabilidad de su pago. Por último, estaremos frente a un procedimiento abreviado a través del cual se evitará la liquidación de la sociedad a través de convenios entre el deudor común y los acreedores, los denominados *Company voluntary arrangement* o el *compromise or arrangement*, así también el *compromise by liquidator y non-statutory arrangement*.

En resumen, será condicionante el tipo de proceso para contar con la presencia bien del *Insolvency Practitioner* o el *Official Receiver*, aunque como afirma TOMÁS⁴⁰⁷, no hay que perder de vista que estos órganos del concurso llevan a cabo una labor muy similar, con la diferencia que el *Insolvency Practitioner* necesita la aprobación de sus propuestas del *Liquidation Committee* -como órgano formado por acreedores y por socios de la sociedad quebrada, que tienen como finalidad el controlar el desarrollo del procedimiento-, o en su caso, del órgano judicial.

Entre las funciones que le son establecidas, se distinguen en: aquellas que pueden ser ejercidas libremente por el *Insolvency Practitioner* y el *Official Receiver*, como la venta del activo de la sociedad, la adquisición de crédito otorgando garantías sobre el patrimonio concursal, la firma de contratos en nombre de la sociedad. En relación al *Official Receiver* podrá ejercitar, bien por vía de acción o excepción, acciones en nombre de la sociedad o la continuación de la actividad económica empresarial. En cuanto al *Administrative Receiver*,

⁴⁰⁷ TOMÁS TOMÁS, S., *La Administración concursal...*, op. cit., p. 188.

este asume la gestión de la sociedad, en el entendido de llevar a cabo cuantas acciones y operaciones sean necesarias para el pago de la deuda, siendo bastante complejo el nombramiento, a cargo de un acreedor concreto para la satisfacción privada de su interés. Con lo que se disiente acerca de si sus funciones deberán quedar circunscritas al interés de quien lo nombra o deberá existir una equidad acerca del interés del mandante y los demás acreedores.

13.5 La Administración Concursal en el Derecho estadounidense

El sistema concursal en Estados Unidos, viene representado a través de una Ley federal denominada *Federal Bankruptcy Code*⁴⁰⁸, y complementada, a través de la *Bankruptcy Rules*, procedentes de normas del Régimen Procesal Civil⁴⁰⁹.

En el seno de esta normativa existen numerosas normas que se encuentran dispersas e inherentes a la actuación de los distintos funcionarios⁴¹⁰ (*Officers*) intervinientes en el proceso concursal. Así, el Capítulo 3 de la *Bankruptcy Code* secciones 301 a 307 se dedican a la función del Síndico General de los Estados Unidos de Norteamérica (*U.S. Trustee*).

En el sistema americano concursal, existen dos tipos básicos de procedimiento: Por un lado, la liquidación, que es el tipo más común de concursos y que implica necesariamente la designación del *trustee* quien se encarga de la administración de los activos del deudor, así como los procedimientos de rehabilitación o autorización al deudor para continuar

⁴⁰⁸ Esta norma se reconoce también como la *Bankruptcy Code* o *Bankruptcy Reform Act* de 1978 las cuales se encuentran en gran parte de los textos y en la misma jurisprudencia norteamericana. *Vid.* LORENTE, J., “Derecho Estadounidense” en GRAZIABILE, D., (Dir.), *Tratado del Síndico Concursal*, Buenos-Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 894 y ss.

⁴⁰⁹ Desde 1978, en el Derecho concursal norteamericano se incluye el Título XI de la Leyes federales estadounidenses (11 *US Code*). La mayor revisión del Código concursal, en ese sentido, se produjo a través de la Ley sobre prevención del abuso del concurso y protección de los consumidores (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*) de abril de 2005, afectando la mayor parte de las reformas introducidas al procedimiento del concurso individual de consumidores. *Vid.* PORROW, C., “Un primer estudio de los cambios de la Ley concursal estadounidense de 2005”, en *RDCP*, n° 3, 2005, pp. 355 y ss.

⁴¹⁰ HARNER, M. y SIGNES DE MESA, J., “La reforma del capítulo 11 del *U.S. Bankruptcy Code*” en *RDCP*, n° 24, 2016.

operando su negocio, permitiéndole además utilizar las ganancias futuras para pagar a los acreedores. Por otro lado, existe un procedimiento denominado *reorganization*, que corresponde a un sistema que atiende al régimen de superación de la crisis patrimonial de un sujeto individual persona física.

Con todo, la *Bankruptcy Code* prevé el desarrollo de algunos procedimientos que tienen como objetivo, el diseño de un plan que permita al deudor cancelar sus deudas a través de la distribución supervisada de sus activos entre sus acreedores, a través de la liquidación y, por otro, un procedimiento de reorganización que permita al deudor permanecer al frente de su negocio y utilice los beneficios generados para el pago de las deudas.

Además del Juez del concurso, vamos a encontrarnos con órganos concursales intervinientes en el concursos como: el *U.S. Trustee* (oficial público) quien es un oficial del gobierno⁴¹¹, designado y dependiente del *Attorney General* (Procurador General) a quien le corresponde la designación de los distintos distritos judiciales. Tiene por función la supervisión y administración de los procesos concursales, actuando en interés público y promoviendo la eficiencia así como la integridad del sistema. Absorbe también algunas tareas administrativas que los jueces le deleguen, entre las que se encuentra la supervisión de los *trustees* privados que son designados para intervenir en los procesos concursales, a través de la monitorización de la conducta de las partes y asegurando el cumplimiento de las leyes y procedimientos que investigan fraudes y abusos⁴¹².

La intervención de estos funcionarios oficiales en cualquiera de los procesos concursales ha resultado infrecuente, lo que explicaría que su efectiva participación se encuentre escuetamente regulada. Cuando el *U.S. Trustee* deba asumir la intervención en un proceso concursal específico, podrá hacerlo a través de un delegado especialmente designado para el efecto.

⁴¹¹ A pesar de ser un oficial público, no cumple con ninguna función judicial propiamente dicha, ni puede intervenir para resolver disputas, debido a que se produciría una violación al principio constitucional de división de poderes.

⁴¹² *Vid.* EPSTEIN, D., *Bankruptcy and Related Law*, West Group, St. Paul Minn, 2002, pp. 134 y ss.

Además de las funciones genéricas, expuestas líneas atrás, existen otras que son reconocidas a través del *United States Uniform Commercial Code*, en la sección 528 a saber:

- 1) *Establecer, mantener y supervisar un listado de trustees privados que son elegibles y están disponibles para desempeñarse en el cargo;*
- 2) *Cumplir y desempeñar funciones como administración concursal en una causa de reorganización cuando así lo sea requerido.*
- 3) *Supervisar la administración de los procesos concursales y de los síndicos privados, siempre que el síndico general lo considere apropiado, en particular en lo relativo a las retribuciones que han de percibir los síndicos.*
- 4) *Controlar los planes y las declaraciones con la información presentada en las causas, presentando ante el tribunal, en conexión con las audiencias, como así también los comentarios en relación a dichos planes y declaraciones.*
- 5) *Garantizar y controlar que todos los informes, plazos, cronogramas y tasas exigidas a ser presentadas conforme el *Bankruptcy Code*, por parte del deudor, se presenten en tiempo y forma, procediendo, según lo considere apropiado, para evitar demoras indebidas en la marcha de las actuaciones.*
- 6) *Controlar los comités de acreedores designados en un proceso de reorganización.*

En relación al *Trustee* inscrito en el Capítulo 3 de la *Bankruptcy Code* bajo la denominación genérica de *funcionarios (Officers)*, se regula la figura del *trustee (síndico)*, y que es propiamente el síndico privado que interviene en los procesos concursales regulados por el *Bankruptcy Code* en la que expresamente se indica que es el representante de la masa, y por ello, en algunos casos tendrá deberes fiduciarios hacia los acreedores, y en otros, hacia el mismo deudor.

Entre las facultades y deberes de los *Trustee* varían dependiendo del caso en el cual hubieren sido designados. En un caso de liquidación o quiebra –donde la designación de un síndico resulta forzosa- tenemos:

- 1) *Recolectar los bienes que integran la masa concursal;*
- 2) *Intentar recuperar bienes de la masa concursal por vía de cuestionar u objetar que los mismos fueron fraudulentamente transferidos antes de la petición concursal y/o con posterioridad a ella;*
- 3) *Proceder a la venta de los bienes de la masa y repartir equitativamente el producto de la liquidación entre los acreedores.*

Dentro los supuestos específicos de la quiebra, el *Trustee* puede: a) reclamar el reconocimiento y/o pago de un crédito incluso a pesar de la posición contraria al mismo adoptada por el deudor; b) oponerse al reconocimiento o pago de un crédito; c) promover la recuperación de bienes de la masa concursal.

Respecto a la condición para ser elegido administración concursal, el *Bankruptcy Code* no impone ningún título habilitante específico para ser designado, lo que quiere decir que no se requerirá ser abogado, economista o titulado mercantil. En este sentido, la principal condición que se impone es aquella establecida en el Sección 321 del *Bankruptcy Code* donde este deberá ser “competente” para desempeñar sus deberes como tal, y tener domicilio particular o comercial en el distrito judicial donde se tramita la causa.

Podemos encontrarnos que en la mayoría de los casos tramitados bajo el Capítulo 11 de la *Bankruptcy Code* acerca de las *reorganizations*, el deudor –persona física- o los administradores de la sociedad deudora, continuarán manteniendo la posesión, gestión y administración de los bienes que componen el activo de la masa concursal, permitiéndoles continuar con la actividad de la empresa.

Dentro del Capítulo VII acerca de la *liquidation*, las funciones del *Trustee* aparecen recogidas en el 11 *US Code*. Serán, entre otras: liquidar el patrimonio del deudor; responder de todas las propiedades recibidas; así como investigar los asuntos financieros del deudor.

CAPÍTULO II

ESTATUTO JURÍDICO Y FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. EL RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN UN SISTEMA COLEGIADO EN LA LEY 22/2003

Frente a aquellas funciones que desarrollaron los órganos de los procesos de suspensión de pagos y quiebra a través de Interventores Judiciales, Comisarios, Depositarios y Síndicos, ha existido una regulación poco concreta y sobre todo dispersa –Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881- que ha originado precisamente una disfunción en cuanto al carácter y consideración legal de cada una de estas figuras.

No por ello vamos a estigmatizar sus atribuciones a través del arcaísmo, ya que al margen de ser estas de mero control y preservación del patrimonio, al día de hoy, logran mantener en mucho de los casos que estudiaremos a continuación, su influencia dentro del proceso con la diferencia de que la regulación que ha sido promulgada en 2003 recoge una serie de nuevos elementos que suponen la capacidad y la importancia del órgano concursal en la toma de decisiones sobre el futuro de la entidad concursada⁴¹³, pudiendo en todo caso el Juez del concurso atribuir al órgano concursal la administración de la empresa, al acordar la suspensión de facultades de disposición que tiene el concursado sobre la misma.

De ahí, que la principal función de la administración concursal a partir de la promulgación de la Ley 22/2003 sea la supervisión de la labor del deudor concursado, en caso de intervención, o llevar a efecto las diversas operaciones de carácter económico-patrimonial

⁴¹³ Bajo esta línea: *cfr.* SANJÚAN Y MUÑOZ, E. *Funciones de la Administración Concursal*, *op. cit.* p. 43 expone: “*Que con la amalgama anacrónica de preceptos aplicables y la confusión existente en la anterior normativa, se explica que esta haya sido uno de los más importantes argumentos –la administración de concurso- para proceder a una modificación de los preceptos aplicables a los supuestos Concursales. Lo cierto es que la finalidad de mantenimiento de la empresa y de los puestos de trabajo de la misma deja mucho que desear con la anterior norma*”. “*(...) el legislador ha querido destacar en la exposición de motivos de la Ley 22/2003, la novedad de la nueva norma en cuanto a la administración se refiere, señalando que son características del mismo su funcionamiento como órgano colegiado y la combinación entre profesionalidad jurídica y económica y presencia representativa de los acreedores ordinarios o con privilegio general no garantizado*”.

en el supuesto de suspensión⁴¹⁴, además de la elaboración del informe de la situación patrimonial de la empresa para conocer la realidad económica y establecer una fase de convenio o de liquidación⁴¹⁵.

1.1 La actuación colegiada de la Administración Concursal

Con la promulgación en 2003 de la Ley Concursal, las funciones del órgano concursal se debían ejercer de forma colegiada⁴¹⁶ (*ex art. 35.2 LCon*) ello implicaba que la administración concursal actuase mediante la adopción de acuerdos con arreglo al principio de mayoría, donde, ninguno de los tres administradores podía obrar con independencia de los demás, tampoco siendo necesaria la unanimidad en cuanto a las decisiones adoptadas⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Resulta claro que el objetivo del legislador es intentar por todos los medios la continuidad de la empresa que entra en fase concursal: *cfr.* DE CASTRO ARAGONÉS, J.M. “La Administración Concursal” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 119, señala que: “(...) precisamente lo que provoca que la Administración Concursal deba ser capaz, por un lado, de imbuirse en la gestión de la concursada, de tal manera que pueda llevar a cabo esa función de mantenimiento de la empresa; y, por otro lado, de cumplir con la función del necesario pago a los acreedores. Las facultades de la Administración Concursal se extienden de manera clara, y así lo prevé la Ley Concursal, a entrar en la gestión de la empresa, va a tener que evaluar las propuestas de convenio que se presenten, es decir, tendrán que opinar sobre el plan de viabilidad que la propia concursada presenta para poder aprobar el convenio”.

⁴¹⁵ *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, M^a I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 63.

⁴¹⁶ En relación a las condiciones subjetivas exigidas por el art. 27 LCon de 2003, la administración concursal por regla general se compone por: Un abogado con al menos cinco años de ejercicio profesional; un acreedor que sea titular de un crédito ordinario-común o con privilegio general que no esté garantizado; Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil. Con la reforma de la ley 38/2011, el órgano de administración pasa a ser unitario, adherido a una serie de condicionantes como son los cinco años de profesión en el ejercicio de la abogacía o ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, entre tanto, la figura del acreedor tiende a desaparecer con la reforma instaurada en 2011, implementándose nuevamente cuando el concurso ordinario sea considerado por el juez de especial trascendencia. *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, M^a I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.* pp. 60 y 61.

⁴¹⁷ Para un mejor análisis acerca de la configuración jurídica de las actuaciones realizadas por los administradores concursales, *cfr.* TIRADO, I., *Los Administradores Concurales*, *op. cit.*, pp. 187 y ss. señala que son necesarios analizarlos a través de dos vertientes acerca del acto: su formación y encaje en el ámbito de actividad del órgano concursal, y la existencia de requisitos externos a los sujetos ejecutores, pendientes de otros órganos. Se trata de comprobar si un acto está incluido en las competencias de la administración concursal y, a su vez, en caso de estar sometido a una autorización preceptiva. Ambos aspectos, acerca de la actuación de la administración concursal, han sido estudiados en profundidad, tanto por la doctrina alemana como la italiana centrándose en una de las dos facetas del acto, ignorando la otra. El Derecho alemán configura los poderes del administrador concursal con un alto grado de autonomía respecto de los restantes órganos, dejando eventuales autorizaciones a casos marginales. En Italia, la solución es contraria. El *Curatore* depende continuamente de las autorizaciones de los órganos públicos.

Para un análisis de la cuestión en el Derecho español, se hace necesario profundizar el ámbito competencial que la ley 22/2003 otorga de manera considerable a los administradores concursales. Para ello se establece un análisis acerca de los “requisitos internos” como delimitación del ámbito de actuación a través de teorías como

a) “*Incompatibilidad evidente con el fin concursal*” Su origen radica en la decisión del *Reichsgericht* alemán de 1889 y, con algunas excepciones notables, ha permanecido también jurisprudencialmente, como la solución más comúnmente aceptada desde entonces. El punto de partida es la concepción de la administración concursal como *órgano creado legalmente en interés público para la realización del objetivo del procedimiento*. La propia existencia del administrador concursal se explica como un instrumento para la plasmación práctica de una finalidad, que no es otra que la finalidad del concurso. La falta de adecuación al “fin concursal” de un acto jurídico del órgano puede tener *consecuencias internas*, en lo concerniente a las relaciones entre el administrador concursal y los participantes en el procedimiento concursal, por ello, en primer lugar, no basta con que el acto sea “inapropiado” (*Unzweckmässig*) para la búsqueda del fin concursal sino que es imprescindible que se trate de una actuación incompatible (*Insovenzweckwidrig*) con ella, es decir, más que de una desviación grave, debe tratarse de una total contravención de la finalidad que se debía procurar (...); en segundo lugar, se exige que la incompatibilidad sea evidente, que la conclusión de un negocio jurídico perjudicial para la masa concursal acarree la obligación de responder por los daños causados depende del sistema de responsabilidad legalmente previsto para el administrador (...), por ello, es necesario restringir el ámbito de aplicación práctica de la regla y, por lo tanto, se exige que la incompatibilidad sea “evidente” de manera que la contraparte en un negocio que ha concluido la administración concursal con tales características no pueda desconocer que aquella actuaba extralimitándose de sus facultades. (...) a la falta de éxito en la objetivación de un criterio siguió la crítica en torno a la inseguridad jurídica de la teoría y, en última instancia a la propuesta doctrinal de rechazo y adopción de caminos jurídicos distintos.

b) *La tesis de Henckel*, precisamente interpretada por Wolfram Henckel quien realizó un intento por concretizar la teoría dominante y concretar sus extremos más imprecisos (...), así todo aquel que reciba – inintencionadamente- una prestación del administrador concursal en la que éste viole sus obligaciones concursales, se habrá enriquecido injustamente. Pero para este autor, no es suficiente con establecer la obligación de restitución por parte del receptor de la prestación, pues con ello no se protegen suficientemente los intereses de los acreedores concursales, sino que se requiere, además dar contenido “real” a la pretensión en favor de la masa: se debe dar una “ineficacia” real (...), en otras palabras, la protección añadida viene del establecimiento de la “ficción jurídica” consistente en retrotraer el ejercicio virtual de una acción de restitución al momento en que se da el conocimiento. La previsión, en Derecho alemán, es máxima y la eficacia de la misma casi total.

c) *La teoría de la prohibición legal*, esta teoría intenta explicar el régimen jurídico de los actos de la administración concursal conjugando aspectos de la “teoría de la representación” con los principios jurídicos que rodean la infracción de normas prohibitivas, (...) la actividad del órgano debe estar condicionada por la finalidad del procedimiento concursal. Ésta, en el Derecho concursal alemán, no es un principio general sino una declaración legal expresa, incluida en el actual *Insolvenzordnung*. Al preverse específicamente y no, como ocurre en otras jurisdicciones, constituir una mera declaración programática extraíble a modo de principio del sistema, su fuerza vinculante debe tomarse en sentido más estricto. Así la finalidad del concurso adopta la forma de *norma prohibitiva imperativa* y cualquier actuación contraria a la misma supone la contravención de la Ley y, por tanto, esta sancionada con la nulidad (art. 134 *Bürgerliches Gesetzbuch*)

d) *La teoría del abuso de poder de representación*. Se trata de la alternativa más importante a la teoría mayoritaria y, en buena medida, surge como reacción ante las insuficiencias de aquella. Su elaboración se debe al “príncipe de la dogmática concursal alemana” Friedrich Lent, a principios de los años cincuenta. Esta teoría parte de dos principios: El primero, tiene tratamiento particular los “regalos”: la donación realizada por el administrador concursal es siempre en todo caso ineficaz. El motivo es que el órgano concursal carece de poder legal de representación para disponer del patrimonio concursal de manera gratuita y, en este supuesto, la protección de la buena fe del receptor de la liberalidad no es un argumento válido. El segundo principio de la teoría del abuso de poder radica en el *poder de representación de la administración concursal es ilimitado*. Por ello, para que se produzca la ineficacia de un negocio concluido por el administrador concursal es necesario acudir al concepto de “abuso de poder de representación”. El uso de este concepto exige dos elementos: 1) que se lleve a cabo un negocio jurídico perjudicial para el representado, en este caso, que se

Si bien la nueva Ley concursal incide en las especialidades profesionales, lo que se pretende es una integración de la experiencia de cada uno de los administradores; en contra, el procedimiento formal prevé un retraso en cuanto a la agilidad del procedimiento debido a las formalidades presentes –mecanismo que el legislador ha debido tomar en cuenta con la promulgación de la Ley 17/2014 aunque se entenderá que esta atribución individualizada de los miembros de la administración ha servido de alguna manera para establecer las competencias específicas de cada uno de los miembros⁴¹⁸.

La estructura interna de la administración concursal era sin duda necesaria para su funcionamiento, aunque la misma no se reflejase en ningún precepto de la LCon⁴¹⁹, debiendo en todo caso nombrarse a un Presidente y un Secretario; el primero de ellos a quien se atribuye el llamamiento y dirección de las deliberaciones en cada votación así como la firma de actas⁴²⁰. En segundo lugar, la figura del Secretario, quien lleva a cabo la redacción de las actas, estas contempladas en el art. 35.4 LCon cuando las decisiones individuales, mancomunadas o colegiadas de la administración concursal, que no sean de trámite o gestión ordinaria se consignaran en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado.

produzca un daño para la masa activa. 2) Que la contraparte del negocio actúe de mala fe. Si no concurre el daño para la masa y la mala fe del tercero, el acto será siempre eficaz. Y ello con independencia de las repercusiones que pueda tener en el seno del procedimiento concursal. Las críticas a esta teoría, sobre todo a su formulación más radical, se han centrado en varios aspectos, donde cabe distinguir entre los regalos y el resto de las operaciones, creando así, innecesaria y artificialmente, una distinción incoherente. Por otra parte, la versión radical supone una sobreprotección “inmerecida” del tráfico jurídico en claro perjuicio de los acreedores concursales.

⁴¹⁸En cuanto al ejercicio del cargo, ex art. 35.2 de la LCon de 2003 expone: “*Cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Las decisiones se adoptarán por mayoría, y de no alcanzarse esta, las resolverá el juez. El juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá atribuir competencias específicas a cada uno de sus miembros*”.

⁴¹⁹ En relación a la quiebra, tampoco existía aquellas pautas que indiquen mínimamente cómo debía obrar *ad intra* los síndicos. *Vid.* VV.AA., HERNÁNDEZ MARTÍ, J., (Coord.), *Suspensión de Pagos, quiebra e insolvencias punibles*, Vol. II, Valencia, 2001, p. 918.

⁴²⁰ Mediante la primera reunión del órgano, los administradores concursales deberán elegir a uno de ellos como Presidente, y que, a falta de acuerdo, podrá ser designado por el juez.

1.2 Adopción de acuerdos y su procedimiento

La convocatoria de constitución del órgano corresponderá al administrador concursal quien hubiera sido elegido como Presidente⁴²¹. Esta facultad otorgada se constituye en un deber cuando se estime que la reunión del órgano se constituya necesaria para los intereses del concurso⁴²²; extraordinariamente, podrá efectuar una convocatoria el Juez del concurso, en el marco de supervisión de la administración concursal (*ex art. 35.6 LCon*).

Existe en todo caso, la obligación por parte de la administración concursal de asistir a las reuniones establecidas por el órgano bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad, así también como justa causa de separación (arts. 35 y 36 LCon). Será también aplicable esta tipo de sanción, cuando se trate de un administrador concursal persona jurídica debiendo asistir en representación de la administración aquél quien haya sido designado como representante en el concurso⁴²³. En virtud del art. 35.6 LCon la administración concursal

⁴²¹ La convocatoria prevista por el Presidente del órgano concursal deberá incluir el día y hora de la reunión, así como el lugar donde se vaya a celebrar. Esta deberá ser convocada con una antelación razonable que permita la asistencia de los convocados, no siendo necesaria cuando estando presentes los tres administradores concursales acuerden constituirse en administración concursal y celebrar una reunión para resolver sobre determinados asuntos, ya que en este supuesto las funciones de la convocatoria se dan por cumplidas *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Artículo 35 de la Ley Concursal” en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, A., BELTRÁN E., (Coords.), Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 711 a 713.

⁴²² Existe cierta discusión acerca del funcionamiento de un órgano concursal compuesto por dos o tres miembros en la toma de decisiones, es así que en opinión de YANES YANES, P., “La administración concursal”, en GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 217 la administración concursal puede funcionar con sólo dos administradores si no existen acreedores que no reúnan los requisitos legales. De lo que, con toda prudencia, parece deducirse, a contrario, que fuera de ese supuesto no es posible el funcionamiento de la administración concursal con dos de los tres administradores existentes. Resulta interesante, en este sentido la STS de 3 de octubre de 1991 [RAJ 6886] donde se autoriza el arrendamiento de un local a través de dos interventores, debido a que el tercero no había tomado posesión del cargo. Por lo que, no podría afirmarse que la decisión se tomara con la concurrencia de dos de los tres interventores sino con dos de los interventores que en ese momento se encontraban ejerciendo funciones.

⁴²³ El art. 30.1 de la Ley Concursal de 2003 en relación a la representación de las personas jurídicas administradores concursales señala: “Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, esta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. 2. Las personas jurídicas designadas se someterán al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones previstas en el art. 28 LCon. De igual modo, cuando haya sido designado un administrador persona natural habrá de comunicar al juzgado si se encuentra integrado en alguna persona jurídica de carácter profesional al objeto de extender el mismo régimen de incompatibilidades a los restantes socios o colaboradores.

estará sometida a la supervisión del juez del concurso y, en cualquier momento, podrá ser este quien requiera a todos o alguno de sus miembros, una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

Las deliberaciones constituidas en el seno de la administración deberán ser dirigidas por el presidente a través de la protección del derecho de participación de los demás miembros de la administración, debiendo cuando un asunto haya sido lo suficientemente tratado, pasar a votación. La votación se ha de pronunciar indistintamente, bien sea por los administradores profesionales o por el administrador concursal acreedor; y, aunque lo norma no establezca referencia alguna, para conseguir una mayor dinamización en la votación debía ser posible utilizar un procedimiento de votación por escrito y sin sesión como lo tenía previsto el Consejo de administración de las sociedades anónimas como lo describía la antigua Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 140.2 (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)⁴²⁴.

Para la adopción de acuerdos ha resultado necesario que exista una mayoría simple, es decir, dos votos favorables; de no alcanzarse la mayoría, el juez tendría la facultad de resolver la adopción de acuerdos (*ex art. 35.6 LCon*)⁴²⁵, en este sentido, la Ley no reconocía siquiera el voto del presidente como dirimente en los casos de empate, tampoco el de recurrir a terceros para decidir acerca del asunto en debate. Por su parte, esta resolución expuesta por el Juez se reconoce de forma casi excepcional, debido al impase que conlleva la competencia de los administradores, en caso de existir una reiterada situación de empates que afecten en la adopción de acuerdos, será el juez quien reconfigurará el órgano a través del nombramiento de nuevos administradores (*ex art. 37 LCon*)⁴²⁶.

⁴²⁴ BOE nº 310, de 27 de diciembre de 1989 (Disposición Derogada).

⁴²⁵ En la misma línea, *vid.* YANES YANES, P., *op. cit.*, p. 217.

⁴²⁶ En aquellos casos de “concurencia efectiva a la reunión del órgano de dos de los tres administradores” y sin negar que ello pueda suceder, *cf.* YANES YANES, P., *op. cit.*, p. 217, y que estando en el ejercicio del cargo los tres miembros, el órgano pueda reunirse con dos de ellos, previendo en *prima facie*, la posibilidad de que, constituido el órgano con sus tres miembros, exista discrepancia entre los tres administradores concursales.

En relación a la atribución de funciones, cabe la posibilidad de asignar competencias individualizadas a realizar por alguno de sus miembros –personas físicas o jurídicas- a partir de ese momento, será el administrador concursal designado quien debía decidir individualmente sobre ese ámbito en concreto, bajo la supervisión de los demás miembros debiendo tener en consideración que existirá una posterior rendición de cuentas en la medida en que logre cesar en el cargo un administrador concursal al que se le hubieran atribuido competencias individualizadas, exigiéndolo el juez en un plazo no mayor a una mes (*ex art. 38.4 LCon*). Este tipo de competencias “específicas” derivará la actuación del administrador concursal abogado en funciones de orden jurídico, así como el reconocimiento y clasificación de créditos (*ex art. 85 LCon*). En cuanto al administrador auditor de cuentas le serán encomendadas la formulación de las cuentas anuales del deudor (*ex art. 46 LCon*).

Sin embargo, y como señala el propio JUAN Y MATEU⁴²⁷ no todas las funciones de la administración concursal serán atribuibles individualizadamente a uno de los miembros del colegio, sino que existen algunas, que por su relevancia o naturaleza, sólo podrá cumplir el órgano colegiado⁴²⁸. En particular, señala el autor, no podrá atribuirse individualizadamente a algún administrador concursal la presentación de los informes previstos en la Ley⁴²⁹, como el informe de la administración concursal (*ex arts. 74 y 75 LCon*), el informe sobre la retribución de los administradores concursales (*ex art. 34 LCon*), los informes de evaluación de las propuestas de convenio (*ex arts. 107.2 y 115 LCon*), el plan y los informes de liquidación (*arts. 148 y ss. LCon*), el informe previo a la conclusión de concurso (*ex art. 176. 2 LCon*), o el informe sobre la calificación del concurso (*ex art. 169 LCon*).

⁴²⁷ *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Artículo 35 de la Ley Concursal”, *op. cit.* pp. 715 y 716.

⁴²⁸ Bastante más crítico en relación a este tema es ILLESCAS RUS, A., “Comentario al art. 35”, en VV.AA., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A, (Coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004, p. 219, donde apunta a que: “La administración concursal en cuanto tal no puede confiarse -ni inicial ni sobrevenidamente- más que a uno o tres miembros”, debiendo admitirse el funcionamiento mancomunado de dos miembros de modo transitorio y excepcional por vicisitudes de alguno de sus miembros.

⁴²⁹ El Juez del concurso ostenta la facultad de atribuir las funciones específicas a cada uno de los administradores, pudiendo ordenar de oficio, a través de un auto, contra el que no cabe recurso alguno.

En lo referente a cómo deberán plasmarse los acuerdos adoptados por la administración concursal, el art. 35. 4 de la LCon de 2003 disponía que las decisiones tanto individuales, mancomunadas y colegiadas de la administración concursal que no sean de trámite o gestión ordinaria se consignarán en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado previamente por el secretario del juzgado⁴³⁰.

Las decisiones adoptadas en el seno de la administración concursal se verán reflejadas en actas, las mismas que contienen el acuerdo en toda su extensión además del número de administradores concursales quienes hubieran votado a favor de la consulta –así como el administrador opositor, cuando este lo solicite- se incluyen además, aquellas menciones típicas de la documentación de reuniones de cualquier órgano colegiado, en especial los datos relativos a la convocatoria y constitución del órgano.

2. EL EJERCICIO DEL CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Mediante la Ley Concursal se obliga a los administradores concursales, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, a atender su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso⁴³¹ (*ex art. 43 LCon*). Esta tarea se comprende, si los administradores concursales, actúan conforme a los parámetros de la “buena fe”⁴³², entendida como un modo de conducta general y absoluto, un modelo ético-jurídico⁴³³.

⁴³⁰ En opinión de HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 251, no queda del todo claro de que si el libro de actas se trataba de un libro constituido en cada uno de los Juzgados de lo Mercantil o en cada uno de los concursos que se tramitaban.

⁴³¹ La relevante sentencia de la AAP n.º 5 de Baleares de 31 de marzo de 2008 [AC 2008, 1649] da cuenta de que: “*La Ley Concursal no relaciona las facultades de los administradores concursales, pero su concreción está presidida por la clase de concurso y por la intervención o sustitución del deudor, si bien aún existen facultades independientes de la clase de concurso y otras cuyo ejercicio exige la previa autorización del juez. Sean cuales sean las facultades que ostente la administración concursal y salvo que el juez, de oficio o a instancia de los propios administradores concursales, estime oportuno asignar algunas individualmente estas serán ejercidas colegiadamente*”.

⁴³² *Cfr.* MOYA, J., “El ejercicio de las funciones de la administración concursal”, en ROJO, A.; GALLEGU, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 340, señala: “*La labor de la administración concursal pivota sobre un doble eje: por un lado, por imperativo legal y por el propio fundamento del procedimiento concursal, su labor debe encaminarse a la satisfacción de los intereses de los acreedores; y por otro, en el*

Esta “buena fe”, sufre de falta de mención expresa en el art. 35 de la LC debido a que su actuación resulta más una conducta diligente⁴³⁴ y, por consiguiente, se encontraría recogida implícitamente en el mencionado precepto; por otro lado, porque en el art. 35 LC, dentro de la diligencia, como grado que define uno de los tipos a los que recurre el legislador, se emplea el término “leal”, y el concepto de lealtad o fidelidad se suele identificar con el de buena fe.

En cuanto al deber diligente de la administración concursal, el art. 36.1 LC hace responsable a la administración concursal de los daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones realizados “sin la debida diligencia”⁴³⁵. Este deber de actuación diligente, representa en primer lugar, una pauta de conducta que la LC señala a los administradores concursales; es decir, viene a indicar el comportamiento exigible a éstos en el ejercicio de su cargo y la forma en la que deben cumplir sus funciones⁴³⁶.

ejercicio de sus funciones la administración concursal en cuanto que órgano del concurso está sujeto a un estatuto con un fuerte componente jurídico público, pues debe realizar una serie de funciones, en tanto que el administrador concursal en ningún momento recibe mandato alguno de los acreedores, sino que actúa por indicación de la administración de justicia, debe obrar conforme a algunos principios que vinculan a dicha administración y que alcanzan a sus colaboradores”.

⁴³³ Vid. VEGA PÉREZ, F., “Régimen ético-jurídico en la gestión de entidades financieras”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. 1, Valladolid, 1998, pp. 690 a 692.

⁴³⁴ Vid. POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores y el consejo de Administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)”, en URÍA, R., MENENDEZ, A., OLIVENCIA, M. (Coords.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1992, pp. 136 a 141.

⁴³⁵ Para BARRERO RODRIGUEZ, E., “La Responsabilidad de los administradores concursales” en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 1270 y ss. Conviene advertir que este régimen de responsabilidad establecido en el art. 36 de la Ley Concursal atañe a los administradores concursales y auxiliares delegados por los daños causados a la masa durante la tramitación del proceso concursal y que es, por tanto, independiente de cualesquiera otras responsabilidades que para otros sujetos pudieran derivarse de la incidencia en situaciones preconcursales.

⁴³⁶ Vid. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 95.

La diligencia⁴³⁷, resulta ser una fuente de obligaciones para los administradores concursales, porque éstas no se agotan con el cumplimiento de cuanto le ordena la Ley o el Juez del concurso, sino, que por el contrario, buena parte de sus obligaciones emanan de su deber de actuación diligente en defensa de los intereses del concurso, referidos a sobrellevar la deficiencia de la capacitación que tuvieren al asumir el cargo, apreciar adecuadamente si la “complejidad del concurso” es idónea para solicitar al juez autorización para delegar determinadas funciones a favor de auxiliares delegados, instruirles e impartirles órdenes, informarse, investigar y adquirir conocimientos mínimos sobre la situación del concurso y sobre el patrimonio del deudor, comportarse razonablemente en el *iter* de formación de una decisión y tomar decisiones razonables, y, en definitiva, el deber de especial dedicación a sus funciones⁴³⁸.

Cabe hacer referencia a lo prescrito por el art. 35.3 de la LCon en referencia justamente a este deber de diligencia a través de que las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria y que se consignarán por escrito siendo firmados, en su caso, por todos sus miembros. Esto otorgará al órgano judicial la facilidad de poder coordinar y supervisar la labor realizada por la administración concursal.

El modelo de conducta, al que se refiere el deber de diligencia de los administradores, lo concreta el art. 35.1 LCon en la de un “ordenado administrador y de un representante leal”. Este modelo, representa, por un lado, el carácter objetivo ya que no se determina de acuerdo con las aptitudes o el comportamiento anterior del sujeto concreto que ocupa el cargo de administrador concursal, sino que se determina por referencia a una idea “ordenado administrador”, que no toma en consideración aspecto alguno relativo a su persona.

⁴³⁷ Acerca de la diligencia, *vid.* SAP nº 8, de Alicante de 11 de marzo de 2008, donde “...los parámetros de diligencia previstos en la norma habrán de vincularse a los deberes específicos asignados a la administración concursal.

⁴³⁸ *Vid.* ROMERO FERNÁNDEZ, J., *Aproximación al estudio de la responsabilidad de los administradores concursales*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2007, pp. 27 y ss.

Posteriormente, los jueces así como los tribunales deberán valorar, si el comportamiento empleado por el administrador ha sido diligente. ROMERO FERNÁNDEZ⁴³⁹ señala algunos criterios legales de determinación de la diligencia que proporciona el art. 1104 del Código Civil, la naturaleza de la obligación y las circunstancias de la obligación (personas tiempo y lugar). En primer lugar, el llamado método inductivo, que consiste en extraer de los casos judiciales en los que se aplican los modelos abstractos, los principios o los elementos configuradores⁴⁴⁰ y, en segundo lugar, los usos del comercio, relativos a los parámetros de la diligencia que vendría integrado por lo que en la conciencia social se consideran buenas prácticas de administración concursal.

Con la reforma a la Ley Concursal, se establecieron dos criterios en función a la actuación de un órgano persona física o jurídica. Señala que, cuando ésta sea integrada por persona física (art. 27) el administrador concursal decidirá individualmente sobre los asuntos de su competencia; si la administración se constituye mediante persona jurídica, las funciones de este órgano se ejercerán de forma conjunta y las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, debiendo en todo caso equiparar sus decisiones. No obstante la misma norma contempla dos supuestos especiales que JUAN Y MATEU, F⁴⁴¹., clasifica, como una “atribución individualizada de competencias”, que en el texto original de la Ley 22/2003 preveía que el juez podía atribuir competencias específicas a alguno de los miembros de la administración concursal, con la reforma, esta concepción deja de ser rígida, aunque no del todo desfasada puesto que, el Juez aún contempla cierta capacidad de atribución de funciones a nivel individual (*ex art. 35.2 LCon*) excluyendo de este modo la actuación conjunta.

Otro criterio de atribución individualizada de competencias, se basa en el fundamento de evitar una paralización del órgano que se suscita en caso de inconformidad, entonces será el

⁴³⁹ ROMERO FERNÁNDEZ, J. *ibidem*, p. 29.

⁴⁴⁰ Representa un modelo de apreciación o configuración judicial, ya que es el juez quien ha de valorar si la conducta del administrador concursal se ajusta al modelo abstracto legalmente formulado, al modelo de comportamiento aceptado por la colectividad que es la diligencia, para lo que tendremos que esperar a los futuros pronunciamientos judiciales.

⁴⁴¹ JUAN Y MATEU, F., “Administración Concursal. Composición del Órgano”, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

juez quien lo resuelva (*ex art. 35.2 LCon*) ello, como una medida excepcional, aunque como señala el mismo autor, esta solución legal conducirá a situaciones confusas, en las que el juez vendrá obligado a decidir primero como administrador concursal asuntos que deberá conocer, luego en el ejercicio de sus propias competencias.

En cuanto al deber de secreto o confidencialidad, este pesará sobre la administración concursal sobre aquellas informaciones a las que haya tenido acceso por su condición. Por ello, este no podrá usarlo en beneficio propio, ni transmitirlo a un tercero⁴⁴². Esto es así en beneficio de precautar cualquier acción de este tipo que genere un daño a la masa patrimonial, administrador o acreedores.

3. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL NUEVO ORDEN ESTABLECIDO POR LA LEY 17/2014

La lista de funciones de la administración concursal ha resultado muy amplia y divergente siendo que hasta antes de la reforma imperada por la Ley 17/2014 se encontraban del todo dispersas en la norma⁴⁴³. La doctrina sin duda, ha sido crítica en ese sentido; y por ende, ha echado de menos un precepto concreto dedicado a las funciones de la administración

⁴⁴² *Vid.* CASTELLANO, M^a., “Deber de secreto (art. 232)” en ROJO, A; BELTRÁN, E., (Dir.) *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, p. 1672.

⁴⁴³ *Cfr.* ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, *op. cit.*, pp. 318 y ss., clasifica las funciones de la administración concursal en tres grandes grupos, orientados en algunos casos, previendo actos precisos que deben ser efectuados por la administración concursal (elaboración de variada clases de informes, empezando por el fundamental de los arts. 74 y 75 LCon, evaluación de propuestas de convenio, asistencia a la Junta de acreedores, confección de un plan de liquidación, separación de bienes de la masa activa, ejercicio de acciones de reintegración, etc.), y en muchos otros no, más se deducen del marco que fluye de las facetas del cargo, de: i) Asesoramiento al Juez concursal: cooperación material a las tareas judiciales, coordinación del procedimiento, y algunas de carácter iuspúblico, evaluación de convenios concursales y sección de calificación; ii) Vigilancia del deudor, con su intervención o sustitución en la gestión profesional o empresarial, y en su autonomía dispositiva; iii) Representación institucional y protección de los acreedores en la masa, en su caso, con realización del patrimonio del concursado. “*Sin listar las tareas que se infieren de la Ley para los administradores concursales, los vectores generales del ejercicio de esa variedad de funciones de la administración concursal, pueden reducirse en: a) Aquellas funciones que no obedecen a un numerus clausus, puesto que, además de las previstas expresamente en el procedimiento, y las que se deducen, todos los aspectos de supervisión de la gestión patrimonial empresarial competen a la administración concursal en caso de intervención, y todos los de la propia gestión patrimonial en los de concursado suspenso. b) Jurisdiccionalidad de la dirección de la administración concursal, que se ejerce permanentemente por el Juez del concurso, del cual es auxiliar aquella. c) Como órgano de gestión o administración profesional del deudor, que es otra de las facetas, por emulación de la legislación societaria, su canon de diligencia es el de los administradores societarios y la adopción de decisiones es colegial (...)*”.

concurzal, siendo necesario como bien señala PÉREZ-CRUZ MARTÍN⁴⁴⁴ un buceo a lo largo del texto legal para concretar las distintas intervenciones de la administración concursal⁴⁴⁵.

Por ello, la Ley Concursal con la reforma operada a partir de la Ley 38/2011 incluye un importante abanico de funciones de los administradores a partir de dos cambios trascendentales ya estudiados en el capítulo anterior; el primero, un cambio de una administración trimembre por una individual de carácter general con la posibilidad de que en las personas jurídicas se integre al menos un abogado y un economista, titulado mercantil o auditor que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de la administración concursal. En la línea de ahorro de costes y mejora del proceso, se busca la necesidad de que la administración concursal gestione a través de eficiencia y criterios de índole empresarial, el reconocimiento de una verdadera profesión como la de administrador concursal. Y por otro lado estaría la necesidad de contar con un seguro o garantía equivalente para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función.

La participación de la administración concursal en el procedimiento resulta fundamental y, aunque hasta antes del auto de declaración del concurso no interviene, su actuación se completa hasta la finalización del concurso⁴⁴⁶. Esta actuación, encuentra en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación*

⁴⁴⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., “La administración concursal” en *Estudios de Derecho Concursal*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicions, 2005, pp. 150 y ss.

⁴⁴⁵ A juicio de MORRAL SOLDEVILLA, R., “La administración concursal” SAGRERA TIZÓN, J. M^a. SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDO, A., (Coords.), T.I, Barcelona, 2004, p. 324., esta omisión se debe quizá a evitar el encorsetamiento a un cometido concreto, además de huir de viejos debates en torno a la existencia de un *numerus apertus* o un *numerus clausus* respecto a dichas funciones.

⁴⁴⁶ Esta actuación del administrador se desarrollará a través de documentación escrita, tal como señala el art. 35.3 LCon, en el que: “*Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros*”. La norma se aplica a las decisiones y los acuerdos de la administración concursal. En sentido técnico-jurídico, no hay “acuerdos” de la administración concursal, porque todo acuerdo es un negocio jurídico que presupone la colegialidad, siendo que la Reforma a la Ley Concursal establece una administración concursal unipersonal sea física o jurídica. *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal. Ejercicio del cargo”, *op. cit.*, pp. 234 a 235.

y reestructuración de deuda empresarial⁴⁴⁷, en el Capítulo II, Título II, su fundamento, al establecerse a través del art. 33 cuáles serán aquellas funciones que la administración concursal desarrollará durante el proceso concursal, funciones que responden a la realización del interés del concurso⁴⁴⁸.

Para la profesora CAMPUZANO⁴⁴⁹, y en nuestra propia opinión, existe un grave error al tratar de establecer las numerosas y relevantes funciones atribuidas a la administración concursal en un único precepto. Ello, según la autora en cita, carece de sistemática debido a que los criterios empleados para la enumeración y clasificación de las funciones son heterogéneos, de manera que hay funciones clasificadas como propias del deudor o de sus órganos de administración o relativas a derechos de los acreedores de carácter procesal y de alcance laboral.

“(…) Por otro lado, la enumeración, por más que sea extensa, no tiene carácter exhaustivo. En principio, porque hay funciones que no aparecen recogidas en esa relación, como la solicitud de acumulación de concursos, el ejercicio de la facultad de resolución de los contratos pendientes por incumplimiento de la parte in bonis o la obligación de rendir cuentas en caso de cese, entre otras. Pero, sobre todo, porque la propia norma establece

⁴⁴⁷ BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014.

⁴⁴⁸ Así lo describe en su análisis, *vid.* PONS ALBENTOSA, L., “En torno a la reforma de la administración concursal y su desarrollo reglamentario (Notas y reflexiones en el contexto de un debate abierto)”, *Revista El derecho*, 13 de enero 2015, dice: “Donde La Ley 17/2014 aborda tres escenarios conceptuales respecto de la acreditación de la administración concursal, el sistema de designación de la misma en la declaración del concurso y la modulación de la retribución que se resumen en los siguientes puntos. La acreditación descansará sobre la adición de una sección cuarta al artículo 198 dedicado al Registro Público Concursal por la vía de la fijación de determinadas reglas de inscripción de las personas físicas y jurídicas, que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente para poder ser designado administrador concursal. La designación se convierte, en términos generales, en una función aleatoria sobre los listados, designación secuencial, algo ya ensayado en el caso de la mediación (Ley 14/2013), con una mecánica basada en la segmentación de los requisitos necesarios según tres tramos de concursos, pequeños, medianos y grandes, dejando al albur reglamentario qué se entiende por cada uno de esos escenarios, aunque se mantienen determinadas especialidades, como las reservadas a las entidades bancarias, las compañías de seguros y las empresas que cotizan en Bolsa, donde este sistema se aparta en aras de la discrecionalidad oportuna. La retribución también encuentra modificaciones ya en la propia norma, excelencia en la gestión, para a continuación volver a la remisión reglamentaria posterior”.

⁴⁴⁹ CAMPUZANO, A.B., “La administración concursal: VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia [en línea] en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-administracion-concursal-vii-congreso-espanol-de-derecho-de-la-insolvencia> (visto por última vez el 20 de mayo de 2016).

que serán funciones de los administradores concursales «cualesquiera otras que esta u otras Leyes les atribuyan». Una referencia que por lo que hace a las «otras Leyes» no parece muy acorde con el principio de unidad legal que configura el concurso. En todo caso, se precisa que las funciones establecidas «se ejercerán conforme a las previsiones específicas para las distintas clases de concursos y fases del proceso concursal» en una clara referencia a la distinción entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande introducida, igualmente, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario. Al igual que el sistema retributivo, modificado de nuevo - ya había sido reformado por la Ley 38/2011- por la Ley 17/2014 pero que no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, vid. SAP Palma de Mallorca, secc. 5, 16 abril 2015.

4. FUNCIONES DE CARÁCTER PROCESAL

Del abanico de funciones correspondientes al carácter procesal de la administración concursal, la Ley en su artículo 33. a) establece que este órgano deberá:

4.1 Acciones contra el socio personalmente responsable por deudas anteriores a la declaración de concurso

Conviene considerar que este apartado encuentra su fundamento en aquella responsabilidad de aquellos socios que de forma personal, ilimitada y subsidiariamente son responsables de las deudas de la sociedad concursada, formando parte en este caso: aquellos socios de la sociedad civil (art. 1698 del CCiv); los socios de sociedades colectivas (art. 127 CCom)⁴⁵⁰; socios colectivos de la sociedad comanditaria simple o por acciones (art. 148 y 151

⁴⁵⁰ La obligación de todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de esta, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a su nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla, sin embargo, el art. 237 del CCom distingue entre los bienes de los socios colectivos que se incluyeron en el haber social de la sociedad. Así lo señala GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*, Madrid, 1998, p. 45, quien insiste que el haber social no es otra cosa que los bienes puestos en común por los socios y que los bienes que éstos no incluyeron en el haber social no pueden ser ejecutados sin la previa excusión de tal haber, resulta evidente aquella responsabilidad de los socios de la Compañía Colectiva es subsidiaria o de segundo grado, ya que las acciones contra los socios no pueden ser ejercitadas sino después de intentada inútilmente la acción contra la sociedad deudora principal o una vez aprobado por el acreedor que el patrimonio social es insuficiente.

CCom)⁴⁵¹; de los socios comanditarios cuyo nombre se incluya en la razón social (art. 147.2 CCom)⁴⁵², en el caso de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, tendrán el condicionante de no incluir a los socios cuyas deudas no hubieran estado registradas⁴⁵³. En todo caso, y como bien expone el profesor BELTRÁN⁴⁵⁴, la Ley Concursal, rechaza la figura tradicional de *extensión* de manera que el concurso de la sociedad colectiva o comanditaria o de la agrupación de interés económico no produce el concurso de los socios que sean personal, ilimitada y solidariamente responsables de las deudas sociales; esto no impediría que cuando concurren los presupuestos exigidos, cual sea el caso, sea declarado el concurso de uno o varios socios responsables de las deudas sociales.

Lo que nos conduce a establecer que, el concurso de la persona jurídica no afecta a las obligaciones de sus socios, salvo y como bien describe el profesor BELTRÁN⁴⁵⁵, se constituya el clásico problema de las aportaciones, las mismas que hubieran quedado total o parcialmente postergadas y no se hayan desembolsado en su total integridad una vez sea

⁴⁵¹ Mediante el artículo 148 del CCom, se logra atribuir a los socios colectivos de las sociedades comanditarias el mismo régimen de responsabilidad aplicable en el seno de las sociedades colectivas, que será subsidiaria o de segundo grado

⁴⁵² En esta premisa, no se incluye a aquellos socios que sean solidariamente responsables de aquellas deudas contraídas por una sociedad anónima o limitada que no hubiera registrado su situación (art. 14 y 364 de la LSC), ni tampoco aquellos socios que hubieran sido sancionados con la responsabilidad solidaria de las deudas sociales (arts. 361 LSC).

⁴⁵³ La responsabilidad de los socios de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada “irregular” donde: a) haya transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad sin que se haya solicitado su inscripción registral; o b) que, en cualquier momento, se verifique la voluntad de no inscribir a la sociedad; si la sociedad ha iniciado su actividad se le aplican las normas de la sociedad colectiva, corresponderá a una responsabilidad subsidiarias de los accionistas respecto de la sociedad respondiendo éstos en segundo grado o de forma subsidiaria. En el supuesto que la sociedad sea unipersonal, será de aplicación el art. 116 del CCom donde concurrirán dos o más personas a la constitución de las sociedades mercantiles. De ahí que, a falta de inscripción de la sociedad en el registro, esta se disolverá en el momento en que se verifique la falta de voluntad en cumplir esta actuación, con la estimación de responsabilidad ilimitada por el socio único, no siendo aplicable este último al art. 48 *bis* LCon.

⁴⁵⁴ *Vid.* para una mejor comprensión BELTRÁN, E., “Efectos sobre el deudor persona jurídica”, *op. cit.*, p. 985.

⁴⁵⁵ BELTRÁN, E., “Efectos sobre el deudor persona jurídica”, ROJO, A., BELTRÁN, E., (Coords.) en *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 980 y ss.

interpuesto el concurso⁴⁵⁶, a falta de norma expresa, quedará sometida al régimen general de los créditos a favor del concursado.

Desde el momento en que se declara el concurso, los acreedores no pueden iniciar acciones contra los socios que, por Ley, sean responsables subsidiarios de las deudas de la sociedad concursada. Aquí, debemos hacer un pequeño paréntesis para entender el sentido de la subsidiaridad que se encontraba reflejado en el derogado art. 48.5 de la LCon de 2003 mediante la Ley 38/2011 en su artículo 48 *bis*, donde la Ley Concursal nada señala acerca de los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones contra socios subsidiariamente responsables de deudas de la concursada entabladas por uno o más acreedores antes de la declaración del concurso⁴⁵⁷, por tanto, las acciones ya iniciadas continúan y no se ven afectadas por el concurso, siendo que su trámite no se suspende⁴⁵⁸ ejercitando el beneficio del acreedor actor y no así de la masa.

Luego, aquellos acreedores que no hayan actuado antes de la declaración del concurso, podrán correr el riesgo de no ver satisfechas las expectativas de cobro ante el socio, llegando incluso a disminuirse el importe de la masa pasiva por razón del pago realizado, esta circunstancia es debida a que el socio, en este caso solvente, concurrirá como acreedor, con el rango correspondiente al crédito que se le haya subrogado tal como señala BORRÁS DE QUADRAS⁴⁵⁹, al interpretar que el art. 93.2.1º de la LCon considera especialmente relacionados con el concursado, a efectos de subordinación de créditos, a los socios

⁴⁵⁶ Salvo las Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se exige el desembolso íntegro de las participaciones sociales (art. 1.1 LSC).

⁴⁵⁷ Por tanto, cabe entender que aquellas acciones que hayan sido iniciadas continúan y no se ven afectadas por el concurso, sin que el trámite no se suspenda ejercitando en beneficio del acreedor y no de la masa. *Vid.* BORRÁS DE QUADRAS, A., “Artículo 48”, SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A; FERRER BARRIENDOS, A., (Coords.), *en Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 562 y 563.

⁴⁵⁸ Una vez satisfecho por el socio el importe máximo de las deudas sociales la responsabilidad quedará extinguida en virtud del pago efectuado y el socio habrá quedado liberado de ella (arts. 1156, 1157 y 1164 CCiv).

⁴⁵⁹ BORRÁS DE CUADRAS, A., “Artículo 48”, *op. cit.*, pp. 563 y 564.

conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y a los que sean titulares de determinados porcentajes del capital social.

En caso de que el pago del crédito por parte de los socios sea parcial, este subsistirá por el resto del crédito del acreedor contra la concursada, tal como expone el artículo 160 LCon acerca de los derechos del acreedor a la cuota del deudor solidario⁴⁶⁰, en caso de que la cantidad pagada por el socio sea inferior al importe de su responsabilidad, se habrá reducido ésta, en la suma efectivamente satisfecha.

En atención al ejercicio de acciones que corresponde a la administración concursal amparado en el art. 48 *bis* de la Ley Concursal, el originario artículo 48 de la Ley Concursal de 2003 optó por reconocer aquella legitimación de la administración concursal acerca del ejercicio de la acción contra socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso, aquello significó que aquellos demás legitimados por la legislación societaria podían de alguna manera conservar su legitimación, con el añadido de estar incluida también la administración concursal, era lo que QUIJANO⁴⁶¹ vino a señalar como una legitimación más, añadida a las preexistentes en las que la administración concursal, no requería en su legitimación de la pasividad de los legitimados societarios al tratarse de una legitimación propia y directa en el interés del concurso⁴⁶².

El artículo en cita refiere a aquellas *“acciones contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas ordinarias a la declaración del concurso”* demanda que sólo podrá ejecutarse contra aquellos socios responsables de las deudas sociales al pago de las cantidades que la sociedad adeudase antes de la declaración del concurso, con exclusión de

⁴⁶⁰ El artículo 160 de la Ley Concursal establece: *“El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor, los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste.*

⁴⁶¹ BORRÁS DE CUADRAS, A., *Ibidem*, p. 66.

⁴⁶² Mediante la reforma de 2011, el art. 48 quáter, ha convertido la legitimación de la administración concursal para ejercer las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada, lo que supondría que sólo ella podrá iniciar el ejercicio.

los créditos contra la masa, acción que genera en la doctrina cierto escepticismo⁴⁶³ al establecer que esta interpretación no resulta del todo correcta, debido a que el pago de los créditos contra la masa disminuye la masa activa antes de iniciarse el pago de los créditos concursales.

4.2 Acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores

Para explicar el alcance de la acción interpuesta por la administración concursal contra los administradores, auditores⁴⁶⁴ y liquidadores de la persona jurídica, resultará necesario introducirnos en el significado de la “*responsabilidad concursal*”⁴⁶⁵ entendiéndola a esta como “*Aquella condena que puede imponerse en el seno de calificación de la sección de calificación del concurso hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la*

⁴⁶³ Cfr. sobre estos principios ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores” en AA.VV. *Derecho Concursal*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A Y PULGAR EZQUERRA, J., Paracuellos del Jarama, pp. 297 y ss.; BORRÁS DE CUADRAS, A., “Artículo 48”, *op. cit.*, p. 564.

⁴⁶⁴ Vid. SAP de Sevilla de 5 de octubre de 2015, [JUR 2016/28759], subraya: “*Para la calificación del concurso como culpable, como ha declarado esta Sala en supuestos similares, se viene exigiendo por la jurisprudencia la concurrencia de determinados requisitos. En concreto: a) un comportamiento activo u omisivo del deudor o quien le represente; b) un estado de insolvencia; 3) voluntariedad, bien dolo o culpa grave; y d) relación de causalidad entre el acto voluntario y esa generación o agravación de la insolvencia. A la calificación del concurso culpable puede llegarse a través de diversas vías. Concretamente de dos, la primera, mediante presunciones iuris et de iure, es decir, aquella que no pueden refutarse, una vez que se han demostrado los hechos; y, la segunda, mediante presunciones iuris tantum, es decir, que pueden rebatirse por pruebas. En este sentido, declara la Sentencia de 21 de mayo de 2.012 que: “En la sentencia 644/2011, precisamos que la Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno - el previsto en el apartado 1 de su artículo 164 -, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado”.*

⁴⁶⁵ Vid. SAP de Girona nº 370/2012 de 11 de octubre [AC 2013/787] que señala respecto a la responsabilidad: “*La técnica legislativa ha consistido en introducir un concepto general de concurso culpable (art. 164.1 LCon) establecer junto a aquel una serie de ilícitos concursales (164.2 LCon) y terminar con unas presunciones de dolo o culpa grave del concepto general en el art. 165 LCon. El concepto general establece que el concurso se calificará como culpable “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, de lo cual se desprende la necesidad de que el concursado haya realizado una acción dolosa o culposa y que de tal acción se haya generado o agravado la situación de insolvencia, con lo cual se vienen a establecer los tres requisitos generales de la culpa civil (acción culposa, el daño y la relación de causalidad)”.*

apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o -parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia” (art. 172 bis. LCon).

De análisis del artículo se deduce la posible intención del legislador de incluir una alternativa en el procedimiento, lo que vendría a denominarse una “extensión del concurso” y que refiere de manera directa o indirecta la declaración de insolvencia de la persona jurídica a persona físicas o jurídicas distintas del concursado⁴⁶⁶ –socios, administradores⁴⁶⁷-. Con la aprobación del art. 168 de la LCon que se introdujo a través del Real Decreto-Ley 3/2009 en el régimen de responsabilidad concursal se consigue atribuir a los acreedores y demás personas que logren acreditar interés legítimo, no sólo la facultad para apersonarse en la sección de calificación, sino también aquella legitimación para ser parte⁴⁶⁸.

Al constituirse la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se emprende un proceso de modificación sustancial acerca del régimen de responsabilidad concursal que existía hasta la fecha, estableciendo su alcance a través del nuevo articulado 172 bis LCon –que viene a remplazar el entonces art. 172.3 LCon-. Esta nueva modificación, y como veremos a continuación, no la última, introdujo importantes cambios en lo que se refiere a la estructura de la

⁴⁶⁶ Vid. VERDÚ CAÑETE, M^a J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Monografía n.º. 8/2008 asociada a la RDCP, *La Ley*, 2008, pp. 48 y ss.

⁴⁶⁷ Resulta probable también, que tuviera su influencia en la aparición de la figura de la responsabilidad concursal que se recoge en la propia LCon, la previa configuración en el Derecho societario, de la figura de la responsabilidad de administradores por deudas de la sociedad en determinados supuestos de pérdidas cualificadas (art. 367 LSC).

⁴⁶⁸ En lo que refiere al cambio más significativo en materia de responsabilidad la Ley 3/2009 introduce una reforma en el art. 8 LCon, con el que se pretende atribuir al Juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente en materia de ejercicio de las acciones de responsabilidad individual o por deudas contra los administradores o liquidadores de la sociedad, modificando de esta forma el tenor del art. 8 LCon que se ocupa de dichas competencias.

responsabilidad concursal como en su coordinación con el sistema societario de responsabilidad⁴⁶⁹.

Con el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y deuda empresarial se introduce nuevamente otra reforma acerca del tema de responsabilidades, extendiendo el ámbito subjetivo de responsabilidad a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles según el art. 165.4º de la LCon que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación. Por otro lado, se incorpora en el art. 172 *bis*, un inciso final acerca del ámbito objetivo de la responsabilidad concursal, a través de una responsabilidad de tipo causal⁴⁷⁰.

4.3 Responsabilidad de los administradores de la sociedad en la Ley Concursal

La Ley concursal establece un sistema de responsabilidad de la administración de a sociedad específico y distinto del establecido en el régimen general de responsabilidades

⁴⁶⁹ Vid. ROJO, A., y CAMPUZANO, A., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters-Civitas, 2013.

⁴⁷⁰ Sobre este tema, *cf.* BELTRÁN, E., “Efectos sobre el deudor persona jurídica”, *op. cit.* pp. 961-962, establece una cierta relación de acciones contra los socios responsables de deudas, a través de una visión del período de anteproyecto de la Ley Concursal donde refiere al art. 48 de la LCon de 2003, que venía a regular “(...) acciones contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración del concurso corresponderá a la administración concursal y, subsidiariamente, en el supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 54, a los acreedores, no pudiendo ejercitarla hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social (...)”. En este sentido, lo que este precepto reguló fueron aquellos efectos del concurso sobre los socios que asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, y lo hace partiendo de la desaparición de la tradicional quiebra por extensión (art. 923 CCom). “(...) La propuesta de Anteproyecto a la Ley Concursal de 1995 contenía dos previsiones al respecto. La primera se limitaba a señalar que durante la tramitación del concurso de la sociedad la acción contra el socio o socios responsables de las deudas sociales no corresponderían a los acreedores sociales, sino exclusivamente a los administradores concursales (art. 56.1). En la Ley se ha completado tanto por lo que se refiere al momento de ejercicio de la acción, que sólo procederá tras la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación, como en lo relativo a la atribución de legitimación subsidiaria de los acreedores. Con la segunda se optaba por no imputar a los socios la responsabilidad por las deudas sociales que contrajeran – como deudas de la masa- durante el concurso (art. 56.2). Esa disposición no ha pasado a la Ley lo que origina una importante duda interpretativa. El apartado quinto es el único de este precepto que sufrió modificaciones durante la tramitación parlamentaria a pesar de las insuficiencias de algunos otros. La modificación se produjo a su paso por el congreso y se limitó a la adición de la expresión “de igual manera” con la que se inició dicho apartado y a la atribución de legitimación supletoria para el ejercicio de la acción a los acreedores concursales, con una remisión interna (...)”.

previstos en las normas societarias, imponiendo a los administradores dos tipos de responsabilidades: *i)* La acción indemnizatoria de daños y perjuicios prevista en el art. 172.2.3º de la LCon donde se impone a las personas afectadas por la sentencia de calificación, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, junto con la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o de la masa, además de la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente de la masa activa⁴⁷¹ y *ii)* la acción de responsabilidad concursal propiamente dicha de cobertura del déficit que se encuentra regulada en el art. 172 bis de la LCon⁴⁷².

Se tratará entonces de establecer qué tipo de acciones se podrán ejercitar⁴⁷³, en la vía de responsabilidad, o por otra, la vía de la responsabilidad concursal, que implica definir aquella función propia de cada categoría y acción, como bien señala QUIJANO⁴⁷⁴, con el fin de examinar dónde y cuándo puede haber complementariedad y compatibilidad, o por el contrario, dónde y cuándo puede haber duplicidad y solapamiento.

⁴⁷¹ Sobre este asunto, *cf.* MARTÍN REYES, M., “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, *ADC* n.º 26, 2012. Señala que hasta la reforma operada por la Ley 38/2011 se tuvo como premisa el establecer dos tipos de acciones de responsabilidad por daño –societaria y concursal- bajo una misma naturaleza resarcitoria, independiente y compatible. Sin embargo, las diferencias entre una y otra acción resultan a la luz notables, entendiéndose que la principal diferencia radica en que la primera (responsabilidad concursal) tiene su fundamento en el daño causado por la generación o agravación de la insolvencia, en cambio, la acción societaria basa su fundamento en la existencia de un daño generado por la actuación de los administradores contraria a la ley o estatutos, realizada sin la debida diligencia, siendo que en la responsabilidad concursal el marco de actuación resulta mucho más concreto debido a que esta falta de diligencia produce una agravación o en su caso una generación de la insolvencia en la sociedad.

⁴⁷² Acerca de la responsabilidad de los administradores de la sociedad en concurso, *vid.* STS de 19 de septiembre de 2007, [RJ 2007/5347], también, SJM de Madrid n.º 6, de 29 de mayo de 2014 [AC 2016/684]; STS de 22 de diciembre de 2014 [RJ 2014/6885]; STS de 28 de febrero de 2013 [RJ 2013/4593]; SAP de Girona de 10 de marzo de 2016 [AC 2016/805]; SJM Valladolid n.º 1, 2 de diciembre de 2016 [JUR 2017/7363]; SAP de Islas Baleares de 21 de noviembre de 2016 [JUR 2016/271500]; SJM de Oviedo n.º 1 de 22 de julio de 2016 [JUR 2016/209781].

⁴⁷³ La acción social resulta ser la única que ha tenido un tratamiento expreso desde una perspectiva concursal. Su art. 48, en efecto, dentro del contexto de los efectos que la declaración del concurso tenía para el deudor persona jurídica, contemplada esta acción partiendo de la base de que la apertura del procedimiento concursal no supondría obstáculo ni para continuar el ejercicio de la acción social ya iniciada, ni para iniciarlo tras la declaración del concurso. Las especialidades que se contemplaban afectaban a aspectos relativamente colaterales del ejercicio de la acción, pero en absoluto a su permanencia ni a su compatibilidad con el procedimiento concursal. *Vid.* QUIJANO GONZÁLES, J., “Coordinación de acciones...”, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁷⁴ QUIJANO GONZÁLES, J., *Ibidem*, p. 65.

Acerca de la acción de responsabilidad concursal existieron posiciones diferenciadas respecto a si esta era una doctrina resarcitoria del daño o por el contrario una responsabilidad sancionatoria⁴⁷⁵. Será el propio Tribunal Supremo⁴⁷⁶ quien viene a dirimir el asunto al considerar que el daño causado por la generación o agravación de la insolvencia era precisamente el déficit patrimonial, estableciéndose de manera unánime el establecimiento de una única acción de responsabilidad de naturaleza indemnizatoria⁴⁷⁷.

El Profesor BELTRÁN⁴⁷⁸ al referirse al art. 48.2 de la LCon destaca que *“el régimen de acción individual de responsabilidad por daños y de responsabilidad sanción por deudas subsiste durante el concurso, de manera que los acreedores sociales podrán exigir el pago del crédito a los administradores de la sociedad, se plantea además la posibilidad de suspender aquellas acciones societarias de responsabilidad por prejudicialidad con el concurso, entendiendo que en los casos de acción individual de responsabilidad en los que*

⁴⁷⁵ Vid. STS de 12 de enero de 2014 [RJ 2015/609] que viene a considerar: *“En relación a los presupuestos de la responsabilidad por déficit concursal, la Audiencia consideró que la jurisprudencia ha configurado esa responsabilidad como una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado por la sociedad, para cuya aplicación el juez debe valorar los criterios normativos incluidos en la norma con fundamento en la cual la culpabilidad se ha declarado. Si para declarar culpable el concurso es preciso que la demora en la solicitud sea relevante desde la perspectiva de la generación o el agravamiento de la insolvencia, la entidad en que se haya traducido tal agravación debe ser factor determinante para hacer la imputación de responsabilidad por el déficit generado. Para la Audiencia, se trata de una responsabilidad por deudas, si bien los criterios para determinarla no son cerrados sino plurales y abiertos, y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso, razón por la cual se deja al juez que en cada caso precise el alcance de la cobertura del déficit de que se responsabiliza al administrador o liquidador social. Para fijar ese alcance hay que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso”*.

⁴⁷⁶ Vid. STS 23 de febrero de 2011 que señala: *“(…) El artículo 172.3 de la LCon, cuya indebida aplicación se denuncia en el motivo, carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales –sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable –por haber contribuido, con dolo o culpa grave – la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de la sociedad en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”*.

⁴⁷⁷ Vid. VICENT CHULÍA, F. “La responsabilidad de los administradores en el concurso”, *RDCP*, nº 4, 2006, quien adelantó su criterio de manera razonada antes de la reforma operada en 2011.

⁴⁷⁸ BELTRÁN, E., “Efectos sobre el deudor persona jurídica”, ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dir.), en *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson, Madrid, 2004, pp. 971 y ss.

*de forma dolosa o negligente los administradores o socios hayan lesionado los intereses del tercero que reclama su responsabilidad*⁴⁷⁹ *para posteriormente declarado el concurso poder abrir la pieza de calificación*⁴⁸⁰. En el supuesto planteado, se abre la posibilidad de que la administración concursal se apersona en el procedimiento judicial instado mediante la vía del art. 13 de la LECiv debiendo establecerse cualquier decisión que implique valorar si los socios y administradores de la concursada pudieron haber incidido en la insolvencia de la sociedad constituye una cuestión prejudicial que deberá llevarse adelante en la pieza de calificación del concurso⁴⁸¹.

La cuestión así planteada, otorga al Derecho Concursal esa capacidad represora y más concretamente a la administración concursal⁴⁸² sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad contra sus administradores, y contra posibles responsables⁴⁸³, habida

⁴⁷⁹ *Vid.* en ese sentido SSTS 24 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10969] en el que será preciso que se acredite la antijuricidad de la conducta del administrador, así como la existencia del nexo causal entre conducta y daño, *Vid.* STS 20 de Julio 2001 [RJ 2001, 6865] en el que se deberá tomar en cuenta que el incumplimiento de una obligación social no es demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador, ni determinante sin más de su responsabilidad

⁴⁸⁰ GARCÍA VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolución normativa”, *BDM*, Julio, 2011.

⁴⁸¹ El artículo 43 de la LECiv señala cuales serán aquellos requisitos para que la excepción de prejudicialidad civil prospere: 1) La existencia de una cuestión prejudicial, entendida esta como distinta a la principal, susceptible de constituir el objeto principal de otro procedimiento y, 2) la relación entre esa cuestión prejudicial y el objeto de otro procedimiento de modo que la decisión de la cuestión prejudicial sea ineludible para resolver el objeto principal del otro procedimiento.

⁴⁸² Bajo esta premisa, *cfr.* BELTRÁN, E.; GARCÍA-CRUCES, J. A., (Dirs), “Responsabilidad Concursal” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 2626, señalan que: “*El concurso puede llegar a ser la ocasión para depurar las responsabilidades de quienes hubieran causado o agravado el estado de insolvencia. Esa respuesta se ofrece, en ocasiones, a través de la normativa jurídico-penal y de las reglas propias del Derecho de Sociedades, tal y como demuestra el Derecho comparado. La solución tradicional en el Derecho español añadía a la respuesta penal la posibilidad de enjuiciar en el concurso las conductas seguidas que dieran lugar a la insolvencia. Dentro el concurso esta solución recibe el nombre de Calificación del Concurso y constituye una de las secciones que conforman el proceso concursal (...)*”.

⁴⁸³ *Vid.* SAP de Alicante nº 464/2010 de 27 de octubre, [AC 2011/642] establece: “*La condena de administradores y liquidadores de la entidad jurídica concursada, en fase de liquidación, de los créditos no satisfechos con la liquidación, sólo será factible si, además de haber sido calificado de culpable el concurso, se prueba la relación causal entre la conducta de los operadores y la generación o agravación de insolvencia. Las razones básicas que se aduce a favor de esta interpretación son dos. De un lado, a que la condena a que se refiere el párrafo 3º del art. 172 LCon está limitada a los casos de formación de la sección*

cuenta de que el modelo concursal establecido contempla también la eventualidad de exigirles responsabilidad concursal en determinadas circunstancias⁴⁸⁴.

Así la potestad en exclusiva de la administración concursal se introduce, sin la necesidad de acuerdo de la sociedad en el entendido de poder demandar a los administradores o liquidadores, así como a los auditores, con la limitación hasta ahora vista de iniciarse una vez declarado el concurso⁴⁸⁵. Mediante el artículo 54 de la LCon este ejercicio de acciones posee ciertas características relevantes así:

1. *En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.*

de calificación por razón de apertura de la liquidación y su posterior declaración de culpabilidad en modo tal que existe engarce entre culpabilidad y condena. Y en segundo lugar, a que no existe previsión de condena al pago automática pues el precepto contempla tanto la posibilidad de condena, como la de no condenar.

Otro sector defiende que por el contrario, la responsabilidad a que se refiere el precepto es, siguiendo el modelo del art. 262 LSA y 105 LSRL un caso de responsabilidad sanción impuesto por la Ley para asegurar el pago de la deuda ajena, sanción que consiste en la atribución de responsabilidad personal solidaria de las deudas de la sociedad a liquidadores y administradores en estos casos de concursos culpables en fase de liquidación”.

⁴⁸⁴ Cfr. QUIJANO GONZALES, J., “Coordinación de acciones societarias social individual y por deudas y concursales de responsabilidad” en *RDCP*, nº. 22, La Ley, 2014, p. 65. En el que la legislación societaria ha configurado dos categorías de responsabilidades de socios y administradores, que no siempre se encuentran diferenciadas. Está, de un lado, la tradicional responsabilidad por daños, variante societaria de la responsabilidad indemnizatoria que, ya desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se desplegaba en dos categorías de acciones, la acción social, ofrecida para reclamar los daños que hubiera sufrido el patrimonio social como consecuencia de la acción ilícita de los administradores (en aquel momento a causa de malicia, abuso de facultades o negligencia grave, en una medida de la culpa ciertamente desproporcionada), y la acción individual, que correspondía seguramente como aplicación correctora del mecanismo común del art. 1902 del Código Civil, a socios o terceros cuyo patrimonio particular hubiera sido perjudicado por una actuación de los administradores realizada en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁸⁵ *Vid.* SAP a Coruña, de 23 de marzo 2012 [RJ 2012, 131], en el que a partir de enero de 2012 fecha de la entrada en vigor de la Ley 38/2011 se establece la normativa relativa al tipo de acciones de responsabilidad mientras dure el proceso concursal, respecto de nuevos juicios como de los pendientes.

2. *En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquella para interponerla.*
3. *El deudor podrá apersonarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa.*
4. *Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.*

4.4 Embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores

Con la Ley Concursal de 2003, se logra definir y establecer el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, así también de quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores, en razón de precautelar la eventual responsabilidad concursal que posteriormente pudiera ser acordada en la pieza de calificación. Esta decisión podrá ser acordada por el juez de concurso o a solicitud razonada de la administración concursal desde el momento de la declaración del concurso⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Vid. SAP de Zaragoza nº 599/2007 de 31 de octubre [AC 2008/438] que apunta: “El art. 48.3 LCon establece una posibilidad de embargo del patrimonio de los administradores de las personas jurídicas declaradas en concurso que la exposición de motivos de la LCon califica severa, ha sido criticada por la doctrina y ha sido interpretada de forma diferente por los tribunales, en los que se atisba la tendencia a hacer una interpretación restrictiva consecuentemente con aquella severidad. (...) es opinión común y criterio general de las resoluciones judiciales, que el precepto de mención no regula de forma completa la mecánica de este embargo, por lo que ha de ser integrado con otras normas, como los arts. 172.3 LCon, que vinculan el embargo a la posible condena de los gestores sociales al pago de los créditos que integran la masa pasiva en la sentencia que pone término a la sección de calificación, y a los arts. 164 LCon y 165 LCon, que establecen los supuestos y presunciones para que el concurso pueda ser declarado culpable”.

En este sentido, las reformas concursales impuestas a partir de 2003 no han modificado de manera sustancial el funcionamiento de la medida cautelar como lo es el embargo preventivo expresado en el art. 48 ter. (Introducido por el número 36 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre)⁴⁸⁷.

El art. 48 ter de la LCon resulta elocuente respecto al ámbito objetivo de la medida cautelar⁴⁸⁸, no debemos hacer a un lado a aquellos que señalan que: además de los requisitos citados, será necesario que concurra una relación de causalidad entre el eventual daño y la conducta culpable de los sujetos que hayan sido afectados por la medida⁴⁸⁹. Por otro lado nos encontramos frente a quienes interpretan a la medida como una acción de naturaleza sancionadora sin que sea preciso aquel nexo causal⁴⁹⁰ (arts. 48 ter y 172 bis LCon). Con todo, el art. 48 ter de la LCon refiere a aquella posibilidad de que el concurso sea calificado como culpable estableciendo la medida cautelar en concurrencia bien por:

⁴⁸⁷ El artículo 48 ter de la LCon en lo relativo al embargo de bienes establece:

1. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley.

El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

2. De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

3. Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación.

⁴⁸⁸ LOPEZ SÁNCHEZ, J., “Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 ter 1 de la Ley Concursal” en ROJO, A., Y CAMPUZANO, A. (Coords.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V congreso español de Derecho de la Insolvencia y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, 2013.

⁴⁸⁹ Vid. SAP Barcelona de 27 de septiembre de 2006 [AC 2007/400], donde se establece la necesidad de que exista un nexo causal para la adopción de la medida cautelar.

⁴⁹⁰ Vid. HERNANDO MENDIVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Bosch, Madrid, 2013, pp. 174 y ss.

Irregularidades graves cometidas en la contabilidad o falta de depósitos de las cuentas anuales junto con la negativa del administrador de cumplir su obligación de colaborar con los órganos del concurso y ante el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, siendo instado por los acreedores⁴⁹¹.

En relación a la cuantía del embargo, la redacción del art. 48 *ter* de la LCon se limita a indicar que se acordará en función a lo que el “juez estime” considerándose esta con aquella cuantía que logre alcanzar el déficit del activo sobre el pasivo⁴⁹² medida que los Tribunales logran resolver respecto a la cuantía del embargo. Una vez solicitado el embargo por la administración concursal, este deberá mantenerse hasta que se dicte sentencia de calificación de concurso, con la excepción de que el concurso concluya a través de un convenio con los acreedores; cuando sea declarado fortuito o se proceda al archivo de la sección de calificación (*ex art. 170.1 LCon*)⁴⁹³.

En lo concerniente a la administración concursal y la función desarrollada por el art. 48 *ter* LCon, asume la responsabilidad de advertir que si el concurso finaliza con la calificación de culpabilidad y poco antes de la formulación del informe concursal, estará en la obligación de pedir la medida cautelar del embargo de bienes y derechos de los administradores, liquidadores y órganos de gestión. La dificultad de la medida, como

⁴⁹¹ Debemos tener en cuenta, que si bien se establece una serie de circunstancias previstas para adoptar el embargo preventivo por responsabilidad concursal, no debemos olvidar que el juez, mediante la discrecionalidad otorgada, puede denegar dicha petición acerca de los bienes de los administradores de la sociedad, por entender que la exigencia de irregularidades graves que podrían haber conllevado a que el concurso fuera calificado como culpable, en ningún caso motivarían la responsabilidad de los administradores en virtud del art. 172 *bis* LCon debido a que estas no eran la causa de agravación de la insolvencia de la concursada, tal como señala la SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2006 al señalar que: “*No todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad; la definición legal del art. 164.1 LCon; una tipificación de supuestos que merecen la calificación culpable por presumir el legislador que el dolo o la culpa le son inherentes y por último la culpa grave (...)*”.

⁴⁹² Bajo esta línea, *vid.* BLASCO GASCÓ, F., *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 78.

⁴⁹³ *Vid.* SAP de Barcelona, 2 de enero de 2014 [AC 2014/1352], también: SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2012 [AC 2012/2318]; SAP Madrid de 6 de octubre de 2006 [AC 2007/216]; SJM de Cádiz, nº 1, de 23 de marzo de 2005 [AC 2005/248].

afirma RODRÍGUEZ CONDE⁴⁹⁴, reside en que no por existir un déficit produce una culpabilidad en el concurso, en este caso, si la acción es rechazada o revocada estimando la imprudencia del órgano⁴⁹⁵, podría conllevar a una condena en cuanto a costas para la administración concursal.

4.5 Levantamiento y cancelación de embargos

El embargo de bienes del concursado, establecido en el art. 48 *ter* de la LCon resulta ser un condicionante de intervención y también de suspensión del patrimonio del deudor concursado, cabe entender que no son cualidades personales o intrínsecas del sujeto⁴⁹⁶, es decir que no resulta ser una limitación que se impone directamente a la persona sobre sus bienes, sino como titular de un patrimonio de un bien específico que tiene como fin la satisfacción de los acreedores⁴⁹⁷.

Estas limitaciones o efectos del concurso en el deudor no sólo se ven implementadas a través de una medida cautelar, sino también a través de la suspensión del ejercicio patrimonial como bien podría ser el *desapoderamiento*⁴⁹⁸, en efecto, esta prohibición de disponer a través de la medida cautelar reconoce una limitación que es la limitación de disposición de los bienes.

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁹⁵ En el caso de la petición razonada por parte de la administración concursal solicitando la aplicación de la medida cautelar, esta deberá fundar su solicitud en datos objetivos debido a que la petición produce al acreedor en este caso una salida muy restrictiva para con los bienes.

⁴⁹⁶ En la misma línea *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Desapoderamiento (Significado y Naturaleza)”, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1135 y ss.

⁴⁹⁷ *Vid.* SAP de La Rioja de 20 de marzo de 2012 [AC 2012/406].

⁴⁹⁸ La finalidad del desapoderamiento es el poder evitar la desaparición o la disminución de los bienes del deudor mientras se tramita el procedimiento concursal dirigido a la celebración de un convenio entre deudor y acreedores en el que se determine el momento, el modo y la cuantía de satisfacción de los acreedores, o en su defecto, a la realización de los bienes para distribuir el producto entre los acreedores por el orden establecido por Ley. *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Desapoderamiento...”, *op. cit.*, p. 1123.

Así, la naturaleza cautelar de estas medidas resultan incuestionables⁴⁹⁹ y su adopción asegura aquella efectividad de la singular tutela jurídica que otorga el auto de declaración de concurso y que exige la concurrencia de requisitos como el *periculum in mora*⁵⁰⁰ (peligro de mora procesal) y del *fumus boni iuris*⁵⁰¹ (apariencia de buen derecho) (arts. 728.1 y 2 LECiv), es lo que ORTELLS⁵⁰² constituye como el peligro por la mora procesal y que lo constituye las actuaciones del deudor durante la sustanciación del procedimiento que puedan impedir o dificultar la efectividad del auto de declaración de concurso⁵⁰³.

Ahora bien, puede ocurrir, cual es el caso, que el embargo, como medida cautelar, sea considerado por la administración concursal como una traba a la hora de dificultar la actividad y continuidad de la actividad profesional del concursado, en este sentido no debemos olvidar lo dispuesto por el art. 43.1 LCon cuando: “*En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su*

⁴⁹⁹ Como bien reza el art. 17.1 de la LCon en relación a la efectividad de la tutela jurídica que: “*A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

⁵⁰⁰ El requisito exigido como el *periculum in mora* será el que exista el riesgo de que se den situaciones durante la pendencia del proceso que impidieren o dificultaren la efectividad de una eventual sentencia de calificación estimatoria de la responsabilidad concursal.

⁵⁰¹ La figura del *fumus boni iuris*, reviste cierta complejidad debido al análisis e interpretación en la concurrencia o no de los presupuestos de la responsabilidad concursal. Por ello, corresponde a la administración concursal solicitante, la aportación de datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, en el bien entendido sentido, que éstos no deberán ser objeto de cumplimiento acreditamiento que es consustancial a la sentencia estimatoria (art. 217 .2 LECiv) *Vid.* SENÉS, C., “Medidas Cautelares” BELTRÁN, E.; GARCÍA-CRUCES, J.A.(Dir.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Thomson Reuters – Civitas, Navarra, 2012, p. 2038.

⁵⁰² *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., “Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley Concursal) QUINTANA, I.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J.A., (Dir.) en *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 113 a 118.

⁵⁰³ Hasta antes de la promulgación del art. 48 *ter* en la Ley 38/2011, la regla supletoria acerca de la medida precautoria encontraba su fundamento en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 735.2-II y 736.1 LECiv), posterior a su reforma, encontramos que podrá solicitarse la desestimación del recurso a través del recurso de apelación, frente al auto que acuerde la adopción del embargo de oficio. Por su parte, el art. 197.3 LCon reza que esta apelación constituirá una excepción a la norma especial de la Ley Concursal en materia de recursos, y que, sólo admite la reposición de autos dictados por el juez del concurso.

conservación del modo más conveniente para los interés del concurso. A tal fin, la administración concursal podrá solicitar del juzgado el auxilio que estime necesario”.

Mediante autorización judicial⁵⁰⁴, la administración concursal podrá solicitar el levantamiento, así como la cancelación del embargo por considerar de esta un acto de disposición indispensable para poder garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso (art. 43.3.1 LCon), fijando de esta manera, como bien señala MARTÍNEZ⁵⁰⁵ una norma de conducta establecida a quienes tienen como responsabilidad el ejercicio de facultades de administración atendiendo al interés del concurso. La idea de conservación del valor del patrimonio es, sin duda, la que debe prevalecer en la continuación de la actividad profesional del concursado.

Con la reforma operada en el art. 55 de la LCon con la Ley 38/2011, se logra considerar aquello que los juzgados en materia mercantil venían sosteniendo, cuando consideran que la preferencia temporal del procedimiento administrativo –de apremio- viene dada no por la providencia incoada sino por el momento en que se dicta la diligencia de embargo preventivo, que incluye únicamente los bienes respecto a aquellos que fueron ya objeto de aprehensión en el procedimiento administrativo⁵⁰⁶.

Resulta necesario que comprendamos que no sólo será imprescindible que el bien sujeto a embargo no resulte necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, sino que además será el propio juez del concurso quien se pronuncie acerca del carácter

⁵⁰⁴ El Juez del concurso asume la competencia exclusiva acerca de la ejecución del contenido patrimonial, por ello, cualquiera que resultase ser la autoridad que hubiera acordado dicha ejecución siempre que se dirija contra el patrimonio del concursado; estableciendo para sí el mecanismo protector de la *par conditio creditorum* a través de la imposibilidad de iniciar nuevas ejecuciones o apremios administrativos una vez declarado el concurso *Vid.* YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “Efectos del concurso sobre las acciones individuales”, NIETO DELGADO, C., (Dir.) en *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 242.

⁵⁰⁵ *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Desapoderamiento (significado y naturaleza)”, *op. cit.*, p. 1127.

⁵⁰⁶ Establece YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “Efectos del concurso...”, *op. cit.*, p. 244. Que esta reforma del art. 55 de la LCon supone necesariamente un claro cambio respecto de la posición que venía sosteniendo el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, siendo necesario que se haya dictado la diligencia de embargo antes de la declaración del concurso, donde sólo podrá extenderse la protección respecto de los bienes contenidos en la misma, buscando reducir con notoriedad aquél ámbito de actuación de la administración pública.

necesario o no del bien. Entendiendo por “bien necesario” aquellos que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, y que incluye el dinero en metálico, siempre que no resulte excedente y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa⁵⁰⁷. Así, en el caso de considerarse un bien necesario para la continuación de la actividad empresarial, se procederá a la suspensión de la ejecución, esto representa la pérdida por el ejecutante de cualquier derecho sobre los bienes y la integración de los mismos en la masa activa del concurso.

4.6 Enervar acciones de desahucio contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso

A través de la acción de desahucio se busca recuperar la plena posesión de un inmueble cedido en arrendamiento o en precario, sustanciándose este a través del procedimiento de juicio verbal⁵⁰⁸, y que provoca el desahucio arrendaticio, cuyo impago de las rentas, constituye el inicio de un proceso sumario, de conocimiento limitado⁵⁰⁹.

En este sentido, el artículo 70 de la LCon otorga a la administración concursal la potestad de enervar⁵¹⁰ la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así también, rehabilitar el contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento –quedando fuera de requerimiento aquellos contratos de arrendamiento de industria y los arrendamientos rústicos-. Lo que supone que se haga

⁵⁰⁷ Vid. SAP Barcelona de 26 de febrero de 2007, así también: AJM nº. 1 de la Coruña, de 19 de mayo 2006 [AC 2006, 2104].

⁵⁰⁸ El artículo 250.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que el ámbito de juicio verbal versara, cualquiera sea su cuantía, sobre:
“Las demandas que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca”.

⁵⁰⁹ En esta línea, vid. MADRAZO, J., “Rehabilitación de Contratos” BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A., (Dir.) en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, p. 2569.

⁵¹⁰ Enervación entendida como aquella facultad del arrendatario que presupone la apertura del proceso. Mediante el apersonamiento ante los tribunales demandando aquellas cantidades adeudadas por el arrendatario en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

efectiva la facultad de la administración mediante el pago que realice esta con cargo a la masa de todas aquellas rentas pendientes así como costas procesales.

Una vez ejercida la acción a través de la presentación de la demanda y teniendo en consideración de que la fecha de presentación de la demanda deberá ser anterior a la fecha del auto de declaración del concurso, debiendo esta acción tener como fundamento el impago de la renta o aquellas cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda pagar al arrendatario.

Puesta en marcha la acción de desahucio anterior a la declaración de concurso, esta seguirá su trámite en los Juzgados de Primera Instancia o en su caso en la Audiencia Provincial hasta establecerse sentencia firme que decrete el desahucio, pudiendo el actor solicitar de la administración concursal la entrega del inmueble o en su caso iniciar su ejecución.

Como bien expone MADRAZO⁵¹¹ esta facultad, bien sea de enervar o rehabilitar la acción de desahucio, posee un mismo objeto común, un contrato de arrendamiento urbano, mediante el cual se pretende ejercitar dicha acción; el mismo autor, refiere a que podamos establecer el momento en que debemos determinar la procedencia bien sea de la enervación o rehabilitación, encontrando la respuesta a través de la existencia o no de una sentencia definitiva, firme o estimatoria de la demanda. En efecto, dictada una sentencia estimatoria y satisfecha con ello la pretensión de condena solicitada y consumada la acción, no será posible una acción de enervación. Por otro lado, la rehabilitación va a precisar de la resolución previa del contrato, en virtud de la sentencia estimatoria de la acción de desahucio.

La enervación, así como la rehabilitación del contrato locativo que se otorga a la administración concursal, se traduce con el objetivo de mantener la permanencia o reconstitución de la relación contractual arrendaticia, que devendrá en el uso y disfrute del inmueble. Para ello, se exigirá: i) el pago de todas las rentas y conceptos pendientes y de

⁵¹¹ MADRAZO, J., “Rehabilitación de Contratos”, *op. cit.*, pp. 2572 – 1573.

posibles costas procesales y ii) la asunción de pagos futuros con cargo a la masa⁵¹² (No siendo de aplicación en estos casos la limitación que establece el artículo 22 de la LECiv⁵¹³. Como “concepto” pendiente se incluyen aquellas establecidas en el contrato o que legalmente corresponda pagar al arrendatario como expone los artículos 20.1, 20.3 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU)⁵¹⁴.

Estamos de acuerdo con que a través de la enervación aquella causa de resolución del contrato quedaría, desde un aspecto objetivo subsanado estableciéndose una relación contractual vigente; en el caso de la rehabilitación, la relación contractual recobra vigencia así como eficacia en aquellos términos concurrentes en el momento de la resolución⁵¹⁵. Ahora bien, puede darse el caso de que una vez resuelta la enervación o rehabilitación, el contrato es incumplido por la parte arrendataria. El arrendador tendrá la única vía de solicitar el desahucio ante el juez del concurso a través del incidente concursal; así como ejercer la acción en reclamación del pago de las cantidades debidas⁵¹⁶.

⁵¹² Estos ejercicios responderán sobre la base del principio general de la obligación de los contratos establecido en el artículo 1091 del Código Civil español.

⁵¹³ El referido artículo 22 de la LECiv recoge la disposición final 3ª uno de la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo el procedimiento de desahucio puede enervarse bien mediante los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago y aquellas que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

⁵¹⁴ A través del art. 20.1 de la LAU el pago pendiente por el que las partes pueden pactar se derivan de aquellos gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas o responsabilidades que no sean susceptibles de individualización; por otro lado, el art. 20.3 de la LAU señala que estos gastos por servicios se pactarán también cuando la finca arrendada logre individualizarlos mediante aparatos contadores, que serán en todo caso de cuenta del arrendatario.

⁵¹⁵ *Vid.* MADRAZO, J., “Rehabilitación de contratos”, *op. cit.*, p. 2576.

⁵¹⁶ Una vez incoada la acción de desahucio, así como resuelto el contrato, no podrá devenir en ningún caso una nueva enervación o rehabilitación. No será posible además, que el juez del concurso acuerde el cumplimiento del contrato pese al incumplimiento resolutorio (impago de rentas) en la medida en que esta facultad del juez de lo mercantil recae sobre los contratos con obligaciones recíprocas estando vigentes en la fecha de declaración del concurso, cuya resolución judicial se hubiera instado con posterioridad a dicha fecha (art. 62 LCon).

4.7 Acciones rescisorias y demás de impugnación

Mediante la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se otorga una nueva redacción al artículo 71 de la LCon en lo que se refiere a las acciones de reintegración e introduciendo un nuevo apartado segundo en el art. 72 LCon. Así, el artículo 71 de la Ley Concursal declara rescindibles aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración⁵¹⁷, aunque no hubiere existido intención fraudulenta⁵¹⁸, siendo la administración concursal en aplicación del art. 72 quien se atribuya la legitimación activa del ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación⁵¹⁹.

Esta acción que procede antes del inicio de la solicitud del concurso⁵²⁰, constituye según la propia Ley Concursal, como acciones de reintegración (art. 71.1)⁵²¹, que pretende preservar la integridad del patrimonio, y que a su vez, garantiza la satisfacción de los créditos evitando de esta manera aquella posible discriminación entre acreedores. La acción rescisoria posee una naturaleza muy distinta a aquellas acciones de nulidad o de

⁵¹⁷ Durante la quiebra, era el Juez quien establecía el plazo de retroacción, situación que con la promulgación de la Ley 22/2003, el legislador en función a la seguridad jurídica logra establecer el plazo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración concursal, dentro del cual deberá haberse realizado aquellos actos rescindibles. *Vid.* RIBELLES ARELLANO, J.M., “Las acciones de reintegración” NIETO DELGADO, C., (Coord.) en *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 326.

⁵¹⁸ La acción “fraudulenta” no resultará relevante para aquellas acciones de reintegración, con lo que sólo será de mayor trascendencia aquél elemento objetivo que cause el perjuicio o lesión.

⁵¹⁹ En relación a las acciones de reintegración, *vid.* STS de 21 de noviembre de 2016 [RJ 2016/5668], también: STS de 5 de abril de 2016 [RJ 2016/1240]; STS de 16 de septiembre de 2016 [RJ 2010/5597]; STS de 16 de diciembre de 2014 [RJ 2014/6821]; STS de 30 de abril de 2014 [RJ 2014/2907]; SJM Barcelona, nº 2, de 13 de octubre de 2006 [AC 2007/670]; SAP Madrid de 12 de junio de 2015 [AC 2015/955]; SAP Islas Baleares de 20 de noviembre de 2009 [AC 2010/37].

⁵²⁰ A diferencia de la quiebra, con la cual, aquellos actos celebrados por el quebrado realizados antes de la declaración de la quiebra, resultaban nulos, en el entendido que estos no producían efecto jurídico alguno, retornando a una situación anterior a la celebración del acto.

⁵²¹ El art. 1291.3º del Código Civil, emplea la misma expresión que la LCon en relación a la *rescindibilidad* como actos realizados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba. La terminología empleada y que LEÓN SANZ, F., “Reintegración de la masa” BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.) en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012, p. 2580, describe, se debe a la elección propia del Código Civil español quien se aparta de aquella terminología como acción revocatoria utilizada en Italia o en Francia.

anulabilidad⁵²², y si bien las acciones rescisorias establecidas en el Código Civil (Capítulo V) - *rescisión de contratos*-, tienen como objeto la entrega al acreedor del bien que hubiera salido del patrimonio del deudor para que pueda proceder a la satisfacción de su crédito⁵²³. La designación en la Ley Concursal, acerca de la rescisión, prescinde de aquellos elementos subjetivos propios de la acción revocatoria establecido en el art. 1291.3º del CC en los que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores.

Aquellas restricciones de las que son inherentes a las facultades de administración y disposición impuestas al concursado, frente al convenio se considera al acto como si no hubiera producido y no hubiera tenido lugar el desplazamiento patrimonial, apoyándose este recurso en el reconocimiento del acceso en los registros públicos.

Los actos del propio deudor y no de un tercero son los que promueven la acción de reintegración, entendiendo como “acto” no sólo los contratos, sino además, todos aquellos actos unilaterales del deudor⁵²⁴. Por contra, la exclusión de estas acciones de reintegración se dirigen hacia actos impuestos al concursado por disposición legal o resolución administrativa así como judicial; el art. 71.5º da cuenta que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión concursal:

1. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

⁵²² Desde una óptica de calificación jurídica *cfr.* LEÓN SANZ, F., “Reintegración de la masa”, *op. cit.*, p. 2581, estas actuaciones presentan distinta naturaleza: donaciones, pagos, constitución de garantías, transmisión de bienes. El tratamiento normativo de estas actuaciones también resulta heterogéneo, alzamiento de bienes, insolvencia punible, actos en fraude de acreedores, actos nulos, simulaciones, ilícitos civiles, etc.

⁵²³ LEÓN SANZ, F., “Reintegración de la masa”, *op. cit.*, p. 2580.

⁵²⁴ En relación a los actos del deudor, *cfr.* RIBELLES ARELLANO, J.M., “Las acciones de reintegración”, *op. cit.* p. 324, “...no exige que el acto lo sea de disposición, aun cuando pudiera inferirse de los actos rescindibles que expresamente contempla el art. 71 de la LCon, planteándose también el problema de que sin objeto de rescisión los actos de mera gestión o los actos de administración, como la constitución de fianza, (...) en la práctica forense se viene admitiendo la posibilidad de rescindir avales personales del deudor, máxime cuando el art. 71 LCon no limita la rescisión a los actos de disposición”.

2. Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
3. Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

El perjuicio para la masa activa se vuelve latente, y he aquí la importancia de lo descrito por el artículo 71.2º LCon cuando señala que estos actos de disposición del deudor serán, considerados como un perjuicio patrimonial⁵²⁵ en cuanto el acto repercuta ante la masa del concurso⁵²⁶.

Ahora bien, si atendemos al art. 71.6 de la LCon, nos encontramos con que el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el art. 72 de la LCon, en otras palabras, se establece claramente la compatibilidad del sistema de reintegración con el ejercicio de cualquiera otra acción de impugnación.

La legitimación que la Ley otorga a la administración concursal para interponer aquellas acciones de reintegración a la masa activa de los bienes pertenecientes al concursado son perfectamente compatibles con cualquier otra acción, que así lo permita el Ordenamiento

⁵²⁵ Vid. SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009, acerca del perjuicio señala: “...el perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación”. Vid. también RIBELLES ARELLANO, J.M^a. “Las acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 327.

⁵²⁶ En esta misma posición, *cfr.* GARCÍA CRUCES, J.A., *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 44 y ss., quien aduce que el perjuicio lo ha de ser a la masa activa del concurso, en este sentido, el derecho concursal lo que pretende, es reconstruir el patrimonio del entonces deudor, a fin de dejarlo inmune frente a aquellos actos que carecieran de suficiente justificación material para producir tal efecto.

jurídico⁵²⁷ tales como⁵²⁸: i) Acciones de nulidad y de anulabilidad de negocios que adolezcan de alguno de los vicios en los que puede fundarse su ejercicio (*ex* arts. 1259, 1265 a 1272, 1276 y 1277 del CC); ii) Las acciones de nulidad de negocios simulados. La declaración de nulidad de pleno derecho del negocio simulado que implica la reintegración del bien objeto del mismo en el patrimonio del concursado; iii) La acción revocatoria o pauliana (*ex* art. 1111 del CC), si se cumplen los presupuestos exigidos para su viabilidad. iv) La acción *ex* art. 1297.2º del CC, en el caso de un negocio oneroso de disposición realizado con posterioridad a una sentencia condenatoria o de un embargo.

4.8 Solicitud de ejecución de condena

El art. 172 *bis* de la Ley Concursal, contempla la posibilidad de que cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del art. 165 LCon, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Así, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, señala el mismo artículo 172 atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En este sentido, lo que busca la condena es cubrir la cobertura, total o parcial del déficit, como bien señala BELTRÁN⁵²⁹ donde, todas las cantidades que se obtengan en ejecución de sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso, estableciendo las

⁵²⁷ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones del Derecho mercantil*, Vol. II, 25ª ed., Madrid, 2003.

⁵²⁸ *Vid.* BUSTO LAGO, J.M., “La formación de la masa activa del concurso” PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., (Dir.) en *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2005, pp. 443 y 444.

⁵²⁹ BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A., “Responsabilidad Concursal”, *op. cit.*, p. 2639.

preferencias de satisfacción que encierra la ordenación de los créditos concursales en sus distintas clases.

El antiguo art. 172.3 de la LCon condenaba a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, en este sentido, aparentemente también debían ser incluidos los administradores o liquidadores que resulten condenados debiendo responder directamente a cada uno de los acreedores concursales⁵³⁰. La crítica doctrinal al respecto señalaba que resultaba contradictorio que unos pagos se realicen a la masa y otros a los acreedores sociales, lo que conducía a una ejecución unitaria de la sentencia de condena.

Con la nueva redacción del art. 172 *bis* numeral tercero declara que: *“Todas las cantidades que se obtengan en la ejecución de sentencia de calificación se integrarán a la masa activa del concurso”*, lo que vendría a ser de aplicación el art. 154 LCon donde *“Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta”*.

En relación a la legitimación para solicitar la ejecución de la condena, la Ley Concursal otorga, dentro el marco de sus funciones a la propia administración concursal, pero, podría darse el caso como bien señala MACHADO⁵³¹, de que los propios acreedores sean quienes insten por escrito a la administración concursal la solicitud de ejecución y, si esta hace caso omiso, aquellos tienen una legitimación subsidiaria para solicitar al juez la ejecución de la condena de déficit patrimonial a fin de que se integre en la masa activa (ejecución subsidiaria).

⁵³⁰ Esta interpretación logró generar polémica dentro la doctrina al considerar que vulneraba principios esenciales del concurso de acreedores, así el principio de la *par conditio creditorum* queda roto por la diligencia de algunos acreedores que se encuentran mejor relacionados con los administradores condenados, en el entendido que lograrse un pago de éstos antes que otro acreedor. *Vid.* MACHADO PLAZAS, J., “La sentencia de calificación” en NIETO DELGADO, C., (Dir.), *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 684.

⁵³¹ MACHADO PLAZAS, J., “La sentencia de calificación”, *op. cit.*, p. 685.

4.9 Transformación del procedimiento abreviado en ordinario

De los artículos 190 a 191 *quáter* de la Ley Concursal, se establecen aquellos principios rectores del procedimiento abreviado concursal⁵³², que se incluyen dentro del propio procedimiento general⁵³³ y cuya finalidad, como bien señala CANDELARIO⁵³⁴, es el de flexibilizar los trámites procedimentales para aquellos sujetos que cumplan una serie de requisitos cuantitativos, ilustrados, específicamente, en la pequeña y mediana empresa⁵³⁵. Es así que a la vista de la información disponible, el juez considerando que el procedimiento no reviste especial complejidad, podrá aplicar el procedimiento abreviado⁵³⁶, atendiendo a circunstancias como los establecidos en el propio art. 190.1 de la LCon:

1. *Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores*
2. *Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros*

⁵³² Sobre el procedimiento abreviado, *vid.* AA.VV., *Aspectos de la nueva Ley Concursal. Concursos, créditos, administradores, jueces*, Reus, 2004; AA.VV., *Comentarios a la Legislación concursal*, SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dirs.), Lex Nova, 2005; MARTÍNEZ ARESO, A., “El procedimiento abreviado”, BELTRÁN, GARCÍA-CRUCES Y PRENDES (Dirs.), *en La reforma Concursal*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 339 y ss., SENÉS MONTILLA, C., “Artículos 190 y 191”, en ROJO A. Y BELTRÁN, E., (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 2777 y ss.

⁵³³ La Ley Concursal establece un único procedimiento (objetivo o procedimental) y dentro de esta unidad procesal se logra distinguir aquel concurso de acreedores “ordinario” o también denominado ordinaria y el concurso “abreviado”. Este último opera a través de una simplificación en tiempo y dinero, en beneficio tanto del deudor como de los acreedores.

⁵³⁴ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., “Lecciones de Derecho concursal”, *op. cit.*, p. 129.

⁵³⁵ Si bien con la promulgación de la Ley 22/2003 la expectativa respecto a un procedimiento abreviado no tuvo el éxito esperado debido a una preferencia por un procedimiento ordinario, la promulgación del Real Decreto Ley3/2009 quiso, de alguna manera, ampliar aquellos límites cuantitativos para que exista una mayor receptibilidad a la hora de acudir al procedimiento a través de un pasivo inicial (acceso a un mayor número de empresas o sujetos, que se encuentren en dificultades o situación de insolvencia en orden de solventar sus situaciones de manera ordenada) que no logre superar los diez millones de euros. Posteriormente este procedimiento recibe un nuevo impulso a través de la reforma de la Ley 38/2011, y que en el preámbulo del apartado IV establece que: “(...) La ley se detiene en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación de la Ley Concursal ha permitido constatar, tales como la situación de la empresa en crisis, el número de trabajadores, las negociaciones que la empresa pudiera haber iniciado para su venta o la modificación estructural de la sociedad deudora” *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., “Lecciones de derecho concursal”, *op. cit.*, p. 130.

⁵³⁶ Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. (art. 190 LCon)

3. *Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros*

El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo (*ex art. 190.2 LCon*).

Cabe hacer una distinción necesaria, puesto que en aplicación del art. 190.1 LCon el juez del concurso, se encuentra ante una “posible” declaración de concurso abreviado la diferencia con la aplicación de la nueva reforma de 2011 es que esta posible declaración podrá convertirse en “necesaria” cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo, en todo caso, el juez, de oficio a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, podrá en cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado⁵³⁷.

La decisión que adopta el juez dentro el marco de su discrecionalidad, y que se fundamenta mediante decisión motivada a través de Autos, produce la modificación de las circunstancias que pudieron haber motivado en un principio las razones que sustentaban al procedimiento abreviado. No obstante, en el caso de que el procedimiento abreviado se transforme en ordinario, se deberá, como bien señala HERRERO⁵³⁸ restaurar algunos plazos por el acortamiento indebido que hayan sufrido y que haya podido incidir en el ejercicio de los derechos de las partes.

⁵³⁷ *Vid.* AJM Madrid de 7 de marzo de 2012 [JUR 2012/3456] que subraya: “*La reforma realizada por la Ley 38/2011 ha establecido un nuevo régimen de procedimiento abreviado que no se limita a establecer una reducción de plazos, sino que establece una serie de peculiaridades que lo convierten en un verdadero procedimiento. Para que proceda la aplicación del procedimiento abreviado es preciso que concurran alguna de las situaciones que la norma específica*”.

⁵³⁸ HERRERO PEREZAGUA, J., “Procedimiento abreviado”, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *en Enciclopedia de Derecho concursal*, T.II, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 2424.

Una vez declarado el concurso abreviado, bien por una vía posible o necesaria, se fijan los plazos en que la administración concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa, estableciendo un período de quince días siguientes a la aceptación del cargo; posterior a ello, en el plazo de un mes, deberá presentar el informe previsto en el art. 75 de la LCon, pudiendo prorrogar el plazo, por otros quince días (no pudiendo ser ampliados).

Por su parte, el secretario judicial formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas a la administración concursal. En el plazo de diez días, la administración concursal comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente. Así, si hay más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramitan y resuelvan en una sola vista.

La administración concursal deberá informar de inmediato al juez la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio y si las impugnaciones afectaran a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.

El plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio finalizará en todo caso en cinco días después de la notificación del informe de la administración concursal; si en el plazo previsto no se hubiera presentado propuesta de convenio, el secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación requiriendo a la administración concursal para que presente el plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días. Una vez aprobado el plan, las operaciones de liquidación no podrán durar más de tres meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más (art. 191 LCon)⁵³⁹.

⁵³⁹ Vid. AJM Madrid, nº 8, de 30 de marzo de 2012 [AC 2012/456] donde: “Se acuerda la tramitación por el cauce ordinario (art. 190 LCon) a falta de constancia de datos que integren las circunstancias previstas para la tramitación abreviada, sin perjuicio de una posible acomodación procesal posterior”.

4.10 Sustituir al deudor en los procedimientos judiciales a trámite

Las restricciones en el ejercicio de facultades del concursado se limitan tanto en la administración como en la disposición de sus bienes, estableciendo que el concursado no podrá administrar ni disponer en caso de suspensión o no por sí sólo en el supuesto de intervención⁵⁴⁰, estas restricciones acerca de las facultades de obrar del acreedor posee una gran trascendencia dependiendo el proceso en el que sean parte⁵⁴¹.

Respecto a la intervención, esta supone en el deudor el seguir ejercitando las facultades de administración y de disposición de los bienes de la masa activa⁵⁴² pero necesitando como requisito indispensable, la autorización o conformidad de la administración concursal⁵⁴³ (ex art. 40 LCon).

⁵⁴⁰ Vid. AJM Las Palmas, nº 1, de 5 de noviembre de 2004 [AC 2011/1652] donde señala: “*En atención a las facultades que se otorgan al juez, se acuerda, en relación a las facultades de administración y disposición del deudor respecto a su patrimonio, la intervención de dichas facultades mediante la correspondiente autorización o conformidad de los administradores concursales. Tal decisión se apoya. 1º Si bien desde un punto de vista formal, la solicitud de concurso necesario fue previa a la petición de concurso voluntario, sin embargo, el Consejo de Administración ya había adoptado anteriormente la decisión formal de presentar dicha solicitud de concurso voluntario. 2º De la documentación presentada no se desprende ni resulta ningún dato que permita ni tan siquiera sospechar que los administradores de la entidad vayan a llevar a cabo ningún acto en perjuicio de sus acreedores o del correcto funcionamiento de la entidad. 3º La actividad de la entidad concursada, dada su naturaleza fundamentalmente deportiva, centrada, además, en un deporte altamente profesionalizado como es el fútbol, presenta una serie de especialidades y de peculiaridades que exceden de las habituales en otras empresas y sociedades mercantiles*”.

⁵⁴¹ Durante la quiebra, la inhabilitación que producía la declaración afectaba, en principio, a la capacidad procesal del quebrado, pues para comparecer en juicio hacía falta estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); por lo que tenían que comparecer sus representantes legítimos o los que debían suplir su incapacidad. Pero la doctrina, y la no siempre clara Jurisprudencia, no hacía extensible la incapacidad procesal a los litigios que guardaban relación con los bienes inembargables, con los derechos extrapatrimoniales y de familia, con los derechos patrimoniales personalísimos del quebrado y con los derechos indiferentes para la masa de la quiebra. El quebrado sólo estaría incapacitado procesalmente para los actos de la quiebra que la Ley no permitía (oponerse a la declaración –art. 1326 de la LECiv-, impugnar el nombramiento de los síndicos. Vid. ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, pp. 110 y 111.

⁵⁴² Vid. SAP de Álava de 26 de octubre de 2010 [JUR 2010/408621] y que apunta: “*En caso de intervención de las facultades de administrar y disponer, no es necesario el consentimiento de la administración concursal para enajenar bienes que no sean propiedad de ña concursada sino de terceros, como lo son sus administradores*”.

⁵⁴³ La función de la administración concursal se limita al control de la actuación del concursado.

Resulta interesante la crítica que ETXARANDIO⁵⁴⁴ otorga a la regulación que la LCon en el aspecto procesal del concursado, puesto que ha resultado incompleta debido a que no se “*expresa el rol que le cumple en posición activa y pasiva de todos los procesos, dentro o fuera del concurso, sino que hay porciones del régimen de capacidad procesal, legitimación, y poder de disposición del objeto procesal, así como del soporte de costas y gastos, que deben decantarse desde lo expresamente regulado*”.

Mediante la suspensión, se limita el ejercicio de los derechos patrimoniales y, el deudor, resulta sustituido por la administración concursal⁵⁴⁵, a quien corresponde el ejercicio de las facultades de administrar y disponer los bienes de la masa activa⁵⁴⁶. Así el art. 51 de la LCon en relación a la continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes en que el deudor sea parte y que se encuentre en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o a la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.

En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a este en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse total o parcialmente,

⁵⁴⁴ ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho concursal*, op. cit., p. 399.

⁵⁴⁵ La administración concursal, en aplicación del art. 44.2 LCon puede determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad del concursado, que por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

⁵⁴⁶ Sobre este asunto, *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Desapoderamiento (significado y naturaleza)”, op. cit., p. 1123, quien reconoce que la suspensión se traduce en la imposibilidad para el deudor de realizar actos de administración y de disposición sobre bienes de la masa activa, sea personalmente, sea por medio de representantes legales (que no sean los propios del procedimiento concursal), voluntarios, necesarios o de cualquier modo a través de otro sujeto.

y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizadas tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción se estará a lo pactado en materia de costas.

La administración concursal que logre ocupar la posición del deudor en aquellos procesos declarativos pendientes no atribuye la Ley facultades procesales ilimitadas, así lo señala BELLIDO⁵⁴⁷ donde estas restricciones tendrían como fundamento la salvaguarda del principio de *par conditio creditorum*. La existencia de autorización judicial para realizar eficazmente los actos procesales singulares es común a los casos en los que el concursado hubiera tenido la posición de demandante y a aquellos otros en los que hubiera tenido la posición de demandado.

4.11 Acciones de índole no personal

La Ley Concursal establece que la intervención y suspensión corresponden a aquellas facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (*ex art. 40.6 LCon*), no es menos cierto que la propia Ley Concursal en su artículo 54, reserva la legitimación para el ejercicio de acciones correspondientes al deudor frente a terceros con posterioridad a la declaración del concurso (*ex art. 54.2*)⁵⁴⁸ o bien sea en caso en que dicho deudor es suspendido en el ejercicio de las facultades patrimoniales⁵⁴⁹ (*ex art. 54.1*).

⁵⁴⁷ BELLIDO, R., “Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes”, ROJO, A., BELTRÁN, E., (Dirs.), *en Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1010.

⁵⁴⁸ *Vid.* SAP Asturias de 9 de octubre de 2008 [JUR 2009/93116], también: AJM Oviedo, nº 1, de 3 de julio de 2006 [AC 2006/1798].

⁵⁴⁹ En caso de haberse decretado la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa, sea en el auto de declaración de concurso (art. 40.2 LCon), sea en resolución posterior (art.40.4.1 LCon), la legitimación sería distinta en función de que se traten de acciones patrimoniales o de otra clase de acciones. *Vid.* BELLIDO, R., “Ejercicio de acciones del concursado” ROJO, A., BELTRÁN, E., *en Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1022.

Vamos observando que en consonancia con el art.40.2 LCon como regla general para los supuestos de suspensión de facultades el art. 54.1 LCon supone que en caso de suspensión de facultades del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Si bien la extraña dicción legal pretende referirse a las acciones enumeradas en el art. 8.1 LCon, como bien señala ALONSO-CUEVILLAS⁵⁵⁰ y que se ejercitan en procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores en las que se puede tener una importancia de trascendencia patrimonial (*ex. art. 8.1º LCon*) donde aparentemente se desprende que no será necesaria la conformidad de los administradores concursales cuando la materia litigiosa no pueda afectar al patrimonio del concursado⁵⁵¹.

En el ejercicio de acciones de índole personal, se reconoce al concursado una legitimación principal además de capacidad procesal (a excepción de que estas incidan en la masa activa). En este caso el art. 35 LCon resulta elocuente, al señalar que para desistir o transigir sobre las mismas, se requería la previa conformidad de la administración concursal⁵⁵².

Así, por ejemplo, pensemos en aquellas acciones en sede administrativa respecto a las recalificaciones de fincas efectuadas en infracción de reglamentos por el ente urbanístico; o

⁵⁵⁰ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “Artículo 54”, SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., (Dir.) en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 602 a 603.

⁵⁵¹ La delimitación del ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en el art. 51 LCon será el entender que este es aplicable a los procesos declarativos singulares pendientes en el momento de declararse el concurso, al margen del que el deudor adopte en ellos la posición del demandante o de demandado.

⁵⁵² *Vid. AJM 4 de Madrid 29 de marzo de 2007 señala: “(...) cuando la ley ha permitido al concursado comparecer personalmente para la defensa de acciones personales, condiciona esa actuación, cuando pueda afectar al patrimonio, a la autorización de la administración concursal, lo que parece imponer la necesidad de planteamiento previo de la cuestión en orden a determinar si es posible o no tal afectación y actuar en consecuencia”.*

en una querrela criminal debido a que la pieza de responsabilidad que se solicita como víctima es de una importancia patrimonial notoria; en materia de familia, una reclamación de paternidad, una incapacitación, un divorcio o una custodia de menores, pueden no acarrear obligaciones pecuniarias, pero lo común es que deterioren el patrimonio. En la realidad, como observamos, el ámbito de excepción abarca un amplio margen, mucho más que el ámbito de la excepción. La ley no exige que estos efectos patrimoniales sean especialmente significativos o importantes; lo que corresponde es que pueda “afectar” a la masa.

Debemos tener presente que la conformidad que brinde la administración concursal, no equivale a autorización; a sabiendas que, la propia LCon, no establece un procedimiento específico para la obtención de la conformidad, como en su caso existe las autorizaciones judiciales (art. 188 LCon), debiendo en su caso, el propio concursado acreditar el haber obtenido dicha conformidad.

Puede darse el caso de que la administración concursal no otorgue la conformidad necesaria para que el deudor asuma la acción necesaria, no resolviéndose siquiera acerca de la posibilidad de sustituir la pretensión a través del Juez del concurso, como bien señala BELLIDO⁵⁵³ que aunque la administración concursal se encuentre sometida a la separación judicial, pero también es cierto que tanto el órgano judicial como administrativo tienen un ámbito de competencias propias. En el supuesto de una negativa, podrá el juez a petición del deudor requerir a la administración concursal el informe correspondiente acerca de las razones de dicha negativa.

5. FUNCIONES EN RELACIÓN A LAS PROPIAS DEL DEUDOR O DE SUS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN

A lo largo de las funciones de la administración concursal en el ámbito procesal hemos podido advertir el alcance del artículo 40 de la LCon en cuanto al régimen de la intervención o suspensión se refieren –concurso voluntario o concurso necesario- y la

⁵⁵³ BELLIDO, R., “Ejercicio de acciones del concursado”, *op. cit.* p. 1025.

necesidad de establecer la posibilidad que a petición de la administración concursal se pueda acordar el cambio de facultades mediante auto, entenderemos que dentro de una de las primeras actuaciones de la propia administración concursal es la de intervenir en las acciones propias del deudor, estableciendo desde ese momento la necesidad de contar con la autorización de este órgano⁵⁵⁴.

Si nos encontramos frente a la suspensión de las facultades propias del deudor, será la administración concursal quien desarrolle la actividad gestora, ante ello, el art. 33 b) de la LCon resume aquella actividad de la administración concursal en relación a las propias del deudor o de sus órganos de administración.

5.1 Actos de disposición para la viabilidad de la empresa

A través de la reforma operada en 2011, el artículo 43.3 de la LCon otorga un giro en la necesidad de disposición de bienes o activos del concursado, siempre que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

Como bien ha sucedido en muchas de las reformas a partir de 2009, lo que el legislador ha pretendido es una solución rápida ante la evidencia de un concurso lento a través de parches legales produciendo, por supuesto, vacíos jurídicos sujetos a la discrecionalidad del juez⁵⁵⁵;

⁵⁵⁴ Cfr. CASTRO ARAGONÉS, J., “La administración concursal”, *op. cit.*, p. 148 quien configura el sistema de intervención de forma doble, de una parte, aquella administración concursal que debe autorizar de forma individualizada cada acto de administración y disposición, y por otro, pudiendo intervenir mediante una autorización general para los actos u operaciones más habituales, relativos a la gestión ordinaria. De esta manera se va generando a lo largo de la tramitación del procedimiento, influyendo y de sobremanera en el grado de confianza que vayan adquiriendo las partes.

⁵⁵⁵ En este sentido, cfr. MUÑOZ MONTAGUT, C., *La administración concursal tras la reforma 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 15 donde, señala muy bien que “(...) la juventud de la Ley concursal y por qué no decirlo el tremendo abanico de situaciones a los que la administración concursal deberá hacer frente en el seno de un procedimiento concursal, incluso de naturaleza abreviada, sitúa en situaciones complejas a este órgano que, fruto de algunos inconvenientes prácticos y lagunas de nuestra norma, tendrá que hacer gala de no pocas dosis de improvisación...”.

precisamente es lo que viene a criticar NIETO⁵⁵⁶ en el entendido práctico del art. 43.3 donde se produce un vacío al no lograr establecer el significado de aquella “*necesidad de tesorería que exija la continuidad del concurso*”, bien resulte de aquella disponibilidad económica para la continuación de la actividad empresarial o profesional y por otro lado, la venta de activos para sufragar los gastos asociados a la tramitación del concurso.

Si nos referimos a la venta de activos estaremos frente a una contradicción, debido a que tendríamos que decidir entre garantizar la viabilidad de la empresa o la continuidad del concurso, debiendo “según” el entender literal del precepto en cuestión, proceder si es necesario –como actos de disposición indispensables- el posible cierre de la empresa por la suscitada venta de los bienes productivos con el fin de garantizar los créditos contra la masa.

Por último y no menos importante, será la comunicación al Juez del concurso de los actos realizados por la administración, acompañado de la justificación; actos que de ningún modo prevén una aceptación o no por parte del juez, y menos el poner en conocimiento de las partes el acto de disposición.

En todo caso, estaremos frente a aquellos actos de enajenación o disposición que pretenden la continuidad del concurso, actos inherentes al giro y tráfico del deudor que pretende seguir con la actividad o en su defecto hacer efectivo aquellos gastos esenciales que le permitan la continuidad en el proceso.

Sin duda, estaremos frente a una actuación donde la administración concursal deberá asumir un riesgo –al no dar cuenta “efectiva” al juzgado- no sólo con la debida justificación sino también por la falta de oposición y discrepancia que puedan tener los acreedores con la propia administración concursal⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor” en *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 175.

⁵⁵⁷ *Vid.* AJM nº 1, de Cádiz de 14 de julio de 2009 [AC 2011/1663], también: AJM nº 5, Madrid de 17 de septiembre de 2008 [AC 2010/1886].

5.2 Asistencia a los órganos colegiados de la persona jurídica concursada

Nuevamente la reforma concursal con la Ley 38/2011, da cuenta de aquellos “problemas” que la Ley 22/2003 presenta acerca de la duda interpretativa precisamente en el art. 48 de la LCon estableciendo una regulación más adecuada, -aunque sin despejar ciertas dudas- a los efectos del concurso sobre la composición, funcionamiento además de las competencias de los órganos sociales.

Esta reforma ha previsto la ampliación del artículo 48 LCon manteniendo durante la tramitación del concurso los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento pueda producir la intervención o la suspensión de facultades de administración y disposición, salvo que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se logre declarar el cese de los administradores o de los liquidadores⁵⁵⁸.

Para no alejarnos de la pretendida función de la administración concursal en cuanto la asistencia a los órganos colegiados de la persona jurídica concursada daremos cuenta de la importancia de esta en el ejercicio de las competencias de la junta general; como bien expone el art. 48.1 de la LCon.

Los efectos que la declaración de concurso produce precisamente en la junta, son aquellos que afectan de manera principal en el desarrollo de sus funciones por el órgano de administración de la persona jurídica⁵⁵⁹. Pero además y como bien señala GARCÍA-VILLARRUBIA⁵⁶⁰ estos efectos también se producen en el ámbito de las competencias de la junta general; en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 48 LCon, se regula que, los

⁵⁵⁸ Vid. NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor”, *op. cit.* pp. 182 a 183.

⁵⁵⁹ Vid. Artículo 48.3 LCon donde: “Los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición. Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales”.

⁵⁶⁰ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 27, 2015, p. 87.

acuerdos de la junta general, pueden tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso y requerirán, para su eficacia, la autorización y confirmación de la administración concursal. Por tanto, en relación a las competencias de la junta general resulta necesario el dilucidar si el asunto sometido a deliberación posee contenido patrimonial así como relevancia para el concurso, de darse esta situación estaremos frente a una necesaria, autorización o confirmación por parte de la administración concursal .

Si nos referimos a la convocatoria de la junta general, esta debe estar precedida por la correspondiente convocatoria, en este sentido, el nuevo régimen establecido en el art. 48.2 LCon contiene una previsión al respecto, al señalar que: la administración concursal tendrá derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica, para lo que deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse, si bien el cambio no opera grandes diferencias en cuanto a la convocatoria a la junta, lo que viene a modificar la ley 38/2011 es la limitación de un requisito formal y adicional que consiste en la obligación de convocar a la administración concursal para que esta pueda ejercitar los derechos que la Ley reconoce⁵⁶¹.

La duda que nos surge a raíz de lo expuesto, es saber si la propia administración podrá en todo caso, convocar a la junta general, materia que se encuentra reservada a los administradores y, a los liquidadores de la sociedad (art. 166 LSC), lo que constituye una acción dudosa en caso de suspensión⁵⁶² .

⁵⁶¹ En relación al cambio sustantivo del nuevo régimen en el art. 48.2 de la LCon, *cfr.* NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor”, *op. cit.*, p. 183, aclara que en primer lugar que no sólo los Administradores concursales tienen derecho de asistencia y voz en los órganos colegiados de la persona jurídica, sino que deben ser convocados en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse.

⁵⁶² En caso de que la administración concursal sea convocada a la junta general, en ningún caso estos estarían facultados para convocar ellos la junta así: *vid.* AJM 7 Madrid, 29 de marzo de 2007 [AC 2075, 571]: “*En el caso de que, como consecuencia de la suspensión de facultades de administración, los administradores sociales sean sustituidos por la administración concursal éstos asumen todas esas funciones, de las que quedan desposeídos los administradores de la sociedad. No implica este hecho que la Junta General no pueda ser convocada durante la tramitación del concurso sino que esa facultad- obligación se traspa a la administración concursal quedando siempre a salvo la posibilidad de convocatoria judicial de la Junta en los términos del art. 101 de la Ley de Sociedades Anónimas, podría argüirse, no sin falta de razón, que esas*

Desde otra óptica, el artículo 48.1 de la LCon establece como principio el mantenimiento y continuidad de los órganos de la sociedad en concurso, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento pueda producir. En otras palabras, que los administradores de la compañía conservan la facultad de poder convocar Junta general para la adopción de acuerdos que sean de su competencia. El propio artículo 48.2 establece que la constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, como bien se dijo, de la autorización o confirmación de la administración concursal.

Resulta interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 y que GARCÍA-VILLARRUBIA⁵⁶³ cita en su estudio acerca de los efectos del concurso en la persona jurídica y que formulan su apreciación y dictamen en cuanto: “*La junta general como órgano social de formación de la voluntad de la sociedad (...) no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición*” según ello, los acuerdos de la junta no constituyen en sí mismo actos de administración o disposición, lo que tampoco parece razonable que aquellos actos previos a la convocatoria deban entenderse fundamentales para la adopción de acuerdos.

limitaciones operan sólo en el ámbito patrimonial de la sociedad y que no afecta a todo aquello que carezca de tal carácter por no integrarse en la masa activa, en los términos del art. 40.6 de la LCon. Sin embargo, frente a ello conviene recordar que la convocatoria a la Junta es un acto propio de administración y que razones de seguridad jurídica imponen la necesidad de que exista un órgano que ejecute dichos actos. Por otra parte no siempre es posible a priori delimitar qué acto tiene un alcance patrimonial y cuál no lo tiene. En este punto conviene recordar que cuando la Ley Concursal en su artículo 54.1 ha permitido al concursado comparecer personalmente para la defensa de acciones personales, condiciona esa actuación, cuando pueda afectar al patrimonio, a la autorización de la administración concursal, lo que parece imponer la necesidad del planteamiento previo de la cuestión en orden a determinar si es posible o no tal afectación y actuar en consecuencia. Es también de señalar que la mera convocatoria a la Junta general genera gastos que deben ser autorizados por la administración y también la ejecución de los hipotéticos acuerdos que en su caso se acordaran generaría gastos que no han sido autorizados.

⁵⁶³ GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora”, *op. cit.*, p. 88.

5.3 Disposición de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad

A través del art. 43.3.2º de la LCon, se contempla la posibilidad de venta por el concursado, de cualquier bien que no sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor⁵⁶⁴, claro que mediante la intervención de la administración concursal, siempre que exista una oferta que no difiera de la valoración del bien del inventario⁵⁶⁵. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes⁵⁶⁶. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.

Crítica muy acertada la de NIETO⁵⁶⁷ cuando apunta que la Ley 38/2011 introduce en este artículo una “dosis” de realismo puro y quizás asumiendo como mal inevitable que la inmensa mayoría de los concursos terminarán en liquidación, y que permite ya en la fase

⁵⁶⁴ En ese sentido, *vid.* AJM 2 de Madrid 19 de febrero de 2006 expone: “(...) según resulta comúnmente aceptado por la más autorizada doctrina, ante la necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, las circunstancias que ordinariamente se aducen como capaces de justificar la autorización judicial se caracterizan en general por la nota de la perentoriedad: necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos, conveniencia de eludir gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes del inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés por la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta o improbable reiteración futura”.

⁵⁶⁵ El artículo 43 de la LCon no establece aquellos requisitos, así como finalidad a la que deben sujetarse el régimen de ventas anticipadas siendo que en la práctica se acude a criterios generales del concurso, a través de los cuales los Juzgados de lo Mercantil han ido construyendo estos requisitos y finalidades, así en este entendido, la venta anticipada de bienes: a) no debe tener finalidad liquidatoria; b) atenderá fundamentalmente al interés del concurso; c) resultará un bien por el que sea preciso obtener liquidez para garantizar la continuidad del concurso o empresarial y d) resultará de un bien por el que resulte necesario para atender los gastos de la propia masa del concurso.

⁵⁶⁶ Acerca de la justificación que la administración concursal debe poner en conocimiento del juez del concurso, *vid.* AJM nº 2, de Málaga 30 de mayo de 2011 donde: “ La autorización debe atender a la conservación del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación o que se deprecien rápidamente, e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés, sin olvidar el momento de oportunidad, esto es que la oferta recibida supere previsiblemente el valor a obtener en el futuro”.

⁵⁶⁷ NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración de concurso”, *op. cit.*, p. 176.

común, el inicio de una enajenación masiva, siempre que existan buenas ofertas. En general esta norma parece que presenta ciertos defectos que son evidentes.

Uno de estos defectos sugiere el tener que interpretar, que inventario deberá tomarse como referencia para establecer o constatar si la oferta excede o no del valor del bien, será por tanto, partir del valor de este en el inventario acompañado a la solicitud del concurso o a partir del valor del bien en el inventario que figure en el informe de la administración concursal así como en aquellos que sean definitivos. La opción más acertada en este caso es la que resulta del valor del bien que se incluye en el informe de la administración concursal, el cual obviamente no se podría invocar hasta que no termine el plazo de impugnación del informe provisional de la administración concursal (diez días a contar desde la notificación de la presentación del informe al juez y de la documentación complementaria, art. 96 LCon).

En referencia a aquella oferta superior que deberá constar dentro el tramo establecido en el art. 43.2 LCon, este mismo precepto, presenta dificultades a la hora de mejora de una postura inicial de un tercero, debido principalmente a que las ventas se podrían negociar sin publicidad previa. La posibilidad de que sea la administración concursal quien deba justificar la no necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial⁵⁶⁸ concursada crea un cierto conflicto más aún cuando el juez nada puede hacer si no está conforme con la decisión asumida por la administración.

⁵⁶⁸ Acerca del interés que la disposición suponga para la actividad empresarial del concurso *Vid.* AJM 1 Madrid 27 de abril de 2005 donde expone que: “*La ley prohíbe a la administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurran circunstancias que lo justifiquen fundamentalmente el interés para el concurso-, pueda procederse a la enajenación de bienes y derechos del concursado, aunque en tal caso siempre con autorización judicial*”; *Vid.* también AJM Cádiz de 23 de abril de 2008 en que: “*La decisión de autorización de enajenación del juez del concurso debe ponderar el interés del concurso, es decir, la finalidad de satisfacción de los acreedores, y la conveniencia que dicha resolución se anticipe en el tiempo, y se produzca en fase común. Lo que no permite la Ley Concursal es utilizar la facultad excepcional del art. 43.2 para proceder a la liquidación anticipada de activos, sin una justificación suficiente de la necesidad de la venta anticipada (...)*”.

5.4 Solicitud de revocación del nombramiento del auditor de cuentas

Dentro los principales deberes del empresario se encuentra la llevanza de una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones (art. 25.1 CCom) así como mostrar de forma clara y fiel la situación patrimonial y financiera de la empresa (art. 34.2 CCom), ante ello, el régimen jurídico de la contabilidad supone la asunción en el ordenamiento de los principios y técnicas contables generados en el seno de la actividad económica por parte de los empresarios personas jurídicas⁵⁶⁹.

El interés de la llevanza de la contabilidad⁵⁷⁰ no sólo se justifica por el propio empresario - además de los socios- en función de conocer los resultados positivos y negativos de su actividad empresarial⁵⁷¹, sino también de aquél interés de terceros que establecen relaciones jurídicas con el empresario, interés que también se extiende a los trabajadores, inversores y la propia Administración pública. Entonces, resultará de suma importancia aquellos aspectos contables en la solicitud, declaración, tramitación y solución del concurso de acreedores⁵⁷².

⁵⁶⁹ Vid. CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores”, en *Anuario de Derecho Concursal, ADC*, nº. 27, 2012, p. 96.

⁵⁷⁰ La llevanza de la contabilidad reúne dos tipos de obligaciones, aquella cuya característica jurídico-formal consiste en la llevanza de los libros contables (inventario, cuentas anuales, libro diario, además de aquellos exigidos legalmente en el caso de sociedades mercantiles como los libro-registro de acciones nominativas, libro de registro de socios) donde queden reflejados y establecidos de manera cronológica los actos y operaciones relativas a la empresa. De otra aquella obligación jurídico-material que obliga al empresario a la formulación de las cuentas anuales del empresario (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estados de cambio en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo, la memoria y el informe de gestión en el caso de aquellas sociedades de capital que no puedan formular balance y estado de patrimonio) al cierre de cada ejercicio económico (Título III, Sección 2ª, arts. 34 a 41 CCom, para las sociedades mercantiles *cf.* arts. 253 a 284 LSC).

⁵⁷¹ Las cuentas anuales, además de reflejar la imagen fiel del patrimonio empresarial, cumplirá una función preventiva de la insolvencia como de la propia crisis empresarial.

⁵⁷² Acerca de estos temas, *vid.* BELTRÁN, E., “Comentario al artículo 46 LCon”, en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Dir.) *Comentario a la Ley Concursal*, Vol. I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 939-940; TAPIA HERMIDA, A., “Comentario al artículo 46 LCon: Cuentas anuales del deudor” en SANCHEZ CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I., Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 868; VIVES RUIZ, F., “Contabilidad y cuentas del deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,

Con la Ley Concursal de 2003 aquellos aspectos contables del deudor serán los que deba acompañar o aportar el deudor cuando el concurso sea interpuesto por un tercero acreedor, permitiendo de esta manera al Juez declarar o no el concurso del deudor y facilitar la labor de la administración concursal a través de la entrega de libros así como documentos contables relativos a su actividad patrimonial⁵⁷³. Sin embargo el ordenamiento jurídico introducido con la Ley 38/2011 precisamente en el art. 46 pasa a referirse a aquella obligación de formular cuentas de los administradores concursales en caso de intervención., introduciendo un cambio de criterio radical en lo relativo a la auditoría de las cuentas anuales del deudor declarado en concurso, suprimiendo la exención prevista en 2003⁵⁷⁴ y ofreciendo al Juez del concurso, a petición fundada de la administración concursal, la posibilidad de revocar el nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales⁵⁷⁵.

El carácter especial de la obligación de formulación, así como la auditoría de las cuentas anuales se verá plasmada en lo establecido por el art. 46.1 de la LCon que declara que en caso de intervención subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de la administración concursal. Y, en el caso del art. 46.3 de la LCon, sobre el supuesto de suspensión, subsistirá la

L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Colección Garrigues, Madrid, 2004. pp. 217 y ss.

⁵⁷³ La redacción originaria del artículo 46 de la LCon establecía con carácter general la obligación de formular y auditar las cuentas anuales del deudor declarado en concurso durante la tramitación del mismo (art. 46.1 LCon), señalando también a quien corresponde dicha obligación según los casos de mera intervención o mera suspensión de las facultades patrimoniales y de disposición del concursado (art. 46.2 LCon). Se añadía además una regla especial en el párrafo II del art. 46.1 LCon donde se eximía a la sociedad concursada de realizar la auditoría de las primeras cuentas anuales que se preparasen mientras estuviera en funciones la administración concursal, con la excepción de aquellas sociedades que tuvieran sus valores admitidos a negociación en mercados secundarios de valores o que estuvieran sometidas a supervisión pública por el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F. “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁷⁴ La opción del legislador en 2003 era la de eximir la obligación de la auditoría exclusivamente las primeras cuentas preparadas con posterioridad a la declaración de concurso; aunque la aplicación del precepto había suscitado dudas respecto del concreto ejercicio al que la exención debía venir referida, planteándose si debían ser las primeras cuentas aprobadas tras la declaración del concurso. *Vid.* NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor”, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁷⁵ *Vid.* SJM nº 3, de Vigo de 5 de marzo de 2015 [JUR 2015/83629].

obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, facultad que corresponderá y recaerá directamente en la administración concursal.

Realizada esta consideración, y de manera amplia, lo que este artículo 46 de la LCon denota es la necesidad de que la declaración de concurso no debe alterar la actividad económica del deudor ni por ende, el cumplimiento de las obligaciones legales asociados a la actividad antes del concurso, es decir, la obligación de elaborar, auditar, aprobar y depositar en el Registro Mercantil las cuentas anuales de todos los deudores que estuvieren sujetos legalmente a dicha obligación⁵⁷⁶.

Podrá darse el caso de que el auditor de cuentas sea revocado por la administración concursal en vista de una revisión contable anual donde este sea el ejecutor material y donde no necesariamente puede existir acción fraudulenta sino también, permisibilidad que se traduzca en tolerancia excesiva que produzca una inminente insolvencia, por lo que se aconsejaría la revocación del cargo⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Para el ejercicio de cuentas anuales de la empresa, estas deberán ser verificadas mediante la auditoría de cuentas, y como excepción se regula que algunas empresas inscritas en el Registro Mercantil queden exentas de que sus cuentas sean auditadas, aun así, debemos tomar en cuenta, la modificación del art. 28.2 del Código de Comercio, redactado por el artículo 48 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el estado de flujos de efectivo y la exención de la obligación de la auditoría de cuentas, además de la posibilidad de balance abreviado. Del tenor de los artículos 253 a 258 de la LSC, las cuentas anuales deberán formalizarse en los tres meses a partir del cierre de las cuentas del ejercicio social, formado por las cuantas anuales, el informe de gestión (en el caso de empresas obligadas al mismo) y a propuesta de aplicación del resultado. En el caso de aquellas empresas sujetas al art. 257.1 LSC, modificado por la Ley de emprendedores Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el balance y el estado de cambio de patrimonio neto podrán ser abreviados en el caso de las empresas que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, al menos una de las siguientes circunstancias: a) Que el total de las partidas de activo no supere los cuatro millones de euros; b) Que el importe neto de la cifra de negocios no supere los ocho millones de euros; c) que el número medio de empleados no sea superior a cincuenta. *Vid.* RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁷⁷ *Vid.* en ese sentido artículo 14 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de cuentas (BOE nº 173 de 21 de julio de 2015) 1. “Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría deberán ser independientes, en el ejercicio de su función, de las entidades auditadas, debiendo abstenerse de actuar cuando su independencia en relación con la revisión y verificación de las cuentas anuales, los estados financieros u otros documentos contables se vea comprometida.

2. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría, así como toda persona en condiciones de influir directa o indirectamente en el resultado de la auditoría, deberán abstenerse de participar de cualquier manera en la gestión o toma de decisiones de la entidad auditada. No se considerará participación en la gestión o toma de decisiones de la entidad auditada las comunicaciones efectuadas durante la realización del trabajo de auditoría que sean necesarias para el cumplimiento de la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas o las derivadas de actuaciones exigidas por otras disposiciones de rango legal.

Además de esta causa, podrá darse aquellas en que el juez contemple la posibilidad en el ejercicio de su potestad de sustituir a los auditores de cuentas a instancia de la Administración concursal, situación que causa dudas respecto a si el juez resolverá la designación en función a su propio arbitrio o en su caso a aquel propuesto por la administración concursal.

5.5 Ejercicio de derechos políticos del deudor en otras entidades

Las sociedades de capital, como sabemos, se encuentran representadas mediante dos órganos, el de administración y la junta de socios⁵⁷⁸. El primero de ellos, y de quienes va referido el estudio de la función de la administración concursal, en cuanto al ejercicio de los derechos políticos que corresponda al deudor en otras entidades, basa su régimen jurídico en lo establecido en los arts. 212 al 224 de la LSC. Si bien dentro su campo de actuación de la administración societaria corresponde analizar todas aquellas actividades necesarias como la gestión y representación (art. 209 LSC) -elementos necesarios y al mismo tiempo casi unitario según el espacio en que se desarrolle el administrador (art. 233 LSC)- esta gestión puede darse de manera casi interna o intrasocietaria, así como empresarial, donde se incluyen aquellos actos que comprenden la actividad empresarial y que constituyen el ejercicio o facultad de administrar y disponer del patrimonio empresarial.

3. *En todo caso, los auditores de cuentas y sociedades de auditoría deberán abstenerse de realizar la auditoría de cuentas de una entidad en aquellos supuestos en que incurran en alguna causa de incompatibilidad de las previstas en los artículos 16 a 20 o de las situaciones contempladas en los artículos 23, 25, 39 y 41.*

4. *En particular, no podrán participar ni influir, de ninguna manera en el resultado del trabajo de auditoría de cuentas de una entidad, aquellas personas que tengan una relación laboral, comercial o de otra índole con la entidad auditada, que pueda generar un conflicto de intereses o ser percibida, generalmente, como causante de un conflicto de intereses.*

5. *El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas es el organismo encargado de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.*

⁵⁷⁸ Para un mayor análisis sobre el tema de los administradores de las sociedades, *vid.* LLEBOT MAJÓ, J., “Deberes y responsabilidades de los administradores”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E., (Dir.) en *La responsabilidad de los administradores*, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 23 y ss.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en VELASCO, E., (Coord.), *El gobierno de sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 1999, pp. 419 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, J., *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, Thomson Aranzadi, 2004; SÁNCHEZ CALERO, J., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson- Aranzadi, 2005.

En cuanto a la gestión interna esta se presenta como el acto relevante de la estructura interna empresarial, por ejemplo, la relación interorgánica y la convocatoria a las juntas⁵⁷⁹.

Ahora bien, la interrogante surge el determinar que sucede cuando la empresa entra en situación de insolvencia y tanto el estatuto como las competencias del órgano pueden sufrir modificaciones a consecuencia precisamente del concurso de acreedores, para ello, y siguiendo a GALLEGO⁵⁸⁰ habrá de distinguir la fase del concurso en la que nos encontremos, bien sea la fase común o de convenio o en su caso de liquidación⁵⁸¹.

En una primera etapa, como lo es la fase común y de convenio el estatuto del administrador puede sufrir alguna variación al respecto de la remuneración, es el caso en el que el juez del concurso según el art. 48.4 LCon podrá acordar que en el caso de que el cargo de administrador de la persona jurídica fuere retribuido, deje de serlo o reducirle el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada.

Por el lado de sus competencias (*ex art. 48.3 LCon*) los administradores continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso, manteniéndose la representación en todo caso. En el supuesto de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición⁵⁸².

⁵⁷⁹ *Vid.* GALLEGO, E., “Concurso de la persona jurídica” BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 601 y ss.

⁵⁸⁰ GALLEGO, E., *Ibidem*, pp. 601 y ss.

⁵⁸¹ Si bien la fase de liquidación constituirá causa de disolución de pleno derecho que se produce sin intervención de los órganos de la sociedad. Esta disolución no pondrá un fin en la sociedad ya que supondrá un cambio de objeto social a uno de liquidación (art. 371.2 LSC).

⁵⁸² *Vid.* STS de 24 de abril de 2012 [RJ 2012, 6099] donde: “La interpretación normativa en materia de efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras, permite afirmar que la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la junta general, en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición, por lo que no puede justificarse que la administración concursal imponga a la sociedad la presidencia de la junta. La suspensión de facultades del concursado –sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no- quedan referidas a la administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija

Se mantiene el debate acerca de si los administradores sociales mantienen aquellas facultades para ejercer los derechos políticos en las juntas generales de las sociedades participadas por la sociedad concursada, la respuesta aparente es un sí y así lo confirma la sentencia de la Audiencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 20 de julio de 2006, que estima que ese activo integrado en la masa activa del concurso que posee la sociedad concursada en otra sociedad, además de los derechos políticos que conforman un todo indisoluble en cualquier participación societaria, pudiendo tales facultades quedar afectadas por el régimen de intervención o suspensión.

En cualquier caso, la reforma del artículo 48. 5 LCon operada por la Ley 38/2011 atiende de manera especial en caso de intervención estos derechos políticos estableciendo que a solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades⁵⁸³.

Se deberá entender así mismo, que a la administración concursal en todo caso, no se le atribuye la representación de la sociedad concursada como tal a través de sus filiales, sino las competencias de la junta de las participadas. Es por ello, que la administración concursal no podrá ejercitar en la sociedad participada actos distintos del ejercicio de los derechos políticos.

5.6 Reclamación de aportaciones sociales diferidas

Una vez declarado el concurso de la sociedad, es la administración concursal quien posee la función de reclamar el desembolso de los dividendos pasivos y prestaciones accesorias que la Ley Concursal le atribuye mediante el art. 48 bis que insta a este órgano a que: *Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que se estime*

la atribuciones de la administración concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo se les atribuye derechos de asistencia y de voz”.

⁵⁸³ Cfr. GALLEGO, E., “Concurso de la persona jurídica”, *op. cit.*, p., 603. Precisa acerca de la atribución de los derechos políticos en que estos no son sinónimo del poder para separar y nombrar a los administradores de la sociedad participada debiendo entenderse esta acepción con sujeción al régimen societario.

*conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento*⁵⁸⁴.

Bajo esta forma, los órganos sociales no podrán acordar cuando deberá efectuarse el desembolso pendiente, debido a que esta facultad corresponde a sociedades no concursadas (*ex art. 81 LSC*), ni tampoco la condonación de los dividendos pasivos, mediante reducción del capital social, ni en cualquier otra forma, no pudiendo además adoptar acuerdos acerca de la modificación o extinción anticipada de prestaciones accesorias (*ex art. 89 LSC*), tampoco podrán acordar la exclusión de socios de una SRL deudores de prestaciones accesorias (*ex art. 350 LSC*)⁵⁸⁵.

En relación a los plazos acerca de la exigencia de desembolsos pendientes y prestaciones accesorias, la administración concursal no se encuentra condicionada por los plazos para poder efectuar el desembolso de los dividendos pasivos establecidos en los estatutos sociales o en el contrato social, de tal suerte que, podremos prescindir de estos plazos pudiendo de manera unilateral modificar los términos esenciales de una obligación, lo que en palabras de BORRÁS DE QUADRAS⁵⁸⁶ se trata de un caso que viene a denominarse como una modificación automática de la obligación “*ipso iure*”, por la producción de un supuesto de hecho, que en nuestro caso sería la declaración del concurso.

Si establecemos el alcance del art. 48 *bis* de la LCon esta atribuye en el órgano concursal aquella legitimación a través de la cual se pueden reclamar esos importes acerca de los desembolsos y prestaciones accesorias pendientes, lo que significa no solo la potestad de declarar vencida la obligación de desembolsar en la fecha que estime conveniente este

⁵⁸⁴ El artículo 48 *bis* refunde en dos incisos los artículos 48.4 y 48.5 de la LCon sin que se produjera grandes modificaciones por la Ley 38/2011 y que confiere a la Administración concursal la acción exclusiva para el ejercicio de la acción contra el socio personalmente responsable de las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso, así como el desembolso de las aportaciones sociales diferida o de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento. *Vid.* NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor”, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁸⁵ *Vid.* SAP Albacete nº 3, de 7 de julio de 2016 [JUR 2016/219675].

⁵⁸⁶ BORRÁS DE QUADRAS, A., “Artículo 48 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, pp. 542 y 543.

órgano, sino también de exigir su pago ejercitando las acciones conducentes al efecto, esta atribución comporta la atribución a ésta del deber de efectuar la reclamación, cuando existan importes pendientes.

El órgano concursal, mediante la interposición de demanda de reclamación de pago debido por el deudor, deberá solicitar la exigencia de desembolso, incluso podía exigirse demanda de responsabilidad para aquella administración social quienes desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta la fecha del concurso, tenían el deber de exigir el pago de los dividendos pasivos incumpliendo la obligación de exigirlos⁵⁸⁷.

La acción a ejercitar, por lo tanto, no devendrá del concurso, por lo mismo, no procederá seguir el tratamiento a través del incidente concursal, sino a través, como bien se dijo por la vía ordinaria como bien lo dispone el art. 86. Ter.2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)⁵⁸⁸.

En relación a los desembolsos que se efectúen de forma voluntaria, además de las cantidades que se reciban mediante apremio de los bienes de socios morosos se deberán ingresar en la “caja social”⁵⁸⁹, debiendo determinar a través del auto de declaración de concurso si la administración de la persona jurídica concursada mantiene o no las facultades de cobrar los desembolsos o en su caso son reconocidas hacia la administración concursal⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ En caso de existir una fecha límite o exigible en el contrato social, así como en los estatutos o determinadas por el órgano social competente no hubiese llegado, la administración concursal deberá previamente acordar el vencimiento de la obligación de desembolsar y darle la publicidad para que todos los obligados con desembolso pendiente tengan conocimiento de haberse producido el vencimiento.

⁵⁸⁸ Cfr. el art. 86 de la LOPJ (BOE de 2 de julio de 1985) que apunta: “(...)Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”.

⁵⁸⁹ Vid. BORRÁS DE QUADRAS, A., “Artículo 48 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, 545.

⁵⁹⁰ Vid. SAP Madrid 28 de 19 de abril de 2007 [JUR 415, 2006] “(...) La sentencia impugnada resulta plenamente típica, puesto que la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo se aplica cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de fundamento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia. Debe considerarse además, que, como resulta de la Sentencia

5.7 Rehabilitación de contratos de préstamo y de crédito

La rehabilitación del contrato constituye, como bien señala MADRAZO⁵⁹¹ una facultad de configuración jurídica excepcional, al tiempo que privilegiada, en beneficio, en la generalidad de los casos, de aquella parte contractual que detenta un interés cuya realización trasciende de la relación individual y alcanza el interés público⁵⁹².

Es a través de la rehabilitación de contratos, que la Ley Concursal⁵⁹³ lo que persigue es proporcionar crédito al concursado⁵⁹⁴, obteniendo para ello el aplazamiento de deudas vencidas, como es el caso en que el rehabilitado sea un contrato de préstamo, bien mediante

del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000, que reitera las de 25 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998, la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada”. “(...) La decisión de la Audiencia Provincial ha de ser calificada de irreprochable ya que esta Sala, desde su sentencia de 28 de mayo de 1984, ha venido proclamando que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia puede, prudencialmente y según las circunstancias, ser aplicada por vía de equidad y en atención al principio de buena la tesis de penetrar en el substratum personal de las sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, a fin de evitar que a través de la ficción legal puedan ser perjudicados intereses públicos o privados o pueda la misma ser utilizada como camino de fraude i, ya que en tal caso se produce un abuso o mal uso de la personalidad jurídica independiente de la entidad, y por ello, se incurre en ejercicio antisocial del derecho. (...) Es evidente, por tanto, que la sentencia apelada acierta en la solicitud adoptada. Operaciones simuladas, realizadas con abuso de la personalidad jurídica de sociedades mercantiles que operan como meros instrumentos y quien la controla como socio mayoritario y administrador, se pueden servir para defraudar los legítimos intereses de los acreedores.

⁵⁹¹ MADRAZO, J., “Rehabilitación de contratos” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 2554.

⁵⁹² Vid. AJM Barcelona, nº 3, de 2 de mayo de 2006 [JUR 2006/1387] que apunta: “El artículo 68 LCon establece las garantías necesarias para el acreedor, garantías que tienen por objeto asegurarle que con la rehabilitación no se ha de incrementar su riesgo. Así, obliga a dar garantía de que se cubrirán con cargo a la masa las deudas generadas como consecuencia de la rehabilitación, además, se pueden articular garantías complementarias”.

⁵⁹³ En caso de concurso de acreedores, la facultad de rehabilitar contratos se otorga a un tercero ajeno a la relación contractual preexistente, la administración concursal, y en beneficio no de las partes, sino del propio concurso.

⁵⁹⁴ Para un mejor análisis acerca de la rehabilitación de contratos, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos”, en ÚRIA-MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, T. II., Thomson-Civitas, 2007, p. 76; GADEA SOLER, E., “Comentarios a los arts. 68 y 69”, en PULGAR, J., LEDESMA ALONSO, J., UREBA ALCOVER, G., (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. I, Dykinson, 2005; GÓMEZ MENDOZA, M., “La rehabilitación de créditos en el concurso” en RDCP, nº. 6, 2007, p. 93; MADRAZO LEAL, J., “Rehabilitación de créditos”, en ROJO, A., BELTRÁN E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, T. I, 2004, pp. 135 y ss.

el aplazamiento y la disposición de nuevos recursos, como en el caso que se tratara de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente⁵⁹⁵.

Se establece con el art. 68 de la LCon, el ámbito objetivo de la rehabilitación, a través de contratos de préstamo⁵⁹⁶ y demás de crédito a favor del concursado⁵⁹⁷, esta categoría que dispone el artículo citado habrá de distinguir entre aquellos contratos en quienes se definen por su estructura externa, entrega real y restitución con aplazamiento y que son los denominados contratos de crédito en sentido estricto; por otro lado, aquellos contratos de crédito cuyo mecanismo, consiste en el aplazamiento del pago de una deuda cuyo objeto lo constituyen la cosas fungibles, denominados contratos de crédito en sentido amplio. Con esta distinción la LCon otorga sólo a los contratos de crédito en sentido estricto la posibilidad de rehabilitación⁵⁹⁸. Sin merma de aquella función preventiva que ha de reconocerse a la enervación de la acción de desahucio en relación con los contratos de arrendamiento.

⁵⁹⁵ Acerca del crédito en los contratos de rehabilitación Vid. MADRAZO, J., “El artículo 68 de la Ley Concursal” en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Dir.) Comentario de la Ley Concursal, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1256, quien observa que el crédito “(...) es un medio dirigido al desarrollo de una actividad o a la adquisición de bienes y servicios. Constituye un instrumento muchas veces esencial en el desarrollo de una actividad económica organizada, máxime en situación de crisis. Además, salvo supuesto residuales, su obtención únicamente tiene sentido vinculada a la capacidad para la generación de recursos económicos. Por ello, la rehabilitación de créditos responde con carácter principal al fin inmediato de coadyuvar a la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y de este modo, al fin último de propiciar la realización de la función solutoria del concurso”.

⁵⁹⁶ Vid. SJM 3 Barcelona de 8 de julio de 2005 en el que “*el préstamo queda fuera del ámbito de aplicación del art. 61 y con ello del 84.2.6º LCon. El marco legal debe partir del art. 68.1, que habla de la rehabilitación de créditos donde sólo se permite la consideración de las cuotas no sólo vencidas sino también de las pendientes como crédito contra la masa cuando se proceda a la rehabilitación del préstamo.*”

⁵⁹⁷ La excepción para aquellos contratos que puedan ser rehabilitados se deben a la causa compleja, y prestación múltiple como lo es el contrato de factoring, y pese a compartir determinados caracteres tipológicos con los contratos de crédito, no integran el supuesto de hecho del propio artículo 68 de la LCon. Por lo tanto, este tipo de contratos no podrán ser rehabilitados ni siquiera parcialmente, debido a que la esencia propia del contrato es un todo inescindible, con el cual ni la propia administración concursal puede disponer. Vid. MADRAZO, J., “Rehabilitación de contratos”, *op. cit.*, p. 2555.

⁵⁹⁸ La facultad para rehabilitar un contrato o relación contractual en su caso resulta excepcional, como lo es que se otorgue a un tercero ajeno al contrato preexistente, y que este pueda interponer el ejercicio de dicha facultad a ambas partes contratantes.

Desde esta perspectiva descrita, la rehabilitación se conforma como el efecto realizado por la administración concursal que busca recuperar una relación jurídica que evite de este modo las consecuencias propias del cumplimiento de los deberes de liquidación que resultan de su terminación⁵⁹⁹. El art. 68.1 de la LCon reza en ese sentido que: “ *La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa*”.

En cuanto a los requisitos de la rehabilitación de créditos, estos consistirán en que antes de la finalización del plazo para presentar la comunicación de créditos, sea la propia administración concursal quien pague o consigne la totalidad de las cantidades debidas, contractualmente pactadas dentro de los límites de la autonomía de la voluntad de las partes, al estado de ejecución del contrato a la fecha de su resolución, y al tiempo transcurrido hasta la rehabilitación. Debiendo el órgano concursal notificar al acreedor acerca de la decisión adoptada; en el supuesto de intervención en la facultad de administración y disposición, en cuanto el deudor común conserva el ejercicio de las mismas para continuar con el ejercicio de la actividad profesional y empresarial (*ex art. 44.2 LCon*). Deberá entenderse luego, que en virtud de la prenda en garantía de créditos futuros atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos después de la declaración de concurso, cuando en virtud del art. 68 LCon se proceda a la rehabilitación, teniendo por tanto que saber que los créditos por las cantidades debidas y los correspondientes a

⁵⁹⁹ El requisito por el cual la administración concursal asume los pagos futuros con cargo a la masa presenta un doble aspecto, formal y sustantivo *vid.* MADRAZO, J., “Rehabilitación...”*op. cit.*, p. 2557. Desde una perspectiva formal, será necesaria una declaración de voluntad de carácter recepticio dirigida al acreedor, que coincidirá normalmente con la notificación de la rehabilitación. Desde un punto de vista sustantivo, la ejecución de los pagos futuros con cargo a la masa debe resultar factible; es decir, ha de responder a una posibilidad real y efectiva, con base en los recursos que integren el patrimonio del concursado.

vencimientos sucesivos pasan a tener la consideración de créditos contra la masa, sin perjuicio de la excepción contemplada en el art. 92.7 LCon⁶⁰⁰.

Podrá darse el caso en el que el acreedor pueda oponerse en determinados casos a la rehabilitación del contrato, como bien supone el art. 6.2 del CC por el que se trata de una facultad instaurada en tutela del acreditante, supeditada a la concurrencia de determinadas circunstancias y sujeta en su ejercicio al libre arbitrio del acreedor, que podrá ejercitarlo o no, puesto que constituye materia de libre disposición. Y que en materia concursal supone la oposición del acreedor que hubiera iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante (art. 68.1 LCon).

El carácter de la rehabilitación de contratos resulta una tarea dificultosa, debido a que las más de las veces el tratamiento deberá contraerse con las entidades financieras donde suele producirse respuestas en negativo. La forma en la que deberá tratarse este procedimiento se traduce en la presentación ante el juzgado de un escrito emitido por la administración concursal⁶⁰¹, solicitando la rehabilitación en la que se han cumplido los requisitos legales; el juzgado por su parte, emitirá una providencia que ordena la rehabilitación.

Como bien expone RODRÍGUEZ⁶⁰² la necesidad de estos contratos suele ser doble, porque si se resuelven se computa todo el capital acreditado y las cuotas de intereses, por vencimiento anticipado, con lo que la concursada da un paso atrás en su capacidad de negocio y porque además suele comportar, como efecto automático de la resolución la ejecución de garantías al empresario y sus allegados, y en ese caso puede desmoronar el

⁶⁰⁰ Vid. SAP Barcelona de 18 de febrero de 2008 [JUR 2008/363981].

⁶⁰¹ Vid. AJM 3 Barcelona de 2 de mayo de 2006 donde “(...) El artículo 68 no prevé ni la audiencia al acreedor afectado ni el trámite del incidente concursal, todo lo contrario, habilita a la administración concursal para proceder a rehabilitar los créditos con la sola exigencia de notificar al acreedor la rehabilitación. Si la administración concursal prefiere la autorización judicial, prevista en el art. 188, reclama una garantía, la judicial, que no está inicialmente prevista en el art. 68 LCon”.

⁶⁰² RODRÍGUEZ CONDE, C., Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos, *op. cit.*, p. 357.

esfuerzo propio de un concurso y las etapas necesarias para conseguir credibilidad ante los acreedores y obtener un convenio.

5.8 Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles

Además de los contratos de préstamo y crédito que podrán ser rehabilitados, el art. 69 de la LCon considera igualmente rehabilitables los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado⁶⁰³. Contratos cuya causa típica deberá corresponder al carácter exclusivo o principal al fin de poder producir la transmisión de la propiedad o titularidad del bien o derecho que constituya su objeto⁶⁰⁴.

Existe también un elemento importante en este presupuesto y que es la contraprestación; ésta se fundamenta a través de un contrato oneroso, consistente en el pago de un precio obligado a entregar una vez recibido el bien, no pudiendo ser rehabilitados aquellos contratos en que por la contraprestación asumida por el adquirente este sea de naturaleza diferente⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Para un mayor análisis acerca de la rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles e inmuebles con contraprestación o precio aplazado. *Vid.* ALONSO, B., “Derecho concursal y fianza” en *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 38 a 55; CORTÉS, L., en URÍA, R., Y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil II*, Civitas, Madrid, 2002; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, el contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 320; GARCÍA-ALAMÁN, B., “Efectos de la declaración del concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GADARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 241 a 276.

⁶⁰⁴ Se consideran como contratos de adquisición de bienes todos aquellos que, siendo aptos para actuar como título en la transmisión del dominio, responden a la referida causa típica, quedando fuera del ámbito de la rehabilitación aquellos contratos, que si bien constituyen título suficiente pueden ser considerados como contratos de adquisición, por responder a una función económico-social diferente. *Vid.* MADRAZO, J., “Rehabilitación de contratos”, *op. cit.*, p. 2564.

⁶⁰⁵ No podrán quedar comprendidos en el supuesto de rehabilitación aquellos contratos que, aun siendo transmisivos de la titularidad, no tengan en rigor carácter oneroso, como ocurre en el contrato de donación, ni siquiera aunque hubiera sido impuesta al donatario una prestación de carácter modal (art. 619 y 622 CC) o remuneratorio, ni aquellos otros que no son traslativos del dominio, aunque estructuralmente puedan compartir algunas de las características de los contratos considerados, como podría suceder con el renting. *Vid.* SALELLES CLIMENT, J., “Artículo 69 de la Ley Concursal” en SAGRERA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I., Bosch, Barcelona, 2004, p. 842.

Dicha contraprestación ha de componerse mediante el pago de un determinado precio que se exige en el momento de la entrega del bien, resultando necesario que el pago del precio esté aplazado, en otras palabras, debiendo ser diferido resultando exigible en el día determinado (art. 1125 CCiv), por su parte MADRAZO⁶⁰⁶ da a entender que la Ley Concursal utiliza los términos de contraprestación y precio como sinónimos; no siendo susceptibles de rehabilitación aquellos contratos en que la contraprestación asumida por el adquirente sea de naturaleza diferente o en su caso, de distinto objeto.

Resultará necesario que para el presupuesto de rehabilitación del contrato este haya quedado extinguido como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria, siendo admisible en aquellos supuestos de impago del precio o de los intereses. El art. 69.1 de la LCon, en relación a la administración concursal, insta a esta que satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en posible prestación. Para que la rehabilitación sea efectiva, resultará necesario que la resolución del contrato haya tenido lugar dentro de los tres meses anteriores a la declaración del concurso.

Con todo, la norma lo que permite es que la administración concursal por propia iniciativa o a instancia del concursado, pueda rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado. Así mismo, como ocurría con los contratos bancarios, el transmitente puede oponerse a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, es decir antes de la fecha del auto de concurso, hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos.

Este precio aplazado en contratos de tracto sucesivos, significa que tienen prestaciones a cargo de ambas partes ya que de ser de tracto único o el incumplimiento es posterior no cabe resolución y se resume en que el vendedor financiero ejecuta una prestación real y el deudor concursado posee una cuota mensual o precio aplazado.

⁶⁰⁶ MADRAZO, J., “Rehabilitación de contratos”, *op. cit.*, p. 2565.

Podría ocurrir que la entidad financiera contratante de la enajenación de bienes financiados se oponga a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, en sede judicial. Resuelto el contrato conforme a derecho hubiere entregado el bien mueble o finca a un tercero que sería el nuevo financiado, lo que habrá de acreditar suficientemente la administración concursal, en cuyo caso la rehabilitación no sería posible.

5.9 Autorización para que el administrador inhabilitado continúe al frente de la empresa

Para interpretar el alcance de la inhabilitación deberemos atender al sentido de la calificación concursal, que viene determinado por la consideración del interés público afectado por la insolvencia de un deudor común. Antes y ahora, la insolvencia de un deudor común, máxime si se trata de un comerciante, por sus consecuencias perniciosas para la economía de la comunidad y para la particular de sus acreedores, se consideraba y se considera una defraudación del crédito recibido. La seguridad del tráfico exige que cuando esta defraudación ha sido provocada por una conducta dolosa o culposa del deudor o de las personas que actúan por él, o han incurrido en algunas de las conductas que la Ley equipara para calificar culpable el concurso, los responsables sean apartados temporalmente del tráfico económico, y en concreto de: la realización del comercio y de formar parte de un órgano de administración de una compañía mercantil (art. 13.2 CCom); y de la administración de patrimonios ajenos, o de la representación o administración de cualquier persona (art. 172.2.2º LCon). No se le considera digno de administrar los bienes e intereses económicos de otros, ya sean personas físicas o compañías o demás entidades jurídicas que actúan en el tráfico, durante el tiempo impuesto en la sentencia de calificación, que no será inferior a dos años ni superior a quince⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ *Vid.* SAP Barcelona 15ª 27 de abril de 2007 [AC 2007, 1697], también, STS 23 de febrero de 2011 [RJ 2011, 2475].

Mediante el art. 172.2.2º LCon se proyecta la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar⁶⁰⁸, así como representar el patrimonio de cualquier persona, sin establecer distinción entre persona física y jurídica⁶⁰⁹. El instrumento por el cual se determinará esta penalización es la sentencia de calificación, estableciendo de forma concisa la concurrencia del hecho determinante de calificación culpable, así como el resultado de las personas afectas por la calificación⁶¹⁰.

Si nos referimos a la persona jurídica, la sentencia de calificación, no sólo establecerá una afección a los propios administradores o liquidadores de hecho o de derecho, sino que también se extenderá a los apoderados generales o aquellos que hubieran tenido dicha condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso⁶¹¹. Por lo tanto, la sanción que acarrea la calificación como culpable reprime, a través de

⁶⁰⁸ Vid. STS nº 128/2015 de 18 de marzo [RJ 2015/2107] donde: “En la intervención en los hechos que determinaron la insolvencia no es difícil apreciar la existencia al menos de culpa grave en la actuación del administrador de Atlas o de su apoderado. Se decidió la compra de una finca por un precio muy superior al de su tasación, lo que ya es de por sí revelador de una conducta impropia de un administrador que debe velar por los intereses de su sociedad, que es la que compra, no que la vende (...) La sentencia recurrida aprecia la concurrencia de culpa grave en la valoración de la conducta seguida por las personas afectadas que agravaron la insolvencia de la concursada (art. 164.1 LCon), los criterios de imputación de la sentencia impugnada descansan en la culpa grave prevista en el art. 164.1 LCon, en tanto supone un infracción de diligencia exigible infracción de deberes básicos de todo administrador”. Vid., también STS nº 10/2015 de 3 de febrero [RJ 2015/644].

⁶⁰⁹ Acerca de la calificación concursal, *cfr.* MACHADO PLAZAS, J., “La sentencia de calificación” en NIETO DELGADO, C. (Coord.), *Derecho Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 665 y ss. interpreta la calificación del concurso como el establecimiento de un sistema sancionador civil (la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establece un cambio radical del sistema sancionador, sino lo que pretende, es aclarar cuestiones interpretativas suscitadas en la doctrina y en la práctica judicial) y que la ley concursal adoptó como consecuencia jurídica tradicional, limitando su ámbito temporal, además de su naturaleza restrictiva. La exposición de motivos de la LCon declara expresamente que “los efectos de calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal”. Así el art. 163 de la LCon establece que la calificación concursal no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivos de delitos.

⁶¹⁰ Aquellos sujetos, por la posición que ocupan respecto al concursado quedarán vinculados en aspectos personales y patrimoniales a la calificación del concurso, *vid.* SJM 9, Madrid de 5 de julio de 2011.

⁶¹¹ Para un mayor estudio acerca de la inhabilitación en la sentencia de calificación, *vid.* GALLEGO, E., “La calificación del concurso” en *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004, pp. 500 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J., *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra, 2004; FERNÁNDEZ PÉREZ, “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación en el supuesto de concurso de sociedades mercantiles” en *Gobierno corporativo y crisis empresarial*, II Seminario de Harvard-Complutense de Derecho mercantil, Madrid, 2006, pp. 481 y ss.; MARTÍNEZ FLÓREZ A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor” *ADC*, nº 6, 2005, pp. 65 a 127.

inhabilitación⁶¹²; la pérdida de derechos como acreedor; la devolución de bienes y la responsabilidad concursal como sistema de represión de las conductas ilícitas, además de la imposición de sanciones de orden patrimonial con el objetivo de conseguir la satisfacción de los acreedores titulares.

En concreto, con la inhabilitación –que es el caso que nos interesa- se encontrarán afectadas para la administración los bienes ajenos en un período que la ley establece de dos a quince años, así como el de representar o administrar a cualquier persona durante ese mismo período en atención a la gravedad de los hechos⁶¹³. Este fundamento influye directamente en el régimen de invalidez donde debe primar la seguridad en el tráfico de comercio, así como el interés a terceros⁶¹⁴.

Con la Ley 38/2011 se introduce un régimen jurídico de la calificación, a través de una importante modificación en el caso en que se alcance la aprobación judicial de convenio, es

⁶¹² En este entendido la STC 48/2003, de 12 de marzo [RJ 2003, 48] sostiene “*no toda consecuencia jurídica desfavorable es pena*” y que para descalificar a tal consecuencia como pena debe añadirse la finalidad de represión de la conducta alguna otra justificación. Como conclusión, no basta, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad (...) El carácter del castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se infringe un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de que disfrutaba lícitamente”.

⁶¹³ Respecto a este tema resulta interesante la apreciación de GARCÍA VICENTE, J., “Inhabilitación” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 1781 quien responde a la interrogante acerca de si la sanción de inhabilitación se trata de un supuesto de incapacidad de obrar o bien si debe ser calificado de otro modo, haciendo sutiles distinciones entre las distintas posiciones que pueden ocuparse para actuar eficazmente sobre la esfera jurídica propia o ajena. Aunque la incapacidad de obrar se vincula típicamente con la capacidad natural de entender y querer, existen también restricciones a la capacidad de obrar, es el caso de la figura jurídica del pródigo donde este no es un incapaz pero sí se encuentra sometido a restricciones en el ámbito de la capacidad de obrar en ventaja de terceros. Durante la inhabilitación sucede la nulidad contractual, un régimen previsto para el caso de infracciones fundamentadas en la nulidad (art. 6.3 CC).

⁶¹⁴ El efecto relevante de la calificación del concurso se recoge en el art. 172 Bis de la LCon, el cual establece que el juez podrá, además de condenar a los administradores y liquidadores, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos no percibidos en la liquidación de la masa activa en el supuesto en que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Esta condena a indemnizar los daños y perjuicios causados en la norma resulta, complementaria de la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. *Vid.* ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 171.3 del Anteproyecto de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad”, en *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Dilex, 2002, pp. 535 y ss.

así que si la administración concursal, lo solicita, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada (*ex. art. 172.2.2º LCon*).

Lo que pretende el legislador con la introducción de esta excepción no es precisamente la suspensión de la sanción sino que el juez del concurso pueda de forma excepcional autorizar al inhabilitado para que pueda continuar al frente de la empresa. Esta autorización radica de forma expresa y concreta. Bajo esta circunstancia, se ha procedido a la modificación del art. 13.2 del CCom, en el que se establece la prohibición para ejercer el comercio de las persona que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación, así tenemos que “(...) *los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga*”.

Mantenemos un acercamiento de interpretación en este asunto con MACHADO⁶¹⁵ quien denota que esta excepción resulta positiva, aunque la imprecisión de la norma, donde genera cierta incertidumbre en su operativa. En este entendido no se considerará de oficio esta medida cuando así la administración concursal no lo haya propuesto y solicitado.

5.10 Convocatoria de la junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes cubran las vacantes de los inhabilitados

Como bien hemos podido apreciar en el apartado anterior, referido a la inhabilitación de los administradores de la persona jurídica, el período de sanción establecido por el juez en la sentencia de calificación, se establece a través de ciertos criterios legales como: la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y la declaración culpable en otros concursos⁶¹⁶.

⁶¹⁵ MACHADO PLAZAS, J., “La sentencia de calificación”, *op. cit.*, p. 669.

⁶¹⁶ El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983 alteró el planteamiento tradicional en la que configuraba a la inhabilitación como consecuencia de la calificación del concurso y no de su mera declaración, pese a declarar la inhabilitación patrimonial de las personas afectadas directamente por la calificación, como uno de los efectos de la sentencia que declarará el concurso como culpable, no contenía previsión alguna de carácter similar tan sólo se señalaba que el juez podrá autorizar a los inhabilitados el ejercicio de una profesión, oficio o actividad lucrativa distintos de los que en que se haya producido la crisis económica que determinó el

Lo que viene a exponer el art. 173 de la LCon relativo a la sustitución de los inhabilitados es una prolongación del artículo anterior, en que precisamente las personas afectadas por la calificación, como es la persona jurídica concursada, conllevan el cese de su actividad que venían desarrollando como la gestión y representación.

En palabras de GARCÍA-CRUCES⁶¹⁷, esta inhabilitación puede suscitar más de un problema en los casos en quien recaiga el efecto personal del concurso –administrador o liquidador- con la prohibición de su actividad. Pero el verdadero problema surge que en aplicación a lo dispuesto estos sujetos no podrán desarrollar la actividad de comercio hasta que concluya el período de inhabilitación fijado en la sentencia, motivo por el cual pudiera darse el caso de tener que proceder a la disolución de la persona jurídica.

Ante la situación descrita, los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados y si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

5.11 Concesión de conformidad para interponer demandas

La legitimación para el ejercicio de acciones correspondientes al deudor frente a terceros una vez iniciada la declaración del concurso podrá iniciarse bien por el mismo deudor (art. 54.2 LCon) o por la administración concursal cuando el deudor haya sido suspendido en el ejercicio de las facultades patrimoniales (art. 54.1 LCon), o en su caso, la aplicación de una legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de acciones de naturaleza patrimonial establecidos en el art. 54.4 LCon⁶¹⁸. Si nos detenemos en el análisis del

concurso. *Vid.* GARCÍA-CRUCES, J., “Sustitución de los inhabilitados” en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Madrid, 2004, p. 2603.

⁶¹⁷ GARCÍA-CRUCES, J, “Sustitución de los habilitados”, *op. cit.*, p. 2605.

⁶¹⁸ El art. 54.4 de la LCon establece una acción subsidiaria de aquellos acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estando legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a

precepto 54 de la LCon damos cuenta de que esta sirve de referencia para el ejercicio de forma subsidiaria por los acreedores como bien señala BELLIDO⁶¹⁹, contra el socio o socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales como expone el art. 48.5 LCon y de aquellas acciones de reintegración de la masa.

Si incidimos nuestra atención en las acciones personales, observamos que la legislación concursal reconoce esta legitimación personal y capacidad procesal plena con aquella posible excepción sobre acciones que versen en la masa activa, donde se requerirá la aprobación por parte de la administración concursal. Vamos viendo que aunque estas acciones resulten ser de índole personal, el deudor deberá solicitar la necesaria aceptación por parte de la administración concursal para interponer demandas, allanarse, transigir o desistir, cuando la materia litigiosa pudiera afectar a su patrimonio o en su caso a la masa activa (*ex art. 54.1 LCon*)⁶²⁰.

Si bien la ley concursal no precisa de forma expresa, se debe entender que la aplicación del art. 54.1 LCon no sólo entran en la esfera civil que correspondan al concursado, sino también a las acciones de cualquier otra clase, bien sea social, contencioso-administrativo o penal, cuyo ejercicio resulte conveniente para la mejor defensa del interés del concurso.

Otro aspecto que destaca el precepto es la falta de regulación respecto al cauce para solicitar la conformidad de la administración concursal, ni el modo de resolver aquellas discrepancias que al respecto pudieran surgir entre concursado y la administración

reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme.

⁶¹⁹ BELLIDO, R., “Ejercicio de acciones del concursado”, en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1022.

⁶²⁰ Un ejemplo de esa afección a la masa activa la podemos encontrar en acciones de orden laboral referente a la acción de despido y que pueda producir una nulidad de despido de un trabajador que pertenezca a una minoría protegida, así también una infracción de los derechos constitucionales del trabajador. En procedimiento administrativo podrá darse el caso de la recalificación de fincas efectuadas en infracción de reglamentos por el ente urbanístico. En materia de familia, una reclamación de paternidad; un divorcio o una custodia de menores, podrían no acarrear obligaciones pecuniarias, pero lo común resulta es que puedan afectar no sólo el patrimonio además de la posible ruptura del convenio concursal *vid. RODRÍGUEZ CONDE, C., Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos, op. cit., p. 286.*

concurstal debiendo ventilarse este tipo de controversias a través del incidente concurstal establecido en el art. 192.1 LCon.

5.12 Sustitución de facultades de administración del patrimonio del deudor

Si bien a lo largo de las funciones tanto de carácter procesal, así como propias del deudor o sus órganos de administración, hemos ido desgranando aspectos esenciales en relación a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor⁶²¹, que van orientadas, como venimos señalando hasta la saciedad que se orientan en la protección de los intereses de los acreedores, dejando de lado el carácter represivo de la insolvencia como dispone la Exposición de Motivos de la Ley Concurstal, donde la inhabilitación se reserva en la Ley para los casos de calificación del concurso como culpable⁶²².

Es a través del auto de declaración del concurso que se pronunciará respecto a los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor en relación a su patrimonio

⁶²¹ En el sistema del Código de Comercio de 1885, la declaración de quiebra producía la inhabilitación del quebrado para administrar sus bienes (art. 878). Declarada la quiebra, todos los actos de administración y disposición del quebrado posterior a la fecha de retroacción, eran, en principio nulos de pleno derecho (art. 878, 2º). Como consecuencia de esa inhabilitación se producía una desposesión o desapoderamiento de tales bienes, que se desplazaba a los órganos de la quiebra, *vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concurstal, op. cit.*, p. 99.

⁶²² Sobre las limitaciones patrimoniales del concursado *cf.* MARTINEZ FLÓREZ, A., “facultades patrimoniales del deudor” *op. cit.*, pp. 776 y ss. da cuenta de que los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor se traducen en limitaciones en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores, las cuales despliegan su eficacia tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. Esas limitaciones pueden tener distinta intensidad y llevan aparejadas la atribución de facultades a la administración concurstal a quien se encomienda suplir las restricciones que padece el concursado. En unos casos estas limitaciones se traducen en la sumisión del ejercicio de las facultades de administración y de disponer por el deudor a la autorización o conformidad de la administración; en otros, supone una suspensión del deudor en su ejercicio y su sustitución por la administración concurstal.

En el plano procesal, la intervención supone que el deudor puede continuar actuando en los procedimientos judiciales en trámite, pero necesitará la autorización de la administración concurstal para realizar los actos de disposición sobre tales procesos o sobre el objeto de los mismos, más concretamente para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio; también la necesitará para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.

(art. 21.1.2ºLCon); con ello, las facultades patrimoniales del deudor se verán afectadas de distinta manera sea en caso de concurso voluntario o en concurso necesario⁶²³.

En relación al concurso necesario, el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre los bienes del deudor (derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso) se suspende siendo sustituidos por la administración concursal. Podrá también el juez, en cualquier momento del procedimiento, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del concursado, en el que procede el cambio de las situaciones de intervención y de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio⁶²⁴.

Puede suceder que se dé el caso de infracción del deudor acerca de las limitaciones establecidas por el Juez a sus facultades de administración y disposición dará lugar a la anulabilidad de los actos correspondientes⁶²⁵, a instancia de la administración concursal, a tal fin, se prevé que cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción, podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca de las consecuencias del acto, así como, del ejercicio de la anulabilidad, convalidación o confirmación de dicho acto.

⁶²³ Para un mayor análisis acerca de los efectos del concurso sobre el deudor, *vid.* ÁNGEL, R.; HERNANDO, J.; PRENDES CARRIL, *Tratado Práctico Concursal*, T.II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 60; MAIRATA LAVIÑA, J., “Los efectos del concurso”, en GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley concursal de 2001*, Madrid, 2002; HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2004; GUILARTE MARTÍN-CALERO C.; SÁNCHEZ-CALERO, J.; GUILARTE GUTIERREZ, V., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, Vol. I, p. 727; MORILLAS JARILLO, M^a José, *El concurso de la sociedad*, Madrid, 2004; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, “Efectos personales del concurso”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004; *Ibidem*, “Efectos de la declaración del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

⁶²⁴ Por excepción en los supuestos de apertura de la fase de liquidación, la situación del concursado será la de suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales (art. 145.1 LCon).

⁶²⁵ *Vid.* SAP Salamanca 1^a de 9 de mayo de 2011: “(...) Se anula un contrato de arrendamiento de negocio suscrito entre la concursada y un tercero en el tiempo que media entre la declaración de concurso y la aceptación del cargo por parte de la administración concursal, lo cierto es que desde la firma del auto que declara el concurso el deudor solo podrá realizar los actos propios de su tráfico o giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado”.

5.13 Medidas de continuación de la actividad profesional o empresarial

En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LCon), pudiendo por lo tanto, la propia administración concursal continuar con dicha actividad e incluso poder recurrir, previa autorización del juez, al auxilio de delegados para desarrollarla cuando su complejidad así lo exija (art. 32 LCon).

Resulta coherente “teóricamente”, que la Ley Concursal, atribuya a la administración concursal aquél carácter subsidiario para la continuación de la actividad sea profesional o empresarial a través de medidas necesarias⁶²⁶, es decir, a través de la realización de actos de administración y de disposición cuando el deudor resulta suspendido del ejercicio. Podrá darse el caso de que el desarrollo de esta actividad no se concrete de forma principal en actos de administración y de disposición de bienes integrantes de la masa activa, entonces no existirá obstáculo para que el concursado sustituido por la administración concursal continúe ejerciendo la actividad que venía desarrollando al tiempo de la apertura del concurso⁶²⁷.

En la práctica, puede resultar muy complicado que la administración concursal asuma de lleno las actividades propias del concursado sobre todo, cuando se trate de actividades que

⁶²⁶ Vid., SAP Álava 1ª de 9 de abril de 2010 donde “La autorización general para actos de giro o tráfico normal exige que se trate de actos que aseguren la continuidad de la actividad empresarial, siendo además necesario que la administración concursal determine cuáles son los actos u operaciones propios del giro o tráfico que se autorizan con carácter general. La excepción legal persigue evitar que operaciones de escasa relevancia económica pero propias del tráfico de la concursada tengan que venir forzosamente intervenidas, admitiendo unas indicaciones generales que obligan al concursado. Pero es precisa una posición activa de la administración concursal, expresando de modo explícito los criterios generales a seguir”.

⁶²⁷ Vid., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio de la actividad...”, *op. cit.* p. 917, donde expone un caso bastante real para la interpretación del art. 40.3 de la LCon donde un fontanero que en el momento de la declaración de concurso viene prestando sus servicios al amparo de un contrato de arrendamiento (de obra o de servicios) para una empresa inmobiliaria. Es obvio que dicho fontanero no podrá disponer de bienes de la masa para por ejemplo, adquirir el material preciso para el ejercicio de la actividad (que no tenga la condición de instrumento necesario para el ejercicio de la profesión u oficio), del mismo modo que tampoco podrá cobrar la remuneración que deba serle satisfecha por los servicios prestados en la parte que exceda de la cuota inembargable; pero si no afecta a los bienes de la masa, no existe inconveniente para que continúe ejerciendo su actividad profesional, porque con la misma no sólo no perjudica los intereses del concurso, sino que los beneficiará.

venía realizando el concursado personalmente y sin la colaboración de otras personas y que son demandadas en atención a las cualidades personales o técnicas.

Las facultades patrimoniales del concursado, tienen, como limitación objetiva, los bienes, derechos y obligaciones que hayan de formar la masa del concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor en la sociedad o comunidad conyugal (art. 40.6 LCon). Con lo cual quedan excluidos los derechos extrapatrimoniales del deudor que son los derechos personalísimos y los derechos de familia; y dentro de los patrimoniales, los que tengan el carácter de inembargables y los patrimoniales personalísimos: como el de los alimentos (*ex* art. 143 CCiv).

Para poder resolver el problema de la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado en el período que media entre la declaración de concurso y dicha aceptación, el juez podrá establecer, al declarar el concurso, como medida cautelar para la conservación del patrimonio del deudor (*ex* art. 21.1.4º LCon), la continuidad por el propio concursado⁶²⁸ –por el mismo concursado o sus representantes- bajo el control del propio juez o por sí solo dentro los límites que marque el juez⁶²⁹.

5.14 Formulación de auditoría de las cuentas anuales

A través de diversos estudios se ha pretendido establecer modelos de predicción del riesgo de insolvencia a través de un análisis de variables contables (balance, auditorías contables, etc.), generalmente en forma de ratios⁶³⁰, en este orden, más que predecir el riesgo de

⁶²⁸ *Vid.*, AJM La Coruña de 26 de junio de 2006 en el que: “*La Ley Concursal no atribuye al juez del concurso instrumentos o poderes especiales para garantizar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor; simplemente prescribe que la declaración del concurso – a diferencia de la declaración de quiebra del sistema anterior- no tiene efectos directos en el cese de la actividad empresarial o profesional que viniere ejerciendo el deudor, que podrá mantenerse –si es que se puede mantener- cumpliendo lógicamente las obligaciones y condicionamientos legales que la actividad exija*”.

⁶²⁹ Ante la ausencia de norma expresa en cuanto al impedimento de la realización de cualquier tipo de acto por el concursado antes de la aceptación de la administración concursal, se deberá aplicar de forma analógica los establecido en el numeral 2 del art. 44 en el caso de intervención en el que el concursado podrá realizar los actos propios del giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajuste a las condiciones normales del mercado.

⁶³⁰ *Vid.*, CASANELLAS BASSOLS, R., “El nuevo plan general de contabilidad y el concurso de acreedores”, en *RDCP*, Nº 11, Sección Cuestiones Prácticas, Segundo semestre de 2009, p. 395.

insolvencia, lo que se intenta es estudiar los antecedentes de aquellas compañías que han acabado acudiendo a un procedimiento concursal.

El Código de Comercio, a partir de la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio⁶³¹, incluye como cuentas anuales el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias⁶³², el estado de cambios en el patrimonio neto⁶³³, el estado de flujos y la memoria⁶³⁴. Así, el deber de formulación de las cuentas anuales resulta una tarea inalterable durante la tramitación del concurso⁶³⁵ como lo dispone la Ley 38/2011 de Reforma Concursal, donde establece a través del art. 46 LCon los principios rectores acerca de esta materia⁶³⁶.

⁶³¹ Ley 16/2007, de 4 de julio, de *reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (B.O.E núm. 160 de 5 de julio de 2007)*.

⁶³² La cuenta de pérdidas y ganancias, separa, de acuerdo con el Plan General de Contabilidad, los resultados por su naturaleza y en vertical, en una sola columna, los que provienen de operaciones continuadas (con separación de los de explotación y los financieros) de los provenientes de operaciones interrumpidas.

⁶³³ El estado de cambios en el patrimonio neto, refleja, por una parte, los ingresos y los gastos generados por la actividad del ejercicio, distinguiendo los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias, de los registrados directamente en el patrimonio neto. Se incluyen además los movimientos del patrimonio neto debidos tanto a cambios de criterio, corrección de errores como transacciones realizadas con los socios.

⁶³⁴ En relación al estado de flujos y la memoria, *vid.* CASANELLAS BASSOLS, R., “El nuevo plan General de Contabilidad...”, *op. cit.*, p. 340, da cuenta de que el primero de ellos (estado de flujos), distingue los procedentes de actividades de explotación, de los de inversión y los de financiación, Si bien resulta optativo para las empresas “de reducida dimensión” que pueden presentar balance y memoria abreviados, es de gran utilidad a efectos previsionales, tanto para la elaboración de planes de viabilidad como para la valoración de empresas. En relación a la memoria, esta incluye información respecto a las partes vinculadas (administrativos y directivos) y deberá revelar necesariamente la existencia de incertidumbres importantes, que hagan dudar de la posibilidad de que la empresa siga funcionando normalmente.

⁶³⁵ Si las cuentas anuales no se elaboran bajo el principio de empresa en funcionamiento, deberá informarse sobre ello, así como de las posibles alternativas sobre las que se han elaborado y las razones por las que la empresa no puede ser considerada en funcionamiento. En el caso de empresas en concurso, deberá revisarse el mantenimiento de este principio y en caso de no atender al mismo, se deberá informar necesariamente en la memoria.

⁶³⁶ La previsión de presentación de las cuentas anuales del deudor resulta imprescindible si resulta ser una empresa con una cara continuidad, bien por convenio o porque existe un pacto con los acreedores para superar la insolvencia. En los casos de liquidación no se da esta necesidad puesto que se deben a tres balances que no se reflejan mediante las cuentas anuales y que son sustituidos por el plan de liquidación; el estado anual de cuentas que queda regulado en los concursos con el informe trimestral que se hace público a los comparecidos del art. 388 LSC (deber de información a los socios); y, al balance final del art. 396.3 LSC (Los liquidadores depositarán en el Registro Mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida) y que queda superpuesto por el informe de archivo y rendición de cuentas de la administración concursal *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 219.

Se plantea la cuestión, acerca de la obligación de formular cuentas de los administradores del deudor (en caso de intervención), este régimen se constituye en el propio interés del empresario y de los acreedores⁶³⁷ que constituyen un sistema de información objetiva que se revela fundamentalmente en el momento mismo de la solicitud y declaración del concurso de acreedores⁶³⁸, por ello, la reforma plantea el mantenimiento de la obligación de auditar las cuentas para la sociedad declarada en concurso, en los mismo términos que si dicha declaración no se hubiera producido⁶³⁹.

En caso de intervención, la Ley 38/2011, faculta a la administración concursal para conceder una moratoria en la pretendida obligación de formular las cuentas anuales hasta transcurrido un mes después de la presentación del inventario y de la lista de acreedores, con ello, se pretende impedir el cierre registral por falta de depósito. En todo caso, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y someter a auditoría de cuentas, bajo la supervisión de la administración concursal.

Así mismo, una vez dispuesto el plazo de moratoria concedido por la administración concursal, la aprobación de las cuentas anuales deberá realizarse en los tres meses siguientes al vencimiento de dicha prórroga. De ello, se dará cuenta el juez del concurso y,

⁶³⁷ El balance compuesto por el activo que comprende tanto el corriente como el circulante (elementos que se espera vender, consumir o realizar en el curso del ciclo normal de explotación y las partidas cuyo vencimiento o enajenación se espera que se produzca en el plazo máximo de un año a partir de la fecha de cierre de ejercicio) así como el no corriente o fijo (resto de elementos). El Pasivo, que se clasifica también en corriente y no corriente. El patrimonio neto incluye los fondos propios, los ajustes por cambios de valor y las subvenciones, donaciones y legados recibidos. *Vid.* CASANELLAS BASSOLS, R., “El nuevo plan general de contabilidad...”, *op. cit.* p. 399.

⁶³⁸ En el supuesto de que exista la obligación de la formulación de cuentas para los administradores, podría deducirse que las personas físicas que tengan que formularlas dejan de estar obligadas a hacerlo tras la declaración del concurso. *Vid.* VIVES RUIZ, F., “Contabilidad y Cuentas del Deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 213.

⁶³⁹ En el borrador del anteproyecto, dicha obligación exclusivamente se constreñía a los casos de sociedades con valores admitidos a negociación de mercados secundarios oficiales o sometidas a supervisión pública. La opción del legislador en el año 2003 en torno a esta cuestión fue la de eximir de la obligación de auditoría exclusivamente las primeras cuentas preparadas con posterioridad a la declaración de concurso; aunque la aplicación del precepto había suscitado dudas respecto del concreto ejercicio al que la exención debía venir referida, planteándose si debían ser las primeras cuentas aprobadas tras la declaración de concurso, ya con la reforma de 2011 esta problemática desaparece, *vid.* NIETO DELGADO, C., “Efectos de la declaración del concurso...”, *op. cit.*, p. 180.

si la persona jurídica estuviera obligada a depositar las cuentas anuales, al Registro Mercantil en que figurase inscrita. Efectuada esta comunicación, el retraso del depósito de las cuentas no producirá el cierre de la hoja registral, si se cumplen los plazos para el depósito desde el vencimiento del citado plazo prorrogado de aprobación de las cuentas. En cada uno de los documentos que integran las cuentas anuales se hará mención de la causa legítima del retraso.

5.15 Resolución de contratos con obligaciones recíprocas

La presente regulación, a los efectos de los contratos, se estructura a través de un principio que precisamente contiene el art. 61.2 de la LCon donde, se mantiene los contratos en vigor a pesar de la declaración de concurso: *“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”*, esto obliga a entender que, aun encontrándose en declaración de concurso, todos aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento seguirán en vigor.

En el estudio acerca de los efectos del concurso sobre los contratos, específicamente acerca del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas⁶⁴⁰, resulta interesante el estudio realizado por SANCHEZ⁶⁴¹ cuando distingue dos contratos pendientes de ejecución, según que el contrato esté pendiente de cumplimiento solo por un contratante (concurado o parte *in bonis*)⁶⁴² o esté pendiente de cumplimiento por ambas partes⁶⁴³. Si

⁶⁴⁰ Un claro ejemplo de un contrato con obligaciones recíprocas es la compraventa, en el que el vendedor, se obliga a entregar una cosa determinada y el comprador a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC). El carácter sinalagmático o recíproco del contrato procede del hecho de que las obligaciones derivadas de este contrato aparecen conectadas entre sí, de este modo, ninguno de los contratantes podrá exigir el cumplimiento del contrato si por su parte lo hubiera incumplido. *Vid.* BELTRÁN, E., y SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 585 y ss., también Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 224 y ss.

⁶⁴¹ SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Contratos y Concurso” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 719 y ss.

⁶⁴² En el caso de que el contrato se encuentre pendiente de cumplimiento solo por un contratante, estaremos a lo dispuesto por el art. 61.1 LCon *“Cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus prestaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de*

bien la acción referida a “contratos” en el ámbito concursal no se encuentra del todo clara, es cierto que la norma establece a estos efectos el Capítulo III de su Título III, artículos del 61 a 70 debiendo sujetarnos al ámbito de la contratación civil y mercantil como bien señala CERVERA⁶⁴⁴ más concretamente en el Libro IV del Código Civil “*De las obligaciones y contratos*” (art. 1088 y ss.) y especialmente las normas de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas del art. 1124 del CCiv, siendo sólo justificable esta alteración cuando así disponga la Ley Concursal como es el caso del art. 61.2 en el que la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. Cabe también hacer referencia al art. 62.3 LCon, cuando exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Causas que en cualquiera de los casos citados, generan la compensación al contratante no concursado, a través de su conversión en acreedor de la masa.

Se encomienda a la administración concursal una tarea por demás importante en el supuesto de suspensión del deudor; donde este órgano, podrá solicitar la resolución de los contratos que estimara conveniente al interés del concurso. Si el que incumple es el concursado, este promueve una deuda que se ajusta en la masa pasiva y que se forma por las obligaciones anteriores al auto de declaración de concurso; por su parte, si esta se genera con posterioridad al auto, puede ser que se genere un crédito contra la masa, mucho más oneroso que los demás, según expone RODRIGUEZ⁶⁴⁵; por tanto, en aquellos concursos

las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso”. Se observa entonces que el crédito se integra en la masa activa y será exigible por el concursado intervenido o por la administración concursal en caso de suspensión. La deuda forma parte de la masa pasiva y estará sujeta a las reglas y principios concursales. Vid. SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Contratos y concurso”, *op. cit.*, p. 719.

⁶⁴³ En el supuesto de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, la Ley Concursal señala que no se verán afectados por la declaración del concurso, si bien las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa (art. 61.2-I LCon).

⁶⁴⁴ CERVERA MARTÍNEZ, M., “Efectos del concurso sobre los contratos” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 190 y ss.

⁶⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración concursal, mediación...*, *op. cit.*, p. 303.

destinados a la liquidación o en su caso los concursos necesarios, suelen establecer fijadas las funciones de la administración concursal en sustitución de facultades⁶⁴⁶.

Abierta la fase de liquidación la administración concursal puede proponer en el plan de liquidación la restitución de los bienes al arrendador para el pago de una parte de sus créditos, si es previsible que no haya excedente de la enajenación. En el caso que el arrendador no acepte tal oferta el bien deberá ser realizado para el pago del crédito privilegiado⁶⁴⁷.

5.16 Presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias

Sin duda, la comunicación de créditos es el elemento objetivo por el cual la administración concursal logra tomar conocimiento de la dimensión del pasivo del deudor concursado, y por medio de él lograr adoptar las medidas necesarias esenciales para su determinación⁶⁴⁸. Para el reconocimiento de los créditos que logren configurar la masa pasiva del deudor concursado, los acreedores, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del auto de declaración de concurso deberán poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos (*ex art.*

⁶⁴⁶ Un ejemplo de la acción de la administración concursal es que estas en el momento de la aceptación, deberán requerir a las entidades financieras la cancelación con la devolución de bienes en renting, debiendo requerir a los propietarios de los bienes y fincas en alquiler no necesarios para custodiar los bienes del concurso, a fin de que se avengan a pactar la resolución más rápida posible. La tasación del valor de los bienes objeto de devolución es un coste elevado que es recomendable evitar por el bien del concurso, por ello el pacto transaccional es la vía recomendada. *Vid.* RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración concursal, mediación...*, *op. cit.*, p. 304.

⁶⁴⁷ *Vid.*, SJM 1 Madrid de 21 de octubre de 2005 [AC 2009, 2132], “*Donde se contempla la posibilidad de obtener la resolución de los contratos previstos, a pesar del adecuado y satisfactorio cumplimiento de las prestaciones comprometidas por cada una de las partes, por el mero hecho de que concurra el “interés del concurso”. Compete exclusivamente el ejercicio de esta facultad de resolución unilateral al concursado, o a la administración concursal –en aquellos supuestos en los que haya asumido las facultades patrimoniales del concursado a tenor de lo previsto en el art. 40.2 LCon- En cuanto al cauce procesal a través del cual las partes contratantes y la administración concursal puedan llegar a un acuerdo en cuanto a la “resolución y sus efectos”.*”

⁶⁴⁸ *Vid.*, DÍAZ MORENO, A., “El tiempo de la comunicación y clasificación de los créditos” *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, 2010, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 9 a 55, también, BELTRÁN, E., PRENDES, P., “El reconocimiento de créditos”, en *Los problemas de la Ley Concursal* (I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia), Thomson-Civitas, Madrid, 2009; REDONDO TRIGO, F., “Una reflexión crítica sobre el art. 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 710, Madrid, 2008.

21.5 LCon); por otro lado, y sin tener que limitarse en el precepto mencionado, podrá también tomar en consideración cualquier noticia acerca de la existencia de algún crédito (*ex art. 86.1 LCon*).

Tarea fundamental de la administración concursal el tener que reflejar, con la mayor exactitud posible, el pasivo del deudor concursado, debiendo a tal fin valorar todos aquellos créditos que resulten de los libros y documentos del deudor (*ex art. 86.1 LCon*)⁶⁴⁹, además de tomar en consideración cualesquiera créditos hayan sido o no comunicados, resulten o no de los libros y documentos del deudor como bien expone el art. 86.2 LCon; entrando a formar parte también aquellos créditos reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor, o por cualquier otra razón consten en el concurso.

Con este marco general y normativo acerca del reconocimiento de créditos y la implicación y responsabilidad de la administración concursal⁶⁵⁰ en el afán de inclusión o exclusión de la lista de acreedores concursales de todos los créditos que han sido puestos de manifiesto en la norma, a través del art. 86.3 LCon, se regulan aquellos supuestos cuando *“No se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación que sea precisa para la determinación de un crédito de Derecho Público o de los trabajadores, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención o, en su caso, por la administración concursal cuando no lo realice el concursado o en el supuesto de suspensión de facultades de administración*

⁶⁴⁹ Recoge FRIEGOLA RIERA, A., “Reconocimiento de créditos”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 2511, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 7, de Madrid de 8 de marzo de 2010, según la cual *“(…) el sistema de reconocimiento impone a la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial”*.

⁶⁵⁰ Así lo justifica ROJO, A; BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1544, donde le reconocimiento de los créditos implica para la administración concursal, la obligación de verificar o comprobar la legitimidad de los créditos, debiendo cotejar la documentación remitida por el acreedor, pudiendo hacer uso de los medios que considere adecuados a fin de conformar la existencia de los créditos.

y disposición . Para el caso que, por ausencia de datos, no fuera posible la determinación de su cuantía deberá reconocerse como crédito contingente”. Esta es una práctica preconcursal habitual seguida por muchos deudores, como bien señala ORDIZ⁶⁵¹, que consiste en no cumplir con sus obligaciones formales en el período previo a la declaración del concurso, dificultando que los acreedores públicos conozcan la existencia de créditos a su favor, atendido el sistema de autoliquidación, salvo que iniciasen de forma masiva procedimientos de comprobación, siempre que un contribuyente fuese declarado en concurso.

Será necesaria entonces la acción encomendada a la administración concursal por el legislador en el afán del deber de regularizar esta situación acerca del crédito concursal, independientemente del régimen de intervención o suspensión de facultades que se hubiere acordado. La interrogante surge al tratar de entender el alcance o extensión de las obligaciones fiscales que este órgano deberá cumplimentar y que incluye aquellas cotizaciones a la seguridad social⁶⁵², pero podrían surgir a la par ciertos inconvenientes como la falta de documentación o ausencia de datos que influirían a la hora de la autoliquidación por parte de la administración concursal, será entonces de aplicación el art. 86.3 de la LCon acerca del reconocimiento *motu proprio* un crédito contingente en la lista de acreedores provisional a favor de la administración pública realice comunicación alguna o inicie procedimiento de comprobación o inspección⁶⁵³.

⁶⁵¹ ORDIZ FUERTES, C., “La administración y el crédito público en el concurso” en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 420.

⁶⁵² Vid. STS Burgos de 18 de julio de 2007 [JUR 2007, 307055] en el que “La administración concursal tiene la obligación de incluir los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Este régimen supone que la comunicación del crédito es potestativa para el trabajador, porque puede verificarlo aportando nóminas, contratos de trabajo o cualquier otro documento que acredite su crédito, o bien no hacerlo, ya que la administración concursal deberá incluirlo en la lista de acreedores que debe acompañar a su informe”.

⁶⁵³ ORDIZ FUERTES, C., “La administración y el crédito público...”, *op. cit.*, p. 421.

5.17 Intervención de las facultades de administración del deudor

La naturaleza y principios que ostenta la Ley Concursal modifica en cierta medida los derechos de los actores del concurso⁶⁵⁴: deudores y acreedores. En relación a los acreedores, partimos de que su patrimonio es la única garantía para los acreedores –por lo que se deberá asegurar su conservación-, por esta razón, resulta coherente que las facultades sobre el mismo se vean limitadas; así, los acreedores verán transformados sus créditos y la posibilidad de accionarlos individualmente, bajo el principio de la comunidad de pérdidas y el trato igualitario para todos ellos –*principio de la par conditio creditorum*-, y que forma una masa indivisa⁶⁵⁵. En relación al patrimonio del deudor, a través bien de la reintegración y exclusión, quedará formada la masa activa para lograr la satisfacción de los acreedores.

Así, los efectos que la declaración de concurso orienta sobre las facultades patrimoniales del deudor se acercan a aquellas limitaciones en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes que se destinan a la satisfacción de los acreedores. Las limitaciones llevan consigo distintas atribuciones y facultades hacia la administración concursal a quien el legislador encomienda cumplir con aquellas restricciones establecidas para el concursado. El art. 44.2 LCon se prevé una modalidad especial de intervención, con el fin de facilitar la continuación de la actividad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios

⁶⁵⁴ En el derecho derogado existían distintos procedimientos concursales con diferentes efectos sobre los correspondientes deudores. Mientras el procedimiento de quita y espera apenas producía efectos para el deudor, el de suspensión de pagos, además de algún efecto aislado de tipo personal, sometía al suspenso a intervención, lo que suponía que continuaba ejerciendo las facultades de administrar y de disponer y la actividad empresarial bajo el control de los interventores (art. 4 LSP), pero el juez podía llegar incluso a acordar la sustitución (art. 6 LSP). Finalmente el concurso y, sobre todo, la quiebra suponían consecuencias mucho más gravosas : los deudores quedaban privados de la administración y la disposición de sus bienes (arts. 878 CCom y 1914 CC): sometidos a diversas interdicciones legales dispersas en la normativa, tanto de carácter privado (prohibición de ejercer la actividad empresarial, de administrar sociedades mercantiles, de desempeñar administraciones legales) como de carácter público (prohibición de ser notario, registrador) y privados de algunos derechos fundamentales , pues la declaración de quiebra comportaba la retención de la correspondencia y el arresto domiciliario (art. 1044.2ª y 6ª CCom). *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Facultades patrimoniales del deudor”, en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 772.

⁶⁵⁵ Al respecto, *vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, p. 98.

del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general⁶⁵⁶.

En el caso de intervención, como bien lo hemos expuesto, las facultades de administración y disposición por el deudor acerca de los bienes de la masa activa quedan sometidos a la autorización o conformidad de la administración concursal, teniendo en cuenta que esta intervención, no afectará a la propia titularidad de disponer y administrar la masa, sino al ejercicio de las mismas. Supone también la administración de forma personal o mediante representante, pero deberá precisar la conformidad de la administración concursal⁶⁵⁷.

Relación bastante interesante que, MARTÍNEZ⁶⁵⁸ estudia acerca de la autorización y conformidad de la administración concursal como sinónimos⁶⁵⁹, desde esta perspectiva, la autorización así como la conformidad, es el resultado de la declaración de voluntad emitida por la administración concursal (escrita u oral)⁶⁶⁰, la cual se emite bajo ciertas condiciones

⁶⁵⁶ Sobre este mismo asunto *cfr.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal*, *op. cit.*, P. 99 da cuenta de que los efectos sobre el deudor han tenido y tienen su razón genérica de ser en la protección de los acreedores del mismo tras la pérdida de confianza que el sistema había depositado en él. Esta protección de los acreedores puede tener lugar de dos formas: actuando sobre el poder de administrar su patrimonio o bien sobre la libertad personal, el secreto de la correspondencia del deudor y la inviolabilidad de su domicilio.

⁶⁵⁷ *Vid.*, AJM 1 Las Palmas, 5 de noviembre de 2011 [AC 2011, 1652] “ (...) en atención a las facultades que se otorgan al juez, se acuerda, en relación a las facultades de administración y disposición del deudor respecto a su patrimonio, la intervención de dichas facultades mediante la correspondiente autorización o conformidad de la administración concursal. Tal decisión se apoya: 1º Si bien desde un punto de vista formal, la solicitud de concurso necesario fue previa a la petición de concurso voluntario, sin embargo el Consejo de Administración ya había adoptado anteriormente la decisión formal de presentar dicha solicitud de concurso voluntario. 2º De la documentación presentada no se desprende ni resulta ningún dato que permita ni tan siquiera sospechar que los administradores de la entidad vayan a llevar a cabo ningún acto en perjuicio de sus acreedores o del correcto funcionamiento de la entidad; 3º La actividad de la entidad concursada dada su naturaleza fundamentalmente deportiva, centrada, además en un deporte altamente profesionalizado como es el fútbol, presenta una serie de especialidades y peculiaridades que exceden de las habituales en otras empresas y sociedades mercantiles”.

⁶⁵⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Facultades patrimoniales del deudor”, *op. cit.*, p. 778.

⁶⁵⁹ Esto se demuestra en los preceptos 51.3 de la LCon donde se utiliza el término de “autorización” en el caso de intervención para que el deudor pueda desistir, allanar total o parcialmente y transigir litigios (...), mientras en el art. 54.2 LCon, se establece que “en caso de intervención, el deudor, necesitará la *conformidad* de la administración para interponer demandas y recursos”.

⁶⁶⁰ Hasta antes de la modificación del Art. 35.4 LCon por la Ley 38/2011, la Ley Concursal sólo exigía el observar una determinada forma cuando las decisiones de la administración concursal no son de trámite o de gestión ordinaria, supuestos en los que debía consignarse en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado.

previstas en la norma dirigida a la conservación del patrimonio; teniendo para dicho fin la necesaria disposición y voluntad de la administración concursal y el deudor⁶⁶¹.

5.18 Supervisión de la formulación de cuentas

Habiendo realizado un avance acerca de la obligación, formulación, presentación y contenido de las cuentas anuales por parte de la administración concursal en cuanto a un procedimiento concursal necesario se refiere y donde las atribuciones del deudor se encuentran suspendidas, toca establecer el alcance la función de la administración concursal en cuanto a la supervisión de la formulación de cuentas del deudor, tal como dispone el art. 46.1 LCon. Teniendo presente para dicha argumentación el carácter en que estas serán desarrolladas, a través de la intervención de facultades patrimoniales.

Al tratarse de una supervisión, entendemos que la formulación de las cuentas anuales debe ser presentada por el propio concursado⁶⁶², en ese enclave la obligación de la observancia del órgano concursal acerca de la formulación de las cuentas anuales está integrada por distintas fases que abarca desde la presentación de estas por el deudor concursado; la verificación contable mediante la participación de auditor de la empresa concursada –

⁶⁶¹ En la tramitación concursal, el concursado no puede actuar sin la autorización o la conformidad de la administración concursal, pero en otro sentido, este mismo órgano tampoco podrá realizar actos de administración o de disposición sin contar con el deudor.

⁶⁶² El alcance subjetivo de la obligación en la presentación de las cuentas anuales, fueron desarrolladas por el legislador para ser aplicadas tanto a comerciantes o empresarios mercantiles declarados en concurso; en concreto, para empresarios personas jurídicas (fundamentalmente sociedades mercantiles de capital; *Cfr.* Exp. Motivos III LCon 2003), y que en su redacción original del art. 46 de la LCon contenía una referencia puntual a la “sociedad concursal”, mientras que en la redacción operada por la Ley 38/2011 el art. 46 se refiere en general a los administradores del deudor del concursado (aludiendo implícitamente al deudor persona jurídica) y también de forma explícita a la persona jurídica deudora. Lo que en resumidas cuentas pretende el legislador es extender la obligación de formular y, en su caso, auditar cuentas anuales a todos aquellos deudores (sean personas jurídicas o personas naturales) que estuvieran obligados legalmente obligadas a formularlas con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores. En definitiva, la obligación de formular, auditar (cuando proceda) y depositar en el Registro Mercantil las cuentas anuales durante el concurso se aplica a los deudores personas jurídicas, como las sociedades mercantiles de capital (art. 34 y 41.1 CCom; arts. 253 a 284 y 524 a 526 LSC), las sociedades mercantiles personalistas (arts. 34 y 41.2 CCom), las sociedades cooperativas (art. 61 y 62 LCoop), otras persona jurídicas como fundaciones o asociaciones y cualesquiera otras entidades que resulten obligadas legalmente a formular y auditar cuentas anuales. *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “Cuentas anuales”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dirs), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, pp. 925 y 926.

cuando proceda-; la aprobación de las cuentas por el órgano competente de la persona jurídica y el depósito de la misma en el Registro mercantil⁶⁶³.

En relación a la específica actuación de las sociedades mercantiles de capital, así como las asociaciones y fundaciones, se requerirá la aprobación de las cuentas por el órgano de administración o patronato de la fundación. Esta aprobación por la administración concursal, se otorgará una vez verificadas las cuentas por el auditor⁶⁶⁴ quien deberá entregar un informe en el plazo de un mes –atendiendo a las circunstancias y complejidad de la auditoría-.

Mediante el art. 46.1 LCon se incorpora un requisito necesario que considerará la correcta y definitiva aportación de las cuentas formuladas a través de la supervisión por la administración concursal; esta revisión, de ningún modo se entenderá como una aceptación o simple revisión de las cuentas anuales aprobadas por la junta u órgano competente, sino que será ampliable a su propia elaboración, es decir, mediante la aprobación del proyecto de cuentas que los propios administradores o gestores presenten al órgano que resulte competente.

5.19 Operaciones para la continuidad de la actividad

Con la promulgación de la Ley Concursal en 2003, el juez, a través de la declaración de concurso, otorga al deudor, el ejercicio de la actividad que viniera realizando, claro está, mientras no exista la imposibilidad a través de la inhabilitación inherente en la calificación de concurso como culpable⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Referente a las cuentas que corresponden a los ejercicios cerrados durante la tramitación del concurso, la Ley Concursal no establece especialidad alguna en relación a este orden, por lo que se exigirá que su formulación, aprobación, auditoría y depósito (cuando así lo exija la ley), deberá ajustarse a los plazos y condiciones que enmarca la ley para cada deudor, como así disponen los arts. 164, 253, 270, 279, 282, 283 LSC y artículos 365, 372 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio), (B.O.E de 31 de julio de 1996). *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “Cuentas anuales”, *op. cit.*, p. 928.

⁶⁶⁴ La verificación de las cuentas anuales por parte del auditor de cuentas, en los casos en que proceda es una implementación de la reforma de la Ley 38/2011 que logra unificar criterios, debido a que en la ley 22/2003 otorgaba una exención para las primeras cuentas anuales formuladas tras la declaración de concurso.

⁶⁶⁵ Al respecto, *vid.* AJM 1 La Coruña de 26 de junio de 2006 donde: “La Ley concursal no atribuye al juez del concurso instrumentos o poderes especiales para garantizar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor; simplemente prescribe que la declaración del concurso –a diferencia de la

En el entendido de que el deudor continúe administrando y disponiendo de sus bienes, pero con la salvedad de que este se encuentre sometido a intervención, será necesario, que cada uno de los integrantes de la actividad profesional o empresarial que asuman la administración y disposición de los bienes de la masa lo realicen con la autorización y conformidad de la administración concursal⁶⁶⁶. En el caso en que el órgano concursal se decante por la autorización general, el concursado estará sometido a dos modalidades de intervención distinta, que en palabras de MARTÍNEZ⁶⁶⁷ se trataría de una intervención “individualizada” y por otra una intervención “desarrollada”. La primera, a través de una intervención de acto por acto administrativo y de disposición del patrimonio del concursado ajeno a la actividad que realice, para los que estando relacionados con la actividad profesional o empresarial del deudor no puedan ser considerados como actos propios del giro o tráfico de la misma y para los actos propios del giro o tráfico excluidos de la autorización. Por otro lado, en la intervención desarrollada, (mediante autorización previa) únicamente es admisible para los actos y operaciones propios del giro o tráfico de la actividad.

En relación a los actos u operaciones que le son propias del giro o tráfico de la actividad empresarial o profesional al deudor concursado, estos se integran en el objeto delimitado desarrollado en los estatutos; en este caso, la propia administración concursal no podrá otorgar una autorización de forma “general” para los actos integrantes de una actividad que figure dentro de los estatutos y, que la persona jurídica de que se trate no hubiera ejercido

declaración de quiebra del sistema anterior- no tiene efectos directos en el cese de la actividad empresarial o profesional que viniera ejerciendo el deudor, que podrá mantenerse –si es que se puede mantener- cumpliendo lógicamente las obligaciones y condicionamientos legales que la actividad exija”.

⁶⁶⁶ Al respecto, cabe la puntualización de la SAP Álava 1ª de 9 de abril de 2010 que expresa: “La autorización general para actos de giro o tráfico normal, exige que se trate de actos que aseguren la continuidad de la actividad empresarial, siendo además necesario que la administración concursal determine cuáles son los actos u operaciones propios del giro o tráfico que se autorizan con carácter general. La excepción legal persigue evitar que operaciones de escasa relevancia económica pero propias del tráfico de la concursada tengan que venir forzosamente intervenidas, admitiendo unas indicaciones generales que obligan al concursado. Pero es precisa una posición activa de la administración concursal, expresando de modo explícito los criterios generales a seguir”.

⁶⁶⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial”, *op. cit.*, p. 908.

realmente, es decir que se atenderá a las actividades realmente ejercidas, aunque esta sea distinta de las comprendidas en el objeto social o de la persona jurídica de que se trate⁶⁶⁸.

Dentro los actos propios del giro o tráfico estos deberán tener una relevante conexión con la actividad que se realiza, la existencia de este vínculo entre el acto y la actividad no será de todo determinante a la hora de ser incluido en una autorización general, debido a que se requerirá que esto sean actos típicos y corrientes, en que se deberán materializar la actividad. Por otro lado, se descartan aquellos actos que surgen como instrumentales para el ejercicio de la actividad, así como los actos conexos.⁶⁶⁹

Con todo, será la propia administración concursal, en aplicación del art. 44.2 de la LCon determinaran aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad y que queden autorizados de forma general, aunque ello no signifique estar a la propia voluntad y decisión del órgano concursal, sino, que se recurre a la discreción de esta, determinando a cabalidad los actos que por su naturaleza y cuantía sean propios del tráfico empresarial del deudor, y yendo más allá, podrán excluir de la autorización aquellos que supongan un riesgo para el interés del concurso.

5.20 Autorización de actos de administración y disposición

En materia de competencias y funciones relativas a la representación de la empresa en concurso, una vez declarado el concurso y durante la fase de convenio, los administradores sociales continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso (*ex art. 48.3 LCon*), ello con independencia de la situación, sea de intervención o de suspensión en la que se encuentre el concursado con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o conformar los actos de administración y de disposición.

⁶⁶⁸ *Vid.*, MAIRATA LAVIÑA, J., “Los efectos del concurso”, en GARCÍA VILLAVERDE. R; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, p. 123; también MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio...”, *op. cit.*, p. 909.

⁶⁶⁹ Como ejemplo, acerca de una actividad no incluida dentro el tráfico de la actividad se encuentran los arrendamientos de inmuebles destinados al almacenaje de productos de la empresa tras haber expirado el plazo previsto para el contrato de arrendamiento existente con anterioridad. Así también quedan excluidos del tráfico aquellos actos que modifiquen la actividad profesional que viniera ejerciendo el deudor.

Resulta necesario delimitar, que la atribución de derechos políticos no necesariamente significa el poder para separar y nombrar a los administradores de la sociedad, con esta equiparación se atribuye a la administración concursal no la representación de la sociedad concursada como tal en la junta de sus filiales, sino la competencia de la junta de las participadas. Como bien expone GALLEGO⁶⁷⁰, la separación y el nombramiento de los administradores es competencia de la junta general, salvo las excepciones previstas en el caso de cooptación. Cuestión distinta es que el porcentaje de votos que se tenga permita conseguir un acuerdo de la junta sobre la separación y nombramiento de administradores, pero la decisión obedece al acuerdo de la junta, no a la designación directa por parte de la administración concursal.

En consecuencia, la propia administración concursal encontrará dificultades a la hora de ejercitar en la sociedad participada actos que sean distintos al ejercicio de los derechos políticos, debido principalmente a que esta no se encuentra habilitada para solicitar el concurso necesario de la sociedad dominada; es lo que expone el art. 3.1 de la LCon cuando la competencia para decidir acerca de la solicitud de concurso el cual corresponde al órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica⁶⁷¹.

Durante la fase común y fase de convenio el estatuto de los administradores permanecerá sin variación, con la única excepción en lo referente a la remuneración (*ex art. 48.4 LCon*) en cuanto si el cargo de administrador de la persona jurídica fuera retribuido, el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada.

En la práctica, lo que se trata es que la administración concursal, por cada concurso en trámite, despache los asuntos y los autorice, ya que en todos los casos el órgano de gestión

⁶⁷⁰ GALLEGO, E., “Concurso de la persona jurídica”, *op. cit.*, p. 603.

⁶⁷¹ Surge la interrogante acerca del paquete accionario que posee la empresa concursada en otra sociedad y que se considera como un activo integrado a la masa activa del concurso y siendo que los derechos políticos forman parte de un todo indisoluble que es cualquier participación societaria, resulta que quedan afectadas dichas participaciones por el régimen de intervención y suspensión. *Vid.* GALLEGO, E., “Concurso de la persona...”, *op. cit.*, pp. 602 y 603.

y representación –administradores sociales- procederán de modo que puedan ejecutar o realizar los actos a intervenir; si bien en una sociedad de dimensiones de elevado capital suele existir una división de funciones a través de asignación de tareas en cada órgano de la sociedad, situación que no resulta compleja en empresas de menor tamaño⁶⁷², por ello, el control de la administración concursal se deberá desarrollar sin margen de error que implique además un fiel control dentro la organización de la empresa.

5.21 Autorización para desistir, allanarse y transigir litigios

El régimen de intervención del concursado –como se ha ido estudiando durante las atribuciones de la administración concursal sobre las acciones propias del deudor o de sus órganos de administración- genera la conservación de facultades de administración y disposición sobre la masa activa (art. 40.1 LCon)⁶⁷³, por consiguiente, este régimen se canaliza a través de la *autorización* de la administración concursal donde el concursado podrá conservar la capacidad procesal para actuar en juicio aunque de manera limitada, porque justamente, el concursado intervenido, necesita de la conformidad de la administración concursal para interponer aquellas demandas que pudieran afectar a su patrimonio; también la necesitará para interponer recursos cuya resolución pueda afectar a la masa activa⁶⁷⁴.

En el supuesto de recurrir la resolución judicial que perjudique de forma total o parcial al concurso, no bastará con la conformidad obtenida para la interposición de demandas, sino

⁶⁷² Los problemas o dificultades que surgen de las empresas pequeñas radica en la falta de medios suficientes para su control, un ejemplo de ello son los gastos diarios o frecuentes, donde quien firma la autorización, es al mismo tiempo quien autoriza y paradójicamente quien debe contabilizar el recibo o comprobante de pago asentando en la hoja de cálculo los gastos de caja. *Vid.* RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración Concursal, mediación...*, *op. cit.* p. 232.

⁶⁷³ En el supuesto de haberse decretado la intervención de las facultades patrimoniales de administración y de disposición del deudor, la administración concursal posee una legitimación subsidiaria para el ejercicio de acciones patrimoniales de las que sea titular el deudor⁶⁷³, así, la propia administración concursal podría estimar conveniente para los intereses del concurso la interposición de una demanda y en caso de que el deudor se negare a interponerla como señala el art. 54.2 LCon.

⁶⁷⁴ La acción subsidiaria de la administración concursal se establecerá mediante la concurrencia de tres requisitos, en primer lugar, la administración concursal debe estimar que el ejercicio de la acción conviene a los intereses del concurso, es decir, que se trate de una acción con trascendencia patrimonial; en segundo lugar, la administración concursal deberá solicitar y obtener autorización del juez del concurso para presentar la demanda.

también el propio concursado deberá requerir una nueva autorización para la prosecución de la acción. Si existiera desistimiento, o en su caso, transacción del procedimiento la norma no exige que esta conformidad sea nuevamente solicitada. Se deberá tener en cuenta que no siendo plenas las facultades patrimoniales del concursado en el ámbito de las relaciones jurídicas sustantivas, tampoco debiera ser plena esta capacidad en cuanto a los litigios con trascendencia patrimonial⁶⁷⁵.

Acerca del ejercicio de acciones de índole personal, la Ley Concursal reconoce al concursado la legitimación principal y capacidad procesal plena; este tipo de acciones se ven reflejadas tanto para desistir o transigir cuando la materia litigiosa afecte al patrimonio del concursado, para BELLIDO⁶⁷⁶ en la práctica será mayor el ámbito de excepción - exigencia de conformidad de la administración concursal- , que el ámbito de la regla general –capacidad procesal plena para el ejercicio de acciones de esa naturaleza-, ya que son muchas las acciones de índole personal, por utilizar la terminología legal, susceptibles de afectar, de uno u otro modo, a la masa activa. Como bien es entendido, no existe un procedimiento específico para la obtención de la conformidad; en caso de una respuesta negativa, podrá el concursado someter esta decisión ante el juez de concurso⁶⁷⁷.

Un ejemplo claro en que la LCon da cuenta acerca de la actuación del concursado la establece el art. 51 donde se otorga continuidad a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentre en tramitación al momento de la declaración⁶⁷⁸; continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviera conociendo de ellos hasta la firmeza de

⁶⁷⁵ Vid. BELLIDO, R. “Ejercicio de acciones del concursado” en ROJO, A., y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson –Civitas, Madrid, 2004, p. 1025.

⁶⁷⁶ BELLIDO, R. “Ejercicio de acciones del concursado”, *op. cit.*, p. 1023.

⁶⁷⁷ Vid. ex artículo 35.2 LCon en el que “*Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez*”.

⁶⁷⁸ A diferencia de lo mencionado, el art. 50 de la LCon establece que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en la propia norma concursal se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso.

la sentencia⁶⁷⁹. Por excepción a lo descrito, se acumulan de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, y contra los auditores⁶⁸⁰.

La acumulación del proceso declarativo⁶⁸¹ al concurso del proceso en trámite, deberá ser de interés de la administración concursal, antes de que este órgano emita su informe referido

⁶⁷⁹ Sobre este aspecto, *cf.* YAÑEZ EVANGELISTA, J., “Efectos del concurso sobre las acciones individuales”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 233, quien afirma que este precepto se refiere a una expresión *perpetuatio iurisdictionis*, efecto propio de la litispendencia, que sin embargo y en atención al interés del concurso admite sus excepciones. La primera, en la que se ha de recordar que la competencia para acordar dicha acumulación corresponde en todo caso y de forma exclusiva al juez del concurso, sin que pueda el juzgado de primera instancia que esté conociendo del procedimiento contra el concursado acumular el mismo al concurso (Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª de 13 de enero de 2011, Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, en el auto de 23 de febrero de 2010). En segundo lugar, se ha discutido el *iter* procesal que ha de ser objeto de comparación: respecto de la demanda, no parece existir discusión en que por efecto de la litispendencia (art. 410 LEC), habrá que estar a la fecha de la demanda, si bien condicionado a que sea admitido (Autos de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª de 26 de marzo de 2009, Barcelona, Sección 13ª, de 9 de octubre de 2009).

⁶⁸⁰ El texto del actual artículo 51 de la LCon proviene del Anteproyecto de la Ley Concursal de 2000. Durante la tramitación parlamentaria el artículo fue objeto de diferentes enmiendas, cuya justificación residía en la concesión de un plazo a la administración concursal con el fin de que pudiera asumir en condiciones la defensa de los intereses de la concursada. *Vid.* BELLIDO, R., “Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes” en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1002 y 1003.

⁶⁸¹ Acerca de la acumulación de procesos declarativos al concurso, *cf.* MUÑOZ, L., “Acumulación de procesos declarativos”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I, Thomson Reuters –Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 174 y ss. quien señala que la acumulación de procesos declarativos al concurso es una institución muy distinta a la general, en el que el único objetivo de esta acumulación es el de lograr la armonía procesal, evitando que se dicten sentencias contradictorias; tenemos entonces que su única finalidad es la de coordinar la responsabilidad social y la responsabilidad concursal de los administradores o los liquidadores, de hecho o de derecho. Con la declaración de concurso se produce–necesariamente– unos efectos específicos sobre las ejecuciones: los *procesos de ejecución* en curso se suspenden, salvo limitadas excepciones, y se prohíbe el ejercicio de nuevas acciones ejecutivas mediante la iniciación de nuevos procesos o procedimientos extrajudiciales de ejecución. Esto es así, porque el ejercicio indiscriminado de las acciones de ejecución individuales imposibilitaría la liquidación, la satisfacción ordenada de los derechos de los acreedores con cargo a los bienes y derechos que integran el patrimonio separado afectado o impediría la continuación de la actividad del deudor, en los casos en que la solución adoptada consistiera en la continuación de la actividad.

La solución opuesta, la *continuación* de los procesos pendientes hasta su conclusión mediante resolución firme, ha sido la adoptada por los ordenamientos jurídicos de algunos países de nuestro entorno. La solución continuista es más respetuosa con los derechos individuales que las partes tienen o afirman ostentar en el proceso pendiente; no solamente con los derechos materiales o sustantivos controvertidos sino, sobre todo, con los derechos procesales, con las posibilidades de actuación, con las perspectivas o expectativas de una

En la práctica, según RODRÍGUEZ⁶⁸² resulta mucho más fácil controlar la legalidad y la conveniencia del concurso en el supuesto de intervención, porque el interés del concurso en todo desistimiento, allanamiento o transacción repercute directamente en el concursado, de

sentencia favorable, con el derecho al proceso, entendido como el derecho a la continuación y a la terminación del proceso con una resolución de fondo.

El juez del concurso deberá tomar en consideración los hechos que fundamenten la pretensión en el proceso acumulado, que pudieran igualmente conllevar la condena por responsabilidad concursal derivada de la apertura de la sección de calificación, evitando distorsiones con sentencias incompatibles, fácticamente contradictorias. La acción para reclamar la responsabilidad social y la pretensión encaminada a exigir la responsabilidad concursal tiene un presupuesto fáctico común: la causación u agravación de la situación de insolvencia.

La única posición procesal que puede ocupar la persona jurídica concursada en el proceso declarativo acumulable es la de parte actora; nunca podrá figurar en el proceso declarativo –mediante el que se exige una responsabilidad pecuniaria a los causantes de los daños y perjuicios- como demandada. El art. 51.1 LCon permite acumular todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada por terceros, sus administradores, liquidadores o auditores. A pesar de ello, el art. 183, regla 4ª, de la Ley Concursal, que incluso modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, prescribe todavía que se incluirán en la sección cuarta del concurso, en pieza separada “Los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, prescribía que la “acumulación podrá solicitarse por la administración concursal o por cualquier parte personada” (51.1 párrafo segundo LCon). El requisito necesario de la rogación, impuesto por el legislador concursal, estaba en parcial contradicción con la regla general de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite la acumulación de procesos tanto de oficio –desde la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre- como a instancia de parte (art. 75 LECiv). El actual legislador (Ley 38/2011, de 10 de octubre) ha querido que el juez del concurso decrete la acumulación exclusivamente de oficio.

El inicio de las actuaciones acordadas de oficio para la acumulación no suspende, de forma inmediata, el curso del proceso singular que se pretende acumular (81 y 88 LECiv) aunque el Tribunal requerido debe abstenerse de dictar sentencia hasta que se decida definitivamente la reunión pretendida. La ausencia de efectos suspensivos pudiera determinar, como supuesto excepcional, que ya se hubiera iniciado –y no fuera finalizado, por su complejidad o por haberse acordado la suspensión durante su celebración- o incluso que se hubiera celebrado en su integridad el juicio o vista ante el juzgado requerido; este Juzgado será el de lo Mercantil competente para decidir las acciones sociales de responsabilidad o, en su defecto, el Juzgado de Primera Instancia con competencias mercantiles atribuidas por inexistencia, en esa demarcación, de un Juzgado de lo Mercantil. En tal supuesto, por exigencias del principio de inmediación, lo procedente será que el Juez del concurso acuerde la nueva celebración del juicio o vista desde su inicio para poder valorar la prueba adecuadamente a los efectos de dictar sentencia.

En relación a los sujetos del proceso acumulado, se concede la intervención de las partes del concurso que no hubieran sido en ese proceso (art. 192.1, inciso tercero de la LCon que no ha sido modificado en ese extremo por la Ley 38/2011). El régimen general de la intervención procesal voluntaria (art. 13 LECiv) incluye dos presupuestos básicos: los terceros que quieran convertirse en parte han de tener siempre un interés jurídico y es voluntaria pues el tribunal no puede provocarla de oficio o *iussu iudicis*. El legislador concursal, por el contrario, ha previsto una intervención automática: el tercero, una vez emplazado de oficio (art. 192.1 LCon), podrá incorporarse al proceso acumulado alegando simplemente su condición de parte en el concurso sin necesidad de acreditar un interés directo y legítimo en el resultado del pleito como exige la Ley de Enjuiciamiento Civil para admitir la intervención voluntaria.

⁶⁸² Recoge RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración Concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, op. cit., p. 280.

no ser así, el análisis jurídico deberá llevarlo el administrador concursal quien evaluará las consecuencias de alguno de estos actos procesales dispositivos del litigio.

5.22 Autorización de interposición de demandas

En el supuesto de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquella para interponerla⁶⁸³ (ex art. 54.2 LCon).

Como bien expone el artículo citado, se admite que el concursado litigue, pero para ello precisará la autorización de la administración concursal para instar los procedimientos judiciales que precisamente afecten a su patrimonio⁶⁸⁴. Podrá también, como señala el artículo, que el concursado se abstenga u omita una acción que la propia administración concursal estimara conveniente para la defensa del patrimonio, pero en su caso, los actos en defensa del patrimonio concursal se instarán por la administración concursal.

En la práctica, la autorización de la administración concursal tropieza con ciertos inconvenientes, sobre todo cuando son los propios jueces quienes de forma pertinente y oportuna autorizan al concursado el inicio de la demanda, en esos casos, lo que se produce es la confirmación de la acción o la convalidación, mediante escrito de comparecencia en el proceso de la administración concursal –supuesto de intervención- donde se confirma lo

⁶⁸³ Vid. AJM 4 Madrid de 17 de febrero de 2005, en el que: “*Tratándose de un concurso en el que sólo se ha decretado la mera intervención de las facultades de administración y disposición de la concursada es ésta y no la administración concursal, la que dispone de legitimación para iniciar, con todas las formalidades legales, el correspondiente incidente donde pueda hacerse efectivas las garantías procesales de previa audiencia al tercero afectado y de efectiva posibilidad de contradicción por parte de éste, antes de que sus derechos puedan verse afectados en el marco del expediente concursal*”.

⁶⁸⁴ En el supuesto de los procesos de administrativos resulta suficiente un escrito de autorización para subsanar y poder validar un acto anulable.

actuado por el deudor, omitiendo involuntariamente, el trámite de autorización preceptivo⁶⁸⁵.

5.23 Presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias

Si bien la explicación acerca de la necesidad de presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias ha sido expuesta *supra* en referencia a la suspensión de acciones del concursado dentro de un concurso necesario, la Ley concursal, mediante el art. 40.1, en caso de concurso voluntario en la que el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, sometido al ejercicio de intervención de la administración concursal, dispone también que en el ejercicio de acciones cuando no se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación que sea precisa para la determinación de un crédito de Derecho Público o de los trabajadores, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención (*ex art. 86.3 LCon*)⁶⁸⁶.

La justificación adecuada que delimita el precepto, se refiere a la necesidad de otorgar la continuidad de aquellas obligaciones de cotización, retención y liquidación frente a las entidades públicas; reconociendo los créditos que del cumplimiento de dichas obligaciones se deriven, debiendo ser forzosamente reconocidos sin necesidad de comunicación previa, estando en todo caso reconocidas como una continuación al procedimiento administrativo.

6. FUNCIONES EN MATERIA LABORAL

Resulta preciso para nuestro estudio, establecer que la función de la administración concursal en materia laboral es reconocida a partir de la promulgación de la Ley 22/2003, en este sentido, MERCADER⁶⁸⁷ brinda un estudio, donde, tradicionalmente en el Derecho

⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración Concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, *op. cit.*, p. 290.

⁶⁸⁶ *Vid.* SJM de Vitoria de 9 de junio de 2008 [AC 2009/953], también: SJM Oviedo de 12 de marzo de 2007 [AC 2008/810]; SJM de Málaga de 14 de julio de 2008 [AC 2008/1026]; SJM Madrid de 16 de febrero de 2010 [JUR 2010/90392].

⁶⁸⁷ MERCADER, J. y ALAMEDA, T., “Contratos de trabajo”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1191 y ss. *Vid.* también GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, 282

español, las normas concursales no han recogido referencia alguna al destino de las relaciones laborales en situación de insolvencia, sino que sus efectos sobre los contratos de trabajo se han regulado, de forma dispersa y asistemática, en normas laborales sustantivas y procesales. Así, no se podrá decir que haya existido un *Derecho Concursal Laboral* como tal o un derecho regulador de las relaciones laborales en situación de insolvencia. Pese a tales deficiencias normativas, podía mantenerse la no extinción *ipso iure* de los contratos de trabajo como consecuencia de la suspensión de pagos o de la quiebra y su continuidad, como regla general, sin perjuicio de ulteriores efectos. Así, si continuaba la actividad empresarial tras la suspensión de pagos o de la quiebra, podría procederse a la reorganización de los recursos humanos en la empresa cristalizada en modificaciones o suspensiones de contratos de trabajo. En ambos supuestos, la causa y el procedimiento se reconducían al régimen común de modificaciones y suspensiones fundadas en causas económicas y productivas.

A través de la Ley Concursal 22/2003, se opta por la línea de la integración y regulación conjunta de intereses entre empresarios y trabajadores en una única norma, en esta línea, se ha regulado los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivos de contratos de trabajo, siguiendo el esquema del Estatuto de los Trabajadores (arts. 40, 41, 47 y 51), insistiendo en la aplicación y vigencia de la normativa laboral y su coordinación con las previsiones de la Ley Concursal⁶⁸⁸.

Como bien detalla MONTROYA⁶⁸⁹ en la medida en que el concurso de acreedores pueda afectar y afecta a las empresas, y en la medida en que éstas constituyen desde el punto de vista laboral centros de trabajo, es de todo punto lógico que la declaración del empresario en concurso pueda también afectar a las relaciones laborales desenvueltas en la empresa. Por esta razón, la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 declara que: “una cuestión

Valladolid, 2004; RIOS SALMERÓN, B. Y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.) *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ed. Laborum, Murcia, 2004.

⁶⁸⁸ MERCADER, J., y ALAMEDA, T., “Contratos de trabajo”, *op. cit.*, p. 1192.

⁶⁸⁹ MONTROYA MELGAR, A., “Contrato de Trabajo”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, B., (Dirs.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 681 y ss.

tratada con especial cuidado es la relativa a los contratos de trabajo existentes a la fecha de declaración del concurso y en los que sea empleador el concursado”.⁶⁹⁰

6.1 Cumplimiento de resoluciones judiciales de modificación de las condiciones de trabajo

A través de la promulgación de la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, se introdujeron importantes reformas, como bien hemos ido disgregando en los distintos preceptos de nuestro estudio; las más relevantes sin duda, aquellas que introducen importantes reformas en materia de convenio y de liquidación concursal con la finalidad de facilitar la continuidad de las empresas económicamente viables que logran modificar el espectro laboral en el concurso⁶⁹¹.

A través del artículo 33.1 c) de la LCon –modificada mediante la reforma-, se logra ampliar las facultades que se atribuyen a la administración concursal en cuanto a los procedimientos laborales, además de las resoluciones que en ellos se dicten, es así que este órgano puede intervenir y dar cumplimiento a las resoluciones recaídas no solo en procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, sino también en los procedimientos de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

En esta misma línea de reformas, se amplía las competencias del juez del concurso quien, en el ámbito laboral, podrá conocer de todos los tipos de procedimiento laboral del que sea

⁶⁹⁰ Este enunciado responde precisamente al objetivo en el que los efectos del concurso no se traduzcan en la ignorancia o vulneración de los derechos de los trabajadores de la empresa afectada. *Vid.* MONTOYA MELGAR, A., “Contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 682.

⁶⁹¹ Se logra extender la modificación del convenio concursal sobre algunas normas acerca de los acuerdos de refinanciación, previendo la posibilidad de extender determinados efectos del convenio a acreedores privilegiados, introduciendo medidas para flexibilizar la transmisión de unidades productivas del concursado, regulando expresamente los temas laborales y de Seguridad Social. *Vid.* CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, “Nueva reforma de la Ley Concursal. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (procedente del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre)”, en <http://www.cuatrecasas.com/mediarepository/gabinete/publ/docs/1432719224es.pdf>, 27 de mayo de 2015 (consultado por última vez el 25 de mayo de 2016).

parte el concursado⁶⁹² –descritos anteriormente– con ello, se modifican las reglas procedimentales contenidas en el art. 64 de la LCon (efectos del concurso sobre los contratos de trabajo) para así, adaptar la terminología del despido colectivo al procedimiento actual⁶⁹³.

En referencia al tema central de la atribución de la administración concursal para dar cumplimiento a las resoluciones judiciales respecto a los procedimientos laborales, resulta imprescindible citar el art. 8.3 de la LCon, referente a la jurisdicción y competencia del juez del concurso, donde, claramente expone: *“ Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera hubiera sido el órgano que lo hubiera ordenado ”* esta exposición, como bien plantea ALBIOL⁶⁹⁴ y MONTOYA⁶⁹⁵ está sujeta a la

⁶⁹²Acerca de este tema, *vid.* FERNÁNDEZ, S., “Los despidos colectivos en empresas en concurso de acreedores”, enero de 2016, [en línea], disponible en: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3583/0715_Pro.pdf?sequence=1. (visto por última vez el 23 de junio de 2016), donde: *“(…) Cabe distinguir entonces dos supuestos: El primero, en el que previamente al concurso la empresa ya ha decidido el despido colectivo, y el segundo, en el que la decisión empresarial todavía no se había adoptado cuando se declara el concurso.*

El juez del concurso será el órgano competente para conocer de las extinciones colectivas de los contratos de trabajo cuando ya se haya declarado el concurso. Para que se de los requisitos para un despido colectivo hay que atender a lo recogido en el art. 51 Estatuto de los Trabajadores como ya hemos visto, esto es, que si no se trata de un despido colectivo el juez del concurso deberá inadmitir la solicitud porque no sería competente.

Si en la fecha de declaración del concurso estuviese en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral tendrá que remitir lo actuado al juez del concurso.

Así quedó claro después de la reforma de la Ley 38/2011 y así es seguido por la doctrina “tras la solicitud del concurso, los Expedientes de regulación de empleo (EREs) que pudieren estar tramitándose con anterioridad frente a la Autoridad Laboral pasan a ser competencia del Juez de lo Mercantil.”

Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de los establecido en el art. 47 o 51 del Estatuto de los Trabajadores o para autorizar medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada ya hubiera recaído resolución administrativa, corresponderá a la administración concursal la ejecución de esas medidas. En definitiva, de la regulación legal se desprende que las acciones de impugnación de las extinciones colectivas ejercitadas con anterioridad al concurso son competencia de la jurisdicción social, y que la competencia del juez mercantil exige que la demanda se haya presentado con posterioridad al concurso. Por tanto, si la demanda se presenta con posterioridad a la declaración del concurso la competencia es exclusiva del juez mercantil, mientras que las demandas anteriores son conocidas por el Juez de la Sala Social.

⁶⁹³ *Vid.* CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, “Nueva reforma de la Ley Concursal...”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 83.

⁶⁹⁵ MONTOYA MELGAR, A., “Contrato de Trabajo”, *op. cit.*, p. 685.

ejecución de resoluciones procedentes de los jueces de lo social, y prima sobre aquella regla contenida en el art. 237.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre⁶⁹⁶, reguladora de la jurisdicción social⁶⁹⁷ así como el 237.5 de la misma norma⁶⁹⁸, precisamente señalan, que esta norma puso fin a la “ejecución separada” en materia laboral encomendada con anterioridad a la LCon a los jueces de materia social⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Expone el precepto 237.2 de la Ley 36/2011: “La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia, incluido el supuesto de resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, acuerdos de mediación y acuerdos logrados en el proceso. Cuando en la constitución del título no hubiere mediado intervención judicial, será competente el juzgado en cuya circunscripción se hubiere constituido”.

⁶⁹⁷ BOE nº. 245 de 11 de octubre de 2011.

⁶⁹⁸ El art. 237.5 de la Ley 36/2011 cita: “En caso de concurso, se estará a lo establecido en la Ley Concursal”.

⁶⁹⁹ En este sentido, *vid.* TSJ Cataluña (Sala Social, Sección 1ª) de 16 de mayo de 2016 señala: “La cuestión objeto del recurso radica en determinar si el Juzgado de lo Social tiene o no competencia para el embargo de bienes sustentados en la ejecución de una deuda salarial que deriva de un proceso de despido, con readmisión del demandante, cuya sentencia fue dictada en un momento en el que la empresa condenada se encontraba en situación de concurso; no obstante es muy relevante señalar que cuando se dicta Auto estableciendo de forma líquida la cantidad adeudada por los salarios de tramitación dejados de percibir, ya existe sentencia del Juzgado de lo Mercantil aprobando convenio del concurso de acreedores.

El Pleno de esta Sala ha dictado sentencia en el que se analiza la discusión de si una vez que se ha firmado el convenio, el Juzgado de lo Social vuelve a ser competente para iniciar o continuar con la ejecución de la sentencia, pues esperar a la finalización de la eficacia del convenio o a la liquidación de la empresa para poder continuar con la ejecución de su sentencia, podría vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva. ...Y suplica que se estime el recurso y se alce la suspensión de la ejecución acordada por el juzgado social nº 2 de Terrassa en su auto de fecha 3-01-2013 y se declare la competencia del Juzgado para continuar con la misma. Decimos en ella: “La cuestión ha sido sometida al Pleno jurisdiccional de la Sala Social, resolviéndose como criterio mayoritario mantener la competencia de la jurisdicción mercantil hasta la conclusión del concurso. En efecto, dispone el art. 8.3 LCon de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso respecto a toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, especificando el art. 55 de la LCon que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, acordándose en el apartado segundo las excepciones a esta regla general en cuanto a 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.

Consideramos por ello que no es hasta la fecha de conclusión del concurso cuando el juez laboral recupera la competencia para iniciar o continuar las ejecuciones laborales pendientes, pues esta interpretación deriva tanto del espíritu de la LCon como de la propia normativa de aplicación, sin que esta interpretación vulnere la tutela judicial efectiva, pues existen múltiples mecanismos que la ley pone a disposición de los acreedores para incorporarse en la lista de los acreedores a fin de ver satisfechos sus créditos, como así se desprende de los arts. 49, 85 y 197 bis de la LCon, constituyendo créditos contra la masa los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos

En cuanto a la redacción prevista en el art. 33.1. c) de la LCon, hasta antes de la reforma, se instaba únicamente a aquellos expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Esta apreciación fue corregida por el legislador modificando dicha expresión, como bien lo reconoce LÓPEZ⁷⁰⁰, reconociendo a esta como innecesaria al no tratarse de un expediente que requiera autorización administrativa, especialmente en materia de despido colectivo, antiguos “expedientes de regulación de empleo”. A partir de ese momento se logran incluir todos aquellos procesos colectivos susceptibles de aplicación en el ámbito concursal.

6.2 Modificación de las condiciones de trabajo y extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado

Del apartado anterior, recogemos la intención de que serán de atribución del juez de lo mercantil aquellas medidas colectivas en los supuestos de modificación, suspensión o extinción de las relaciones laborales⁷⁰¹. Precisamente estas modificaciones y acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas deberán ser aprobados por el Juez, salvo que

laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso, disponiendo el art. 84.4 de la LCon que las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos."

⁷⁰⁰ LOPEZ CUMBRE, L., “Nuevamente la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo como ejes de la reforma concursal” [en línea], , disponible en: www.gomezacebo.com/media/k2/attachments/nuevamente-la-continuidad-de-la-empresa-y-el-mantenimiento-del-empleo-como-ejes-de-la-reforma-concursal.pdf, (visto por última vez el 23 de junio de 2016).

⁷⁰¹ *Vid. AJM 1 Cádiz de 22 de julio de 2011 [AC 2011, 2108] en el que: “...La competencia del juez del concurso para acordar una medida de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se extiende cualquiera que sea el número de trabajadores afectados y el número de la plantilla de la empresa (art. 47 ET, tras la reforma efectuada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo). En otras palabras, en la competencia del juez del concurso para conocer de suspensiones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no debe distinguirse entre suspensiones individuales, plurales y colectivas, resultando competente el juez del concurso para todas las suspensiones. Aunque la reducción de jornada no está comprendida de forma expresa entre las competencias laborales del juez del concurso, puede entenderse comprendida bien en la suspensión, o bien dentro de la competencia del mismo para conocer las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, ya que afecta a la jornada de trabajo...”*

exista incongruencia o desacuerdo por parte del juez donde este, resolverá lo procedente conforme a la legislación laboral, debiendo remitirse al art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁷⁰².

Si hacemos una remisión del art. 64.9 LCon encontraremos ciertas diferencias en lo que respecta el propio artículo 41 de ET, ya que en el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación. Esta suspensión también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica⁷⁰³.

Ahora bien, si tuviéramos que delimitar las distintas acepciones establecidas en la función de la administración concursal en el ámbito laboral, comenzando por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo debemos entender que estas se identifican con el propio art. 41.2 del ET a partir de un criterio cualitativo⁷⁰⁴, es decir, que se le atribuye carácter colectivo en función del pacto u acuerdo colectivo que se suceda. Cuando se logra adoptar la decisión de modificación sustancial que afecte a la jornada laboral, horarios o régimen de trabajo a turnos, el trabajador tendrá derecho, si resulta perjudicado por la modificación sustancial, a rescindir su contrato⁷⁰⁵.

⁷⁰² El artículo 41 del ET describe de forma sucinta aquellas modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo sobre aquellas materias que inciden; el número de trabajadores a quienes afecte; las reglas de las que se trate la intervención del interlocutor entre la representación de trabajadores y la empresa.

⁷⁰³ MERENCIANO GIL, I., “Análisis de las consecuencias del concurso para los trabajadores. Novedades introducidas por la Ley Concursal” [en línea], disponible en: <http://www.estudio-broseta.com/biblioteca/documentos/laboral/ANALISIS/CONSECUENCIASDELCONCURSOPARALOSTRABAJADORES.pdf>, JUNIO 2015 (visto por última vez 23 de junio de 2016).

⁷⁰⁴ Vid. MERCADER, J., y ALAMEDA, T., “Contratos de trabajo”, *op. cit.*, p. 1196.

⁷⁰⁵ En relación a la suspensión colectiva de contratos de trabajo según dispone el art. 51 del ET entendemos el mismo como la extinción de contratos de trabajo fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días la extinción afecte al menos: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo

La remisión al ET en función de la extinción de contratos que logre afectar a más de un solo trabajador, tendrá precisamente el carácter de colectivo. Llegados a este punto la legislación laboral distingue dos aspectos concretos a la hora de la extinción de contratos, aquellas plurales y colectivas (*ex art. 51 ET*).

A continuación, y una vez visto el panorama general a través de una limitación conceptual y normativa en relación a la modificación y extinción sustancial de los contratos colectivos de trabajadores en concurso, debemos remitir nuestra atención hacia la legitimación para la solicitud, es así, que estas medidas no podrán ser aplicadas de oficio, sino que deberán ser personas legitimadas como lo describe el art. 64.2 de la LCon donde: *“La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado”*. En el caso de la administración concursal, se le atribuye aquella capacidad para poder solicitar ante el juez del concurso, las medidas colectivas necesarias de los contratos de trabajo y es entonces que volvemos a retomar aquella atribución que la ley otorga a la administración concursal en los supuestos de intervención o suspensión sea en concurso voluntario o necesario (art. 44.3 LCon), resulta entonces que bien sea el concurso necesario o voluntario, será la propia administración concursal quien solicite ante el juez la adopción de medidas colectivas, aunque en opinión de MERCADER⁷⁰⁶ lo normal sería que la intervención se produzca mediante un concurso necesario.

Otra atribución que se otorga a la administración concursal en el ámbito laboral es aquella que refiere al cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo, pudiendo el juez actuar a través de lo dispuesto en el art. 64 de la LCon.

caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

⁷⁰⁶ MERCADER, J., y ALAMEDA, T., “Contratos de trabajo”, *op. cit.*, p. 1205.

La solicitud ante el Juez del concurso se producirá una vez emitido el informe de la administración concursal acerca de las actividades económicas del deudor, de su situación patrimonial y de aquellas primeras actuaciones de la propia administración concursal, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso⁷⁰⁷ (*vid. ex art. 64 LCon*).

La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.

Una vez recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrá interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

⁷⁰⁷ En relación a este tema, *vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de julio de 2012 [AS 2012, 1784] “... para activar la competencia del juez del concurso en las extinciones colectivas de los contratos de trabajo es que la empresa haya sido declarada en concurso. Si a la fecha de la declaración del concurso estuviese en tramitación un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral lo remitirá al juez del concurso, ya que le corresponde la competencia exclusiva y excluyente para la autorización del expediente desde la declaración de concurso. Ahora bien, si el despido ya se había consumado antes de la declaración de concurso, su impugnación no corresponde al juez del concurso, cuyas competencias se limitan a autorizar o denegar los despidos colectivos que se produzcan después de la declaración de concurso (art. 51.1 LCon) sino a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8.1 LRJS)”.

En aquellos casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

6.3 Intervención en los procedimientos de modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo

Si bien la norma concursal atribuye a la administración concursal la capacidad de solicitar la adopción de medidas colectivas en materia laboral ante el juez del concurso, el art. 64.2 LCon atribuye también capacidad al empresario deudor para solicitar al juez mercantil la adopción de medidas colectivas, sin diferenciar en función del carácter necesario o voluntario del concurso. La limitación de las facultades, en todo caso, no resultará aplicable a la facultad del empresario deudor para poder solicitar al juez del concurso la adopción de medidas, pudiendo tomar la iniciativa, aun cuando sus facultades hayan sido suspendidas.

Yendo más allá, el propio art. 64 LCon, señala que también se reconoce la capacidad iniciativa a los representantes legales de los trabajadores⁷⁰⁸ establecidos a través de órganos de representación sea unitaria o sindical que representen a la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo.

En líneas generales, la aplicación del art. 64 de la LCon y que afecta a la administración concursal como intervinientes en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, requerirá de estos como bien lo expone

⁷⁰⁸ El art. 64.2 LCon, reconoce que: “los trabajadores, a través de sus representantes legales podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (...). La representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el art. 41.4 ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo (no superior a quince días) sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca”.

RODRIGUEZ⁷⁰⁹ celeridad en el trámite para evitar así un posible devengo de derechos a los trabajadores.

La administración concursal en todo caso, podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación. Una vez abierto el período de consultas (*ex* art. 64.5 LCon) se requerirá la negociación de buena fe para la consecución de un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, el acuerdo logrado, se ajustará a lo señalado en la legislación laboral⁷¹⁰. Una vez recogido el acuerdo, este señalará los nombres e identidad de los trabajadores afectados y se fijaran las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la norma laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.

El juez, en el plazo de cinco días, mediante auto, resolverá acerca de las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral. El auto que el juez pronuncie, respecto a la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá los efectos desde la fecha en que se dicte,

⁷⁰⁹ RODRIGUEZ CONDE, C., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, *op. cit.*, p. 332.

⁷¹⁰ *Vid.* AJM Bilbao de 20 de marzo de 2009 [JUR 2009/234429] que apunta: “*La representación de los trabajadores no se reserva sólo a la representación unitaria, comité de empresa o delegados de personal, sino también a los delegados sindicales, los cuales pueden y deben intervenir en los expedientes que se produzcan durante el procedimiento concursal. La firma de la totalidad de los trabajadores hace innecesaria la elección ad hoc de un representante, cuando no hay representación. Conforme a la Ley Concursal habría de citarse como parte al FOGASA, cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad por el abono de los salarios e indemnizaciones (art. 184.1 LCon), el cual podrá presentar alegaciones al acuerdo planteado. No es preceptiva su participación en la negociación reservada a la administración concursal y los representantes de los trabajadores, si bien no se aprecia impedimento legal para que pudiera participar en el proceso, su presencia incluso puede resultar conveniente*”. También STS de 11 de marzo de 2011 [JUR 2011/168398], SJM Bilbao de 25 de septiembre de 2009 [AC 2009/2045]; SAP Asturias de 8 de julio de 2009 [JUR 2009/329104].

produciendo las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 o 51 del ET⁷¹¹.

6.4 Extinción y suspensión de contratos del concursado con el personal de alta dirección

El Estatuto de los Trabajadores ha considerado, como relación laboral de carácter especial, aquellas establecidas con la del personal de alta dirección⁷¹² y que no se encuentren incluido en el art. 1.3 c), - relativo a la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo⁷¹³ -. Sobre este asunto, se presenta una añadida dificultad acerca de la distinción entre la relación de secretaría propia de consejeros o administradores en las empresas con forma de sociedad y la relación laboral especial de alta dirección como bien lo expone MERCADER⁷¹⁴ a través

⁷¹¹ Vid. STS de 11 de febrero de 2011 [AS 2011/142] que subraya: “*Cuando hay constancia de que la empresa se considera inviable y carente de futuro procede acordar la extinción colectiva de los contratos de trabajo antes de la emisión del informe de la administración concursal, con el fin de evitar una situación mucho más gravosa y perjudicial para la masa de acreedores*”.

⁷¹² El art. 2 del ET incluye precisamente entre las relaciones laborales de carácter especial la del personal de alta dirección, norma que se ha visto desarrollada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto. Vid. MERCADER UGUINA, J., “Contrato de alta dirección” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Thomson-Reuters, Navarra, 2012, pp. 671 y ss.

⁷¹³ Se deberá entender por personal de alta dirección, según expone el art. 65 de la LCon al sentido restrictivo del personal, es decir, exclusivamente inmerso en la relación laboral especial que se menciona en el art. 2.1 a) ET desarrollada en el RD 1382/1985. Las razones de esta apreciación se basan en: La literalidad, en la que el legislador se cuida de utilizar términos que inequívocamente se refieran al personal de alta dirección y por otro lado tenemos la Sistemática, en la que no puede perderse de vista que el legislador, aunque con algunas deficiencias técnicas, recoge al personal de alta dirección dentro de lo que podríamos denominar como bloque concursal sobre las cuestiones relativas a los contratos de trabajo. Como característica del personal de alta dirección debemos situarnos en el art. 1.2 en el RD 1382/1985 donde se extrae: que estos ejercen funciones inherentes a la titularidad de la empresa, se considera alto directivo por encontrarse sometido exclusivamente al empresario, sin que exista ningún responsable o cargo entre ambos, ya que de ser así se trataría de un mando intermedio, sujeto al derecho laboral común. Así también el alcance de sus funciones abarca la generalidad de las facultades que corresponden al empresario, y sin que tenga que limitar por el espacio donde las ejerce, además de ser estas funciones dotadas de plena autonomía y responsabilidad, sin perjuicio de atender a criterios generales que pueda marcarle el titular de la empresa. Vid. COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección” [en línea], disponible en: <http://helvia.uco.es/xmlui/bistream/handle/10396/2120>. (visto por última vez el 25 de junio de 2016).

⁷¹⁴ MERCADER UGUINA, J., “Contrato de alta dirección” *op. cit.* p. 673.

de la exposición que realiza el Tribunal Supremo⁷¹⁵ donde se clarifica la distinción de ambas figuras y donde no sólo esta consistirá con el mero criterio de la actividad o de las funciones, debido a que los órganos de administración ejercen al igual que los altos cargos, funciones de gestión, de dirección y representación de las entidades. Por ello, entiende el autor, la distinción entre ambas figuras deberá realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad.

La figura del alto directivo representa un *alter ego* del empresario, lo que a la par logra justificar un régimen de protección distinto al correspondiente al resto de trabajadores por cuenta ajena que podría situarse incluso como un régimen menor⁷¹⁶, es lo que el Proyecto de Ley Concursal de 2002 entendió al postergar sus créditos de forma absoluta, este panorama tenía su lógica debido a que parece existir una especie de presunción de responsabilidad de alto directivo respecto a la situación de la empresa, como para evitar que esa protección que se le dispensa a ese tipo de personal haga perder el sentido de su propia razón de ser⁷¹⁷.

Al establecer las líneas por las cuales los contratos de alta dirección pueden extinguirse además de suspender en su actividad, se deberán relacionar, además de las causas de aquellos efectos en los trabajos comunes, también por la mera voluntad, bien sea a través del desistimiento o dimisión con aquellas causas que enumera el art. 10.3 del RD 1382/1985 entre las que caben reconocer: la modificación en las condiciones de trabajo; falta de pago o retraso continuado en este; sucesión de la empresa o cambio importante en la titularidad de la misma que tenga por efecto la renovación de sus órganos rectores⁷¹⁸.

⁷¹⁵ *Vid.* STS de 21 de enero de 1991 [RJ 1991/65].

⁷¹⁶ *Vid.* en este sentido, SANGUINETI RAYMOND, W., “La extinción del contrato “común” del trabajador “promovido” a un cargo de alta dirección” en *Revista Relaciones Laborales*, La Ley, 1994-I, pp. 1523 y ss.

⁷¹⁷ LOUSADA AROCHENA, J. “La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa” en *Revista de Actualidad Laboral*, La Ley, 1996-III, pp. 957 y 958.

⁷¹⁸ *Vid.* SJM de Madrid de 3 de mayo de 2016 [JUR 2016/109284], también: SJM de Madrid de 26 de julio de 2010 [JUR 2010/301783].

Llegados a este punto, la pregunta acerca de la continuación y representación al frente de la empresa de los altos cargos en situación de crisis se torna latente por ello, el legislador concursal ofrece posibilidades como: la suspensión del contrato; la extinción o la resolución indemnizable del contrato de trabajo⁷¹⁹; la moderación de la indemnización que por la extinción correspondería al alto directivo; y el aplazamiento temporal en el pago de dicha indemnización⁷²⁰.

Como órgano encargado de suspender o extinguir el contrato de alta dirección en el concurso tenemos a la administración concursal⁷²¹ (*Vid. ex art. 65.1 de la LCon*) donde “*durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, tendrá la legitimación para decidir acerca de la suspensión o extinción de la relación laboral con el alto cargo. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral, siendo la sentencia que recaiga recurrible en suplicación*”⁷²². La fuerza ejecutiva con que la administración concursal actúa, faculta a esta en el marco de la suspensión de contratos de alta dirección sea cual fuere la situación jurídica del empresario deudor, hecho distinto de lo que expresa el art. 64 LCon donde se precisa la intervención

⁷¹⁹ *Vid.* STSJ País Vasco de 7 de julio de 2009 [JUR 2009, 499661] que señala: “*En relación al cómputo de la antigüedad de cara al cálculo de la indemnización. La fecha de inicio debe ser la del comienzo de la última relación laboral que unía al alto directivo con la sociedad, sin que quepa incluir en el cómputo la duración de anteriores relaciones laborales sucesivas ya extinguidas*”.

⁷²⁰ Interesante aportación de COSTA REYES, A., “El tratamiento concursal del personal de alta dirección” en *Revista de Temas Laborales*, n.º. 80/2005, pp. 121 a 153.

⁷²¹ En ese sentido, *cfr.* GARCÍA-PERROTE, E., (Coord.) “Los contratos del personal de alta dirección” en *La reforma concursal. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 247, quien entiende que la decisión que adopta la administración concursal, lo hace con efectos ejecutivos. Existe así una significativa diferencia entre los artículos 64 y 65 de la LCon, toda vez que el primero es el Juez Mercantil el que acuerda la suspensión o extinción colectiva de los contratos (ordinarios) de trabajo, lo que hará ciertamente porque así se lo solicita la administración concursal (o el deudor o los representantes legales de los trabajadores), mientras que en el art. 65 de la LCon la administración concursal es la que puede decidir directamente la suspensión o extinción de los contratos (especiales) de trabajo del personal de alta dirección, sin que tenga que solicitarlo ante el juez de lo mercantil.

⁷²² El art. 65 de la LCon redactado por el número cuarenta y nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*.

del juez del concurso para que tales medidas puedan hacerse efectivas⁷²³. Resultará entonces que la administración concursal sea quien decida al respecto pudiendo adoptar la decisión suspensiva o extintiva –actuando por propia iniciativa o a instancia del deudor- .

Por su lado, el alto cargo podrá reclamar la decisión incoada por la administración concursal a través de la vía del incidente concursal en materia laboral (art. 65.1 LCon) y donde la competencia para conocer del incidente será del juez del concurso que se procederá tanto en fase declarativa como en fase ejecutiva (art. 8.3 LCon).

6.5 Aplazamiento del pago de indemnizaciones de los contratos de alta dirección

Siguiendo la línea de lo que establece el art. 65 de la LCon pero esta vez en el numeral tercero, haremos hincapié acerca de la indemnización para los contratos de alta dirección ya que: *“En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiere pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo”*.

Bien sea a través de la extinción, o por la voluntad de la administración concursal o incluso del propio alto cargo de la empresa en concurso, este tendrá el derecho a percibir una indemnización. Es justamente ahí donde podría presentarse una dificultad para el concurso, debido al coste elevado que supondría para el concurso la indemnización del alto cargo. Ante ello, el juez mercantil de manera racional, tratará de aminorar dicho pago a través de dejar sin efecto la pactada en contrato, amparándose en el límite de la establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

Será el propio juez del concurso quien limite o corrija las indemnizaciones pactadas, aun cuando la administración concursal fuere quien habría acordado la extinción o suspensión del contrato⁷²⁴.

⁷²³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, en AA.VV., GARCÍA –PERROTE. (Coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, 2004, p. 247.

⁷²⁴ Cfr. MERCADER UGUINA, J., “Contrato de alta dirección” *op. cit.*, p. 678. viene a mantener la postura de que “(...) la indemnización actúa como límite en la moderación del juez basado en la del despido colectivo

Acerca de la cuantía, se deberá hacer remisión a lo establecido en el art. 11.1 del RD 1382/1985 donde señala que deberá atenderse al supuesto en que la extinción del contrato sea por el desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el art. 10.1 de este mismo Real Decreto⁷²⁵. El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto, la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades⁷²⁶.

La atribución que se otorga a la administración concursal en el supuesto de indemnizaciones de alta dirección es la de solicitar, mediante el juez del concurso, que el pago del crédito indemnizatorio –crédito que resulta contra la masa (art. 84.2.5º)- sea aplazado hasta que sea firme la sentencia de calificación del concurso (arts. 166 y 172.2 LCon) es decir la posible declaración del mismo como fortuito o como culpable, señalando a las personas afectadas así como los cómplices, lo que implica la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o de la masa⁷²⁷.

y no la establecida en el RD 1382/1985. Es decir, se tiene en cuenta la indemnización que se aplica a los contratos de trabajo comunes en supuestos extintivos vinculados a situaciones de dificultad económica (art. 51.4 en relación con el 53.1 ET) y no la menor prevista en la norma especial para extinciones fundadas en desistimiento del empresario. Es lo que el Tribunal Supremo ha declarado que la indemnización pactada en los contratos de alta dirección es para supuestos de extinción por voluntad unilateral del empresario no para la debida a causas independientes que aquella voluntad (económicas, técnicas, organizativas y análogas). Podría afirmarse que en estos supuestos extintivos ligados a causas o dificultades económicas el régimen especial de alta dirección se debilita a favor del régimen común de los despidos económicos”.

⁷²⁵ Al tratarse de una cuestión que atiende al interés del concurso resultará necesaria la previa solicitud al juez.

⁷²⁶ Cfr. COSTA REYES, A., “El tratamiento concursal del personal de alta dirección” *op. cit.* p. 142. La regulación que se plantea ha dado lugar a aquellos contratos blindados, en los que la cuantía por extinción supone una importante cifra, al objeto de evitar decisiones precipitadas por parte del empresario y, junto a ello, compensar al directivo por los perjuicios que ello le hubiera implicado. Pero el legislador es consciente del importante quebranto patrimonial que ese tipo de blindaje puede suponer para el patrimonio empresarial, sobre todo teniendo en cuenta el cambio en el tratamiento de tales créditos, que han pasado de ser considerados como créditos concursales, a calificarse como deudas de la masa (art. 84.5 LCon) con las consecuencias a efectos de posibilidades de satisfacción que ello implica, y del perjuicio que provocará en otros acreedores. Para remediar esta situación, se otorga al juez del concurso la facultad de poder modificar, si así lo decide, la cuantía indemnizada pactada.

⁷²⁷ *Vid.* COSTA REYES, A., “El tratamiento...”, *op. cit.*, p. 147.

Esta finalidad propuesta por el legislador, daría a entender, que la posible responsabilidad concursal que asume el alto directivo – en función de su relación con las partes y el empresario- daría pie a evitar que esa posible responsabilidad quede sin efecto práctico debido al pago del vencimiento de las deudas de la masa como señala el art. 154 LCon cuando se refiere al pago de los créditos concursales deduciendo de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Se deduce entonces que sea la administración concursal, quien solicite al juez, el aplazamiento de este pago hasta que previamente se resuelva la calificación del concurso.⁷²⁸

7. FUNCIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

Mediante la declaración del concurso se produce la integración y formación de la que se denomina masa de acreedores o también masa pasiva⁷²⁹. Esta masa, aparecerá como una entidad distinta al de los acreedores aislados o individuales de derecho, debido a que la propia Ley Concursal le otorga una representación propia establecida a través del art. 49 de la LCon en cuanto a la integración de los acreedores en la masa pasiva y el art. 84 de la misma norma acerca de la determinación y composición de la masa pasiva⁷³⁰.

⁷²⁸ El perjuicio causado al alto directivo resultaría inminente, debido a la necesidad de la espera en, precisamente constatar si existe o no convenio.

⁷²⁹ *Vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, p. 117. “Antes de la promulgación de la LCon en 2003 existía una cierta distinción entre acreedores concursales y acreedores concurrentes, de la cual surgieron los primeros elementos para su reconocimiento en la ley concursal. Exponía que los acreedores concursales tenían el derecho a participar del concurso, pero no intervienen en el convenio o liquidación por ejercitar su derecho de ejecución separada; por su parte, los acreedores concurrentes son los acreedores que acuden al concurso y verifican en él sus créditos para que sean reconocidos. Este principio, en la quiebra, la masa se integraba por todos los acreedores sin derecho de ejecución separada: acreedores pignoratícios; acreedores con hipoteca naval; acreedora con hipoteca ordinaria cuya ejecución se hubiere iniciado antes de la declaración; trabajadora; y acreedores de derecho público. En la doctrina, los acreedores hipotecarios y pignoratícios han de ser concurrentes para integrarse en la masa pasiva, en el Sistema del Código de Comercio vigente los acreedores que formaban la masa pasiva no lo decía la Ley, pero se consideraba a aquellos a quienes afecte el procedimiento y la solución de la quiebra. En este caso están los acreedores comunes, que cobrarán a prorrata y sin distinción de fechas. Es decir, los que no tenían un derecho de preferencia, un derecho a satisfacer su crédito con una cosa determinada del deudor o con el producto de una cosa determinada. Por lo que lógicamente estaban excluidos los acreedores pignoratícios, hipotecarios y con derecho de retención y facultad de satisfacción con el precio de la cosa que constituye la garantía o la cosa retenida”.

⁷³⁰ Acerca de este tema, *cf.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, p. 116 “quien reconoce a la masa pasiva como un ente o entidad jurídica transitoria, que desaparece cuando finaliza el

Sobre este asunto, ha resultado interesante la discusión acerca de la necesidad de una pluralidad de acreedores para instar el concurso, es así que RODRIGUEZ DE QUIÑONES⁷³¹ lanza una crítica sobre este tema con la entrada en vigor de la Ley Concursal, donde el problema resurge nuevamente. Señala, que: *el silencio del legislador respecto a este tema genera la polémica doctrinal estando a favor y en contra de dicha hipótesis; respuesta que tampoco podemos encontrar en legislación comparada, teniendo como remanente el tener que situar la opción de pluralidad de acreedores como una opción legislativa, ya que en ningún caso, puede tratarse como un presupuesto ontológico del concurso*”⁷³².

Introducidos ya en el proceso concursal y en aplicación de los derechos que confieren a los acreedores se procede, a través de la administración concursal⁷³³, a la elaboración de la lista

concurso. Da cuenta que en el Derecho anterior, este tema, fue objeto de una larga discusión sobre todo acerca de su naturaleza jurídica. Se habló por la doctrina italiana desde la figura jurídica de la comunidad, la persona jurídica, no existencia de la relación jurídica entre los acreedores, ya sea de sociedad o de consorcio, agrupamiento de sujetos, no negociar, sino por fuerza de la Ley. En el art. 1336 de la LECiv de 1881 reconocía como entidad distinta de los propios acreedores a la masa, que tiene como representantes legales a los síndicos; y esta masa de acreedores estaba dotada de cierta capacidad patrimonial, por lo que se trataba de un consorcio de interesados en el mismo procedimiento de ejecución. A esta comunidad de intereses, la Ley concedía algunos atributos de la personalidad jurídica, con carácter provisional y como medio para la mejor realización de su fin: el reparto equitativo del patrimonio del deudor entre sus acreedores. Era, en suma, la masa de acreedores un ente jurídico transitorio creado por consecuencia de la declaración de quiebra y dotado de capacidad para actuar en la esfera patrimonial por medio de sus representantes legales”.

⁷³¹ RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES A.; VIGUERA RUBIO, J.M., “Pluralidad de acreedores” en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 2279 y ss.

⁷³² Finalmente cabe entender que el argumento en que la doctrina se apoya para esgrimir a favor de la pluralidad de acreedores es que el acreedor único encuentra suficientemente protegido su crédito a través de las vías que ofrece el Derecho común, esto es a través de las ejecuciones singulares, del que resulta un procedimiento más sencillo, más rápido y menos costoso que el procedimiento concursal. *Ibidem*, p. 2288.

⁷³³ GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Lista de acreedores”, en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1986 y ss.

de acreedores⁷³⁴ en el que se refleja tanto la identidad de los acreedores como la propia estructura y composición de los créditos que ostentan⁷³⁵.

Es el legislador quien enumera una serie de créditos los cuales estarán incluidos: los mismos que consten reconocidos a través de certificados administrativos, los que consten en documentos de fuerza ejecutiva, por laudo o sentencia, los asegurados con garantía real inscrita en el registro público y los créditos de los trabajadores.

7.1 Modificación el orden de pago de los créditos contra la masa

Con el pago del crédito se logra realizar y satisfacer a los acreedores concursales. La administración será quien realice el pago correspondiente a través del orden establecido en la sección 4ª del capítulo II del título quinto dedicado a la regulación de la fase de liquidación en los artículos 154 al 162 de la LCon. En función a este articulado, se logra establecer un orden y distinción acerca de la distribución y pago entre los acreedores concursales del líquido obtenido de los bienes y derechos que integran el patrimonio del concursado⁷³⁶.

⁷³⁴ A través del informe de la administración concursal (*ex art. 75 LCon*) este órgano se pronunciará acerca de la memoria que haya presentado el deudor sobre su actividad económica en los últimos tres años, así como los documentos contables que debe acompañar (*art. 6.3 LCon*).

⁷³⁵ Los créditos contra la masa se encuentran regulados a partir del *art. 84 de la LCon* y que constituyen los créditos contra el deudor común que conforme a la Ley Concursal no tengan la consideración de créditos contra la masa, en este sentido se tiene en consideración aquellos créditos como: i) salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional; ii) costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración del concurso; iii) costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor; iv) Los alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos; v) los generados por el ejercicio de la actividad profesional; vi) de prestaciones a cargo del concursado en contratos de obligaciones recíprocas; vii) en los casos de pagos de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos; viii) los que, en casos de rescisión concursal de actos del deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas; ix) los que resulten de obligaciones contraídas durante el procedimiento por la administración concursal; x) los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual; xi) el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un convenio; xii) cualesquiera otros créditos a los que la ley atribuya.

⁷³⁶ Acerca de la satisfacción de créditos, *cf.* FUENTES DEVESA, R., “Algunas cuestiones sobre el llamado concurso express”, en MARTÍN MOLINA, P. y DEL CARRE, J., (Coords.) *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas*, Madrid, Dykinson, S.L., 2013, p. 412 quien apunta: *La insuficiencia de activo no está contemplada como causa de inadmisión del concurso*

Debemos tomar en consideración que precisamente el pago de los créditos atiende tanto al pago de los créditos contra la masa como a los créditos concursales –créditos que analizaremos más a detalle en el capítulo referido al informe de la administración concursal- como referencia, los créditos contra la masa serán aquellos que en primera instancia lleguen a satisfacerse, estos créditos surgen durante el procedimiento, a diferencia de los créditos concursales que son los créditos anteriores al concurso⁷³⁷. Para VEIGA⁷³⁸ el límite entre ambos créditos viene marcado porque los mismos se satisfarán con carga a aquellos bienes y derechos que integran la masa activa del deudor y que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial. Privilegios que recaen mayoritariamente en créditos provistos de garantías reales y asimiladas a las mismas (*ex art. 90 LCon*).

Con todo, se deberá dejar de manera clara que aquellos créditos de orden concursal, son aquellos créditos anteriores al concurso, con cuyo impago se genera el concurso y por ende los demás créditos. Concordamos con la opinión de VILATA⁷³⁹ al entender que estos créditos concursales podrán situarse o generarse en aquellos supuestos en que se acuerda la intervención y el deudor continúa con su actividad económica y, por lo tanto, en el ordinario régimen de aquella, se viene a contraer nuevas deudas y en consecuencia deberán tener un tratamiento distinto de aquellas que provocaron el concurso; esto es así porque de lo contrario nadie contrataría con el concursado y cobraría en la misma proporción que los anteriores acreedores que fueran de su mismo rango. Por ello, la distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa.

voluntario, si lo está como causa de conclusión “ad limine litis”, sin precisar para su determinación informe de la administración concursal. (...) La insuficiencia actual de bienes y derechos no puede interpretarse en sentido absoluto, sino finalista o funcional, bajo la óptica de la eficiencia, es decir, si el activo es insignificante o irrelevante es equiparable a insuficiencia”.

⁷³⁷ Vid. STS de 18 de marzo de 2016 [RJ 2016/863], también: STS de 10 de junio de 2015 [379/2014], STS de 11 de junio de 2015 [RJ 2015/2523], SAP Vizcaya de 24 de marzo de 2014 [AC 2014/1201], SAP Álava de 27 de marzo de 2013 [AC 2013/1210], SJM Bilbao de 14 de febrero de 2013 [AC 2013/1279].

⁷³⁸ VEIGA, A., “Pago de créditos” en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 2137 y ss.

⁷³⁹ VILATA MENADAS, S., “Los pagos derivados de la liquidación concursal” en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 614.

Centrándonos en el orden de pago de créditos contra la masa, nos encontramos frente a un articulado reformado por la ley 38/2011, en la que en el art. 84 se introducen tres apartados, de estos, el tercero resulta relevante por cuanto: *Los créditos del número 1º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagaran a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social”*

Lo que viene a expresar este artículo en relación al pago inmediato de los créditos contra la masa es que: la Administración Concursal, puede alterar la regla acerca del vencimiento que se previene de manera general. Esta potestad se ve reflejada en la necesidad del interés del concurso, debiendo preexistir el requisito de los recursos suficientes con los que se pueda atender la totalidad de los créditos contra la masa⁷⁴⁰.

⁷⁴⁰ En este sentido, *cfr.* SJM 9 Barcelona de 21 de septiembre de 2012 [AC 2012/1737] viene a señalar: *“Dicha reforma viene a recoger una práctica habitual de los jueces mercantiles de Barcelona favorables a interpretar esa regla del vencimiento del art. 154 LCon de manera flexible permitiendo su alteración en interés del concurso por razones de política empresarial. El art. 84.3 LCon parte del principio general de que los créditos contra la masa se deberán pagar a su vencimiento. Ahora bien, esa regla general admite dos excepciones:*

La primera, si existiesen bienes suficientes para pagar todos los créditos contra la masa, la administración concursal podrá alterar el orden de pago en interés del concurso salvo los créditos de los trabajadores, los alimenticios y los créditos tributarios y de la seguridad social.

La segunda, si no existen bienes suficientes para atender a todos los créditos contra la masa, la administración concursal deberá solicitar la conclusión del concurso y con ello, el orden de pago de los créditos contra la masa no sería del art. 154 LCon sino el art. 176 bis apartado segundo. (...) De la prueba practicada y valorada conforme a las reglas de la sana crítica se desprende el enorme esfuerzo que están realizando tanto la concursada como la administración concursal por mantener la actividad de la empresa y conservar el mayor número de puestos de trabajo. (...) Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.3 LCon, existen razones más que suficientes para que la administración concursal altere el orden de pago de los créditos contra la masa y satisfaga primero aquellos que son estrictamente necesarios e imprescindibles para garantizar la actividad y viabilidad futura de la empresa, al haber activo suficiente para pagar a todos ellos.

Cierto es que el art. 84.3 LCon establece un límite y es que no cabe postergar ciertos créditos contra la masa como los alimenticios (pues tratan de atender y cubrir los gastos y necesidades mínimas e indispensables de una persona), los créditos tributarios y de la seguridad social (por razones de interés general) y los créditos de los trabajadores, excepción que en este caso no es aplicable”. Vid. también AJM 1 Madrid de 24 de junio de 2005 [AC 2005, 1147] donde: “Desde la declaración de concurso, las deudas que conforme a la Ley sean

Para poder llevar a cabo, o en su defecto ejecutar el mandato legal con la alteración del orden de pago estaremos frente a lo establecido en el art. 154 de la LCon referido al pago de créditos contra la masa, con el límite previsto en el art. 176 *bis*. Así, para el pago de los créditos contra la masa, que es un paso previo antes del pago de créditos, se deberán apartar los bienes de la masa activa conducentes a la satisfacción de los créditos del art. 84.2 LCon, es decir, dinero líquido para el pago⁷⁴¹.

Podría darse el caso extremo en que la masa activa sea insuficiente, razón lógica por la cual nos encontramos frente al concurso y por ende no existe los medios necesarios para pagar a la masa pasiva así como todos los créditos. Será en ese momento, que la administración concursal, en conocimiento de causa deberá alterar el orden de pago dando comienzo en el pago de créditos laborales; salarios e indemnizaciones; pago de alimentos para proseguir con los créditos de gastos judiciales, costas y gastos judiciales.

7.2 Elaboración de la lista de acreedores

El reconocimiento de créditos corresponde a una de las funciones propias de la administración concursal⁷⁴², consistente en la inclusión o exclusión de la lista de acreedores⁷⁴³ de cada uno de los créditos comunicados expresamente⁷⁴⁴, tanto de los

a cargo de la masa, deberán satisfacerse a su vencimiento, sin posibilidad de discriminar sobre la base de la naturaleza de tales deudas. Se retorna así al principio recogido en el art. 63.1 del CCom, cuya eficacia había quedado enervada para las deudas anteriores a la declaración del concurso, como consecuencia de la declaración de éste”.

⁷⁴¹ Vid. RODRIGUEZ CONDE, C., “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos”, *op. cit.* p. 506.

⁷⁴² El reconocimiento de créditos por la administración concursal no significará que estos se incorporen automáticamente en la lista de acreedores, sino que corresponde a los administradores depurar la información en sus distintos aspectos referidos al importe, el desglose, clasificación y vencimiento.

⁷⁴³ La administración concursal decide acerca del reconocimiento de cada uno de los créditos a la vista de la documentación presentada por los acreedores en el trámite de comunicación, así como de la que ya constaba en el juzgado (art. 85 y 86.1 LCon).

⁷⁴⁴ Acerca de este estudio, *vid.* HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicación de créditos”, en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 513 y ss. donde para la elaboración de la lista de acreedores, la administración concursal precisa tener conocimiento de los créditos que han de incluirse en ella. El art. 49 LCon establece, que la declaración del concurso comporta que todos los acreedores del deudor quedan integrados en la masa pasiva; esta sujeción es un efecto consustancial a la naturaleza universal del concurso. La noticia de la existencia de algunos

créditos comunicados en tiempo y forma, como sobre aquellos que sin haber sido comunicados resultasen de los libros o documentos del deudor o que, en su caso, constaren en el concurso⁷⁴⁵, obligando de esta manera a que la Administración Concursal deba efectuar el examen que mencionamos anteriormente⁷⁴⁶, sobre aquellos créditos comunicados, o de aquellos que teniendo conocimiento no hubieran sido comunicados⁷⁴⁷.

créditos puede haber llegado a través de la propia solicitud de concurso, especialmente si de un concurso voluntario se tratara, ya que el art. 6.2.4º LCon requiere acompañar a la solicitud la relación de acreedores (a través de la identificación, señalando su domicilio y dirección electrónica y expresando la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos, pero sin necesidad de proponer clasificación alguna). En el concurso necesario, el acreedor solicitante ha de expresar el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual de los créditos de los que fuera titular. En el caso del deudor, este tiene la obligación de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso, de manera que si es requerido por la administración concursal a este fin, habrá de proporcionar noticia de todo aquello que se le pida. *Vid.* también YAÑEZ EVANGELISTA, J., “Comunicación y reconocimiento de créditos”, en *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*. DEL CARRE DÍAZ-GALVÉZ, J. M^a. (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013, pp. 265 y ss. La inclusión del crédito concursal en la lista de acreedores, requiere no sólo la postulación o comunicación por parte del acreedor o sujeto con interés legítimo, sino igualmente un posterior examen y pronunciamiento de la administración concursal, tendente a discernir los créditos concursales existentes y legítimos de los que no lo son y clasificarlos en grupo. Esta operación de valoración se llevará a efecto, tanto sobre los créditos comunicados en tiempo y forma, como sobre aquellos que sin haber sido comunicados resultasen de los libros o documentos del deudor o de otro modo constasen en el concurso, esta última precisión tiende a extender la obligación de la Administración concursal de efectuar el examen (Auto de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007, la obligación de la Administración concursal de pronunciarse sobre un determinado crédito no revela a su titular de la obligación de reconocerlo, ni le exime igualmente de la obligación de reaccionar ante la falta de su inclusión mediante la impugnación de la lista de acreedores prevenida por el art. 96 de la LCon).

⁷⁴⁵ *Vid.* STS nº 577/2015 de 5 de noviembre [RJ 2015/4789] en donde: “*Para que la asunción de deuda por un tercero tenga efectos novatorios y libere al deudor originario, es preciso que así lo consienta el acreedor, conforme prevé el art. 1205 del CCiv. La asunción de deuda por un sujeto ajeno a la relación obligatoria originaria, cuando no es consentida por el acreedor, constituye una asunción cumulativa de deuda, que no libera al deudor originario sino que supone la incorporación de un nuevo obligado que refuerza la garantía de pago, (...) No cabe confundir el conocimiento del acreedor con el consentimiento en la asunción de deuda por un tercero que tenga efectos liberatorios para el deudor originario. Incluso en el caso de que el acreedor, una vez conocida la celebración del negocio que genera la asunción de la deuda, actúe contra el deudor sustituto*”.

⁷⁴⁶ *Vid.* SAP de Alicante de 8 de octubre de 2014 [JUR 2015/54417].

⁷⁴⁷ *Vid.* SAP de Madrid nº 111/2008 de 8 de mayo [AC 2008/1450] “*Aún en aquellos casos en que se omita por la administración concursal, respecto de los acreedores cuya identidad y domicilio sí conste, la comunicación individualizada de la declaración del concurso y del deber de insinuar sus créditos, el plazo de comunicación de créditos para estos acreedores, como para todos los demás, se computa desde la última de las publicaciones obligatorias del auto de declaración de concurso, otra cosa es la obligación de la administración concursal de decidir sobre la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de todos los créditos comunicados y de aquellos que, aunque no hayan sido insinuados, resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso*”.

Si bien la comunicación resulta un ejercicio individual del derecho a la tutela, HERRERO⁷⁴⁸ considera que esta consiste en un instrumento procesal de determinación del objeto del concurso⁷⁴⁹ donde se sustenta objetivamente como un acto de obligatoriedad y que de su incumplimiento podría acarrear una sanción, debemos así recordar que el propio reconocimiento de créditos proporciona a los acreedores un título que le habilita para poder concurrir a los resultados del concurso y que queda reflejado en la lista de acreedores⁷⁵⁰.

La lista de acreedores cuya estructura y contenido se recoge en el art. 94 LCon –*identidad, causa, cuantía, intereses, fecha de origen y vencimiento de los créditos reconocidos*- se refleja a través del documento elaborado por la administración concursal que reconoce la composición de los créditos que ostenta cada acreedor, así como el reflejo que sirve base para el reconocimiento de los créditos concursales, por lo mismo, este sistema posee un efecto directo en que el acreedor podrá participar en el procedimiento, percibiendo, la cantidad que le corresponda conforme a la situación de la masa pasiva⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicación de créditos” *op. cit.*, p. 514.

⁷⁴⁹ La existencia del concurso se pondrá en conocimiento de los acreedores mediante un llamamiento general de todos ellos, a través de la publicidad de la declaración del concurso (arts. 21.1.5º y 23.1 LCon); por otro lado, la administración concursal ha de remitir a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos una comunicación individualizada y que la norma remite a medios telemáticos, informáticos o electrónicos a través de la cuales informa de la declaración del concurso y del deber de comunicar sus créditos en la forma establecida por la ley (art. 21.4 LCon). En el caso de acreedores extranjeros, se distinguirá entre: acreedores intracomunitarios (que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en los demás Estados miembros) donde el juez o el síndico enviarán una nota individualizada a cada acreedor conocido en la que se referirá qué plazos deberán ser respetados. Si se trata de acreedores extracomunitarios, el art. 214.1 de la LCon impone también la comunicación individualizada en la que ha de contener como información mínima, entre otras cosas, el plazo de comunicación de créditos. *Vid.* HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicaciones...”, *op. cit.*, p. 515.

⁷⁵⁰ BERMEJO, N., “Reconocimiento de créditos” en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Coords.) *Comentarios de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1544.

⁷⁵¹ En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en el art. 573, los acreedores, ponen a disposición de los síndicos, los bienes y los libros y papeles del concursado, junto con un testimonio literal del estado de las deudas presentado por el propio deudor. *Vid.* DÍAZ GONZÁLEZ, F., “El concurso de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855” en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 34, Thomson Reuters, p. 331, quien cita además a ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, t. XII, Madrid, 1870, p. 457, quien reconoce que: “(...) al testimonio literal del estado de las deudas del deudor exigido por la ley, a efectos prácticos y para evitar dudas, debe “unirseles los títulos de crédito que hayan presentado los acreedores, y escritos de presentación, a cuyo fin se habrán reservado en la escribanía, sin unirlos a la pieza

La administración concursal estará obligada a emitir el correspondiente informe al juez del concurso en un plazo de dos meses (*ex art. 74.1 LCon*) en base a la lista de acreedores con aquellas excepciones que pueden suscitar el retraso en la presentación según establece el propio numeral cuarto del art. 74 LCon.

Si bien la elaboración de la lista de acreedores no resulta una tarea fácil debido a que a pesar de su extensa regulación y los medios que emplea la administración concursal en recabar la información y contrastarla, la realidad es que este órgano encuentra grandes dificultades para determinar por sí sola, y de manera exacta, el estado patrimonial del deudor⁷⁵². Por esta razón, el legislador, introdujo un intenso régimen de publicidad y mecanismos de modificación del inventario y de la lista de acreedores para que todos los terceros interesados pudieran conocer estos documentos y participar en su determinación⁷⁵³.

El alcance de la responsabilidad del órgano concursal resulta crucial, así, la norma obliga a un análisis individualizado de cada crédito – distinción de crédito concursal o contra la masa- que tiene el fin único de establecer cuales créditos de aquellos comunicados integrarán la masa pasiva del concurso. La inclusión o en su caso exclusión de los créditos

1ª, en la que bastará poner nota en su presentación y admisión”. Prosigue en su análisis González quien señala que: “previamente a la celebración de la junta, los síndicos tienen la obligación de examinar títulos de crédito presentados para, según el artículo 574 LECiv de 1855 y confeccionar tres estados: el primero, que contenga todos los créditos, el segundo de los que deban ser reconocidos y el tercero de los que no deban serlo. (...) terminada la discusión sobre cada partida, se procederá a votar, teniendo excluido o reconocido el crédito que alcance, conforme lo establecido en el art. 576 LECiv 1855 - en relación a la votación de partidas- para que la junta de acreedores adopte un acuerdo, es decir, las dos terceras partes de los asistentes que formen las tres quintas partes del capital pasivo”.

⁷⁵² *Vid.* Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal que al respecto señala: “*Que el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor solo podía alcanzarse –si es que era posible- con la participación de los terceros interesados”.*

⁷⁵³ *Vid.* TAGLIAVINI, R.; AZAGRA, J., “La comunicación electrónica del proyecto de inventario y de la lista de acreedores”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 34, Thomson-Reuters, enero-abril 2015, pp. 250 y 251, así también *Vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D., “Artículo 95 de la Ley Concursal”, en SAGRERA, J., FERRER BARRIENDOS, A., SALA REIXACHS, A., (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, 2004, quien subraya que: “*(...) La publicidad de los concursos de acreedores es una consecuencia necesaria del carácter universal de los efectos del concurso de acreedores, que exige que el conocimiento de su declaración y de los pormenores de su tramitación llegue a todos los posibles interesados. Es por ello que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha prestado especial atención a la publicidad del concurso de acreedores, que ha de permitir a estos conocer no sólo la existencia de un concurso que les afecta, sino también todas las resoluciones que se aprueben a lo largo del proceso concursal y de las anotaciones que se han de practicar en los registros públicos jurídicos de personas y bienes”.*

deberán ser motivados y puestos de manifiesto al acreedor –el acreedor que crea vulnerado el derecho de su crédito o no tuviera conformidad del mismo podrá impugnar la lista, a través del incidente concursal (*ex art. 192 LCon*)- .

Si bien podría darse el caso en el que exista una lista donde los créditos no hubieran sido previamente comunicados pero resultase deducible su existencia de la documentación aportada en el concurso⁷⁵⁴, será entonces la administración concursal quien deberá, mediante una anotación, señalar la falta de certificación. Con ello se busca agilizar el trámite del concurso, preservar el derecho de los acreedores y una mejor aproximación a la cuantía de la masa pasiva⁷⁵⁵.

Con el artículo 86.1 de la LCon se recoge una regla general que parte en que todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal. De no producirse la impugnación de la lista de acreedores dentro del plazo previsto en el art. 96 de la LCon –diez días a contar desde la notificación del informe de la administración concursal- sólo quedaría la vía del art. 192 LCon cuya aplicación resultará subsidiaria y por ello supone una vía diferente a la regulada legalmente⁷⁵⁶.

7.3 Solicitud de apertura de la fase de liquidación en caso de cese de la actividad

Existe una realidad innegable y que se pone de manifiesto cuando decimos que la liquidación ha resultado ser la solución mayoritaria en concurso de acreedores, autores

⁷⁵⁴ En relación a los créditos que no hubieran sido comunicados, pero existiera constancia de su existencia en el expediente concursal, *Vid.* SAP Valencia 9ª de 25 de enero de 2011 señala: “*La Ley Concursal contempla la posibilidad de reconocimiento de créditos sin previa comunicación (art. 86.1 LCon). La comunicación de créditos constituye el ejercicio procesal de un derecho, su ausencia, no afecta a la existencia y eficacia del derecho*”.

⁷⁵⁵ *Vid.* SJM 1 Palma de Mallorca de 26 de enero de 2011 en relación al reconocimiento de créditos donde: “*La administración concursal puede ir más allá de las manifestaciones del deudor y de las comunicaciones del deudor y de las comunicaciones de créditos de los acreedores, y reconocer unilateralmente créditos que nadie haya reclamado (art. 86 LCon), siempre, que de alguna forma, adquiera constancia de la existencia de deudas no reflejadas en la documentación del resto de interesados en el concurso*”.

⁷⁵⁶ *Vid.* SJM 1 Málaga de 12 de noviembre de 2007, [AC 2008, 87].

como TAPIA⁷⁵⁷, vienen a reconocer que aquellas empresas que resultan viables, pero que se ven inmersas en una situación de crisis, no acuden al procedimiento concursal en un momento quizá adecuado, debido básicamente a una falta de *cultura concursal* en España; por lo que resulta de sobremanera un fracaso y más si tenemos en cuenta que aquellas medidas paraconcursoales y precursoales culminan en la dirección de la liquidación⁷⁵⁸.

Este preámbulo otorga a la liquidación su debida importancia, a partir de ahí consideramos a esta como aquella fase del procedimiento concursal establecido en los arts. 142 al 162 de la LCon, donde su desarrollo se concentra principalmente en la conversión en dinero de todos los elementos patrimoniales constitutivos de la masa activa, a través de una serie de actos procesales y negocios jurídicos que son dispuestos por la administración concursal⁷⁵⁹ a través del plan de liquidación (art. 148 LCon) debiendo realizar los bienes y derechos existentes, a fin de que en grado de prelación de pagos se distribuya el importe líquido entre los acreedores⁷⁶⁰ – créditos privilegiados; créditos contra la masa y aquellos créditos restantes concursales-

⁷⁵⁷ TAPIA LOPEZ, J., “Apertura de la fase de liquidación” en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 588.

⁷⁵⁸ Basándonos en los datos ofrecidos por el *ANUARIO DE ESTADÍSTICA CONCURSAL. EL CONCURSO DE ACREEDORES EN CIFRAS*, 2015, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, [En Línea], disponible en: <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles/estadistica-concursal/> (consultado por última vez en junio de 2016) donde: El porcentaje de fases de liquidación que provienen de una fase de convenio fracasada fue del 7,27%, una cifra superior a las correspondientes a 2013 (5,30%) y 2014 (6,79%), pero que resulta inferior al 17,2% registrado en 2012, descenso que por su persistencia tiene carácter estructural y que ha de atribuirse a la aplicación plena de la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio*, una norma que avanzó en la apertura de las fases de liquidación reduciendo, en consecuencia, la probabilidad de que se inicie una fase de convenio cuando no tenga posibilidades de prosperar.

Otro dato a considerar en este informe es que el 4,89% del total de causas concursales, corresponde a fases de liquidación iniciadas incluso tras la aprobación judicial de un convenio. Este porcentaje es superior al obtenido en los ejercicios 2011, 2012, 2013 y 2014 (2,8%, 2,8%, 3,38% y 4,16% respectivamente).

Los convenios fracasan bien por una interpretación errónea de la información disponible, o por la aparición de factores imprevistos ajenos a la gestión y a la voluntad del deudor, por lo que la interpretación de la evolución de esta variable deberá desarrollarse con cautela.

⁷⁵⁹ RODRIGUEZ MASEDA, J., “Apertura de la liquidación”, en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 278.

⁷⁶⁰ Acerca de la liquidación, *cfr.* BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores” en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dir.) *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2011, p.

La liquidación así vista, se considera como una solución al concurso –al margen del convenio que también resulta otra solución de la prevista en la LCon (arts. 98 a 141)- en cualquier caso, el convenio dejará de tener el sentido que la ley le otorga tras su incumplimiento, determinando a solicitud del acreedor, la administración concursal y el propio deudor la adopción para instar a una solución en vía de liquidación (art. 142 LCon).

Con la reforma del art. 142 de la LCon a través de la Ley 38/2011, se logra configurar la legitimación activa de la administración concursal para solicitar la apertura de la fase de liquidación en el que *en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por el plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes.*

Como imperativo de la ley, la legitimación otorgada a la administración concursal se encuentra limitada al cese de la actividad profesional o empresarial, aunque de alguna manera el art. 44.4 de la LCon presenta una cierta excepción cuando el propio órgano concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial de esta⁷⁶¹.

65, donde señala que: “La fase de liquidación aparece como una vía real y efectiva, para la continuidad de la actividad productiva”.

⁷⁶¹ Vid. en este sentido la SAP 1ª Pontevedra nº 86 de 12 de marzo de 2015 donde: “Desde la sentencia que apruebe el convenio (salvo que el Juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza –art. 133.1 LCon), cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio (art. 132.2 LCon), cuyo contenido vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso (art. 134.1 LCon), así como a los acreedores privilegiados en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 134 LCon (...), ahora bien, con carácter general, según dispone el art. 140.4 LCon la declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el art. 136...”.

En palabras de MASEDA⁷⁶² esta previsión que otorga la reforma del art. 142.2 de la LCon resulta de un calado loable, simplemente porque nos encontramos frente a deudores inmersos en situaciones concursales inviables del todo, lo que produce una desviación del fin que persigue la Ley Concursal. Por ello, la responsabilidad asumida por la administración concursal que abarca desde su estudio de los créditos hasta la elaboración del informe deberá ser siempre orientado a la existencia de medios y recursos necesarios para la continuación de la actividad; lo que se pretende es que el procedimiento resulte eficaz cuando se trate del cese de la actividad e inicio de la fase de liquidación⁷⁶³.

Si bien la anticipación de la liquidación resulta una novedad en relación a la apertura de la fase de liquidación del concurso (*ex art. 142 bis LCon*), habrá que tener en cuenta la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada debido a que esta última permite desarrollar y tramitar de manera mucho más rápida los concursos en los que el deudor solicite la liquidación, aunque no podemos negar la equiparación existente entre ellas, un ejemplo es la rigidez con la que la Ley Concursal de 2003 contemplaba la fase de liquidación y exigía la finalización de la fase común para la apertura de la fase de liquidación; con la reforma –Real Decreto-Ley 3/2009– el modelo de liquidación a través de la propuesta anticipada de liquidación recae en un abismo complejo de términos⁷⁶⁴ que

⁷⁶² RODRIGUEZ MASEDA, J., “Apertura de la liquidación” *op. cit.*, p. 286.

⁷⁶³ Acerca de este tema, *cf.* TAPIA LOPEZ, J., “Apertura de la fase de liquidación”, *op. cit.*, p. 589, quien señala: “Con la novedad de la legitimación que se confiere a la Administración Concursal para poder instar la apertura de la liquidación, en los supuestos de cese de la actividad profesional o empresarial, situación que viene a reflejar una petición largamente solicitada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En este supuesto, el Juez del Concurso no podrá dictar inmediatamente Auto decretando la apertura de la liquidación, sino que deberá dar traslado de esta petición al deudor, por un plazo de tres días ; una vez transcurrido este plazo, haya realizado o no alegaciones el deudor-concursado, el Juez deberá resolver sobre dicha solicitud”.

⁷⁶⁴ *Vid.* la redacción derogada del art. 142 de la LCon por el Decreto-Ley 3/2009 establecía la petición de la liquidación del deudor desde: “La presentación en el concurso voluntario o desde el auto de declaración y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite.

3. ° Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110.

viene precisamente a solucionar la Ley 38/2011 donde la apertura de liquidación podrá fraguarse en cualquier momento.

Recordemos que durante la nueva redacción del art. 142 de la LCon la legitimidad también se otorga al propio deudor quien podrá pedir la liquidación en cualquier etapa del proceso; en el supuesto caso que sea el deudor –también legitimado- deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

7.4 Comunicación de créditos con privilegio especial

La presencia del art. 56 de la LCon señala la limitación e imposibilidad de la ejecución de créditos privilegiados en supuestos especiales⁷⁶⁵, no olvidemos que la categoría de créditos especiales aparecen enumerados en el art. 90 de la LCon es decir, se establecen limitaciones a la capacidad de acción de los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial⁷⁶⁶, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de

4.º Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya.

2. Dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, si el deudor así lo hubiese pedido conforme al apartado anterior, el Juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de liquidación.

3. El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación.

4. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá el Juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación.

⁷⁶⁵ Respecto a la comunicación del crédito privilegiado, *cfr.* GARCÍA VICENTE, J., “privilegios especiales” *op. cit.* p. 2404, este exige su invocación así como la indicación de los bienes o derechos afectados y, en su caso registrales (art. 85.3 LCon); si el privilegio constara inscrito en algún registro público no es necesaria la aportación de documentos que lo justifiquen (art. 85.4 LCon).

⁷⁶⁶ Acerca del pago de los créditos con privilegio especial, *vid.* DIAZ SOTO, M., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Reus, Madrid, 2006; VEIGA COPO, A., *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2006; VILATA MENADAS, S., “Los pagos derivados de la liquidación concursal” en DELGADO NIETO, C. (Coord.) *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación; lo que conlleva a la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas⁷⁶⁷, es decir, no podrán iniciar ni continuar con la ejecución o realización forzosa de la garantía.

Por otro lado, el mismo articulado brinda una descripción suscita de la paralización de ejecuciones con garantías reales cuando se refieran a los bienes del concursado (afectos a su actividad empresarial), las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

En este contexto, la actuación de la administración concursal se circunscribe a entender que durante la paralización de acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, este órgano podrá ejercitar la opción prevista en el apartado dos del artículo 155 de la LCon, es decir, que podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos⁷⁶⁸. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la

⁷⁶⁷ Vid. sobre este asunto AJM 1 Palma de Mallorca de 28 de mayo de 2012 [AC 2012, 1047] “La nueva norma establece que los embargos administrativos no podrán levantarse y cancelarse (art. 55.3 LCon). A simple vista se impone de forma taxativa y directa la prohibición de levantar los embargos acordados por las Administraciones Públicas, con anterioridad a la declaración del concurso. Se impondría el mantenimiento de la traba, pero la realización de la ejecución quedaría paralizada por la concurrencia de la declaración de necesidad (...) La aplicación correcta de la nueva norma conduce a sostener que la sola declaración de un bien o derecho como necesario para la continuidad no permite por sí misma cancelar embargos (...) los argumentos sostienen que puesto que no se realiza ninguna distinción, todos los bienes o derechos pueden ser declarados como necesarios para la continuidad, incluso aquellos que deben ser objeto de disposición para que contribuyan a ello”.

⁷⁶⁸ “El artículo 90 de la LCon señala aquellas modalidades en que se procede a la satisfacción de los créditos con privilegio especial, los cuales hayan sido reconocidos por el art. 94 de la LCon (estructura y contenido de la lista de acreedores). Si bien la doctrina y la propia legislación prevé diferentes modalidades de satisfacción del crédito protegido por un privilegio especial, que no siempre constituyen modalidades de ejecución o de realización”. Así lo señala GARRIDO, J., “Pago de créditos con privilegio especial” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Madrid, Thomson Reuters, 2004, p. 2458.

masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el art. 94 LCon.

La aplicación del art. 155 de la LCon advierte que el pago de los créditos con privilegio especial podrá ser efectivo en cualquier fase del concurso, si plantease dificultad alguna, como pueden ser, que exista medios insuficientes para cumplir con los pagos, debido a un desfase temporal, como bien lo explica RODRIGUEZ⁷⁶⁹ en el que los ingresos percibidos por el concursado sean insuficientes para atender los pagos, la administración concursal deberá satisfacerlos mediante la liquidación de los activos de sustitución afectos a la emisión y, si esto aún resultare insuficiente, deberá este órgano, efectuar operaciones de financiación para cumplir el mandato de pago a los cedulistas o tenedores de bonos, subrogándose el financiador en la posición de éstos⁷⁷⁰.

Por otro lado el propio art. 155. 4 de la LCon establece el medio con el cual la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si esta realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor del mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

⁷⁶⁹ Vid. RODRIGUEZ CONDE, C., “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos”, *op. cit.* p. 666.

⁷⁷⁰ Vid. STS de 21 de mayo de 2015 [RJ 2015/2033].

7.5 Subsistencia del gravamen en caso de bienes afectos a privilegio especial

Con el aval del artículo 155.3 de la LCon cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial⁷⁷¹.

Si bien existe una razón fundamental para la autorización que a petición de la administración concursal, el juez otorgue la venta de bienes, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga⁷⁷² viene a decir: “(...) *que resulta de la falta de actividad de la concursada desde la declaración del concurso. La venta de los inmuebles en donde se realiza la actividad supone una merma importante a la continuidad de la empresa si la empresa estuviera en funcionamiento, en otro caso, la conciliación de los diferentes intereses concursales (del concursado, de los acreedores, de los trabajadores, del concurso y del proceso) conllevan que sea necesaria, en los términos planteados dicha venta*”.

En todo caso, el juez del concurso deberá oír al acreedor titular del privilegio especial, así como aquellos acreedores que tengan especial interés, y que en opinión de GARRIDO⁷⁷³

⁷⁷¹ Vid. AJM Madrid de 28 de Julio de 2008 [JUR 2009/147979] que señala: “A pesar de que en la Ley Concursal no se prevé un trámite de liquidación anticipada –que pudiera superponerse a la fase común del concurso-, es lo cierto que existen varios preceptos dispersos en la misma que contemplan la posibilidad de enajenación de bienes de la masa activa con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación –artículos 43.2 y 155.3 LCon- Habida cuenta de ello debemos concluir que la Ley prohíbe a la administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurran circunstancias que lo justifiquen –fundamentalmente el interés para el concurso-, pueda procederse a la enajenación de bienes y derechos del concurso, aunque en tal caso siempre con autorización judicial. A estos efectos el órgano judicial carece de discrecionalidad absoluta en orden a decidir la procedencia o improcedencia de la autorización y deberá tener en cuenta básicamente el interés del concurso”.

⁷⁷² Vid. AJM 1 de Málaga de 6 de febrero de 2008.

⁷⁷³ GARRIDO, J., “Pago de créditos con privilegio especial”, *op. cit.*, p. 2458.

“(…) como los acreedores ordinarios, y de terceros sujetos titulares de un interés, aunque no sean acreedores, como los trabajadores o los sujetos contratantes con el concursado; a fin de que puedan formular observaciones, los interesados a los que el juez de audiencia deberán tener acceso al contenido de la solicitud realizada por la administración concursal”.

Estando el trámite resuelto, y habiéndose celebrado la audiencia prevista por el juez con los “interesados”, este último, en relación a la competencia que la ley le otorga, procederá a autorizar o denegar la solicitud propuesta por la administración concursal mediante auto, donde no obstante cabrá el recurso de reposición⁷⁷⁴ que de una forma u otra quedará limitada debido a que una vez enajenados los bienes, no resultará posible recuperar de un tercero adquirente. Este tercero que adquiere el derecho del objeto del privilegio especial, se subroga en la posición del deudor concursado, es decir, que esta posición no es la de tercer poseedor del objeto del privilegio especial, sino la del deudor del crédito tutelado por el privilegio especial⁷⁷⁵.

En relación a la modalidad de enajenación que persigue el art. 155.3 de la LCon existen dos elementos que la componen y que se producen a partir de la subsistencia del gravamen y la subrogación del adquirente en la obligación del deudor, dos exigencias que presuponen que el bien del derecho objeto del privilegio especial sea superior al del crédito privilegiado, porque como bien cita GARRIDO⁷⁷⁶ sólo en tal caso un tercero aceptará pagar un precio por el bien y asumir la carga financiera que representa el crédito privilegiado teniendo así mismo en cuenta la falta de liquidez por parte de la administración concursal y la falta de necesidad del bien o derecho para la continuación de la actividad empresarial y las garantías que puedan prestar aquellos que quieran adquirir el bien subrogándose en las obligaciones precisamente del deudor concursado, debiendo entenderse que el acreedor con privilegio especial que soportará que el bien sea transmitido a un tercero y que,

⁷⁷⁴ El artículo 197.3 de la LCon expone: *“Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”.*

⁷⁷⁵ Vid. GARRIDO, J., “Pago de créditos con privilegio especial”, *op. cit.* p. 2459.

⁷⁷⁶ GARRIDO, J., *Ibidem*, p. 2457.

posteriormente se vea afectado por el concurso de un tercero, podrá ejecutar el bien objeto del privilegio para satisfacer su crédito, en atención a que este ya habría sufrido las consecuencias del concurso del deudor y la sustitución del mismo se habría producido al margen de su propia intención.

7.6 Solicitud de realización de pagos de créditos ordinarios

La satisfacción o pago de los créditos ordinarios se efectuará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, sea especial o general⁷⁷⁷ (*ex art. 157 LCon*). Este grado de satisfacción está condicionado a una serie de variables, que no sólo pertenece a la cuantía o preferencia de los créditos privilegiados, sino también a la apertura del concurso así como los derechos que integran la masa activa y los créditos subordinados⁷⁷⁸, es decir, se pagarán a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos, con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.

Si nos remitimos a un orden establecido en la Ley Concursal observamos una prelación en el pago de créditos y que conviene desarrollar al fin de establecer la posición de los créditos ordinarios⁷⁷⁹, los mismos que según la ley serán: primero, los créditos contra la masa, se

⁷⁷⁷ Vid. STS nº 393/2014 de 18 de julio [RJ 2014, 4101], “*La administración concursal, a quien corresponde atender la reclamación de pago del crédito contra la masa, y en su caso de controversia al juez del concurso, deben valorar la remuneración de los servicios jurídicos prestados que según el art. 84.2.2º LCon merecen ser abonados con cargo a la masa*”.

⁷⁷⁸ Antes de la promulgación de la Ley 22/2003, no existía una norma general acerca del pago de los acreedores ordinarios, como bien lo describe GARRIDO, J., “Pago de créditos ordinarios”, *op. cit.*, P. 2473, quien afirma que: “(...) *A pesar de la gran importancia que la doctrina y la jurisprudencia otorgaban al principio de tratamiento proporcional de los acreedores ordinarios (par conditio creditorum). Ese principio debía ser deducido a contrario, ya que, ante la inexistencia de causas de preferencia, los créditos habían de situarse en igual posición para ser satisfechos en la misma proporción. Las normas que regulaban el pago de los acreedores especificaban, no obstante, el mecanismo por el que había de procederse a la satisfacción de los acreedores. Así, se preveía que los síndicos eran los encargados de realizar materialmente los pagos*”.

⁷⁷⁹ Acerca de los efectos y calificación de los créditos, *cfr.* CANDELARIO MACÍAS. M^a. I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 125 viene a señalar que: “*Configurado un crédito concursal como privilegiado o subordinado, los efectos de clasificación se ordenan en razón de que el concurso derive en convenio o en liquidación. Por ello que no sólo sea importante, a priori, la calificación de un crédito de un modo u otro, sino que también incidirá en orden a su mayor intensidad o relevancia en dependencia que se adopte una solución u otra en el concurso. Si el concurso se dirige a la solución consensuada, convenio y*

pagará con anterioridad a los créditos concursales, siendo la administración concursal quien deduzca de la masa activa estos bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos. Estos serán pagados a su vencimiento, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (ex art. 154 LCon); segundo, aquellos créditos con privilegio especial, vistos anteriormente, que se pagarán con cargo a los bienes afectos, aunque también podrán abonarse con anterioridad a la fase de liquidación. Cuando la administración concursal lo estime conveniente, este órgano podrá satisfacerlos como créditos contra la masa⁷⁸⁰ (ex art. 155 LCon), tercero, los créditos con privilegio general, los cuales serán satisfechos con el activo que reste o que se deduzca después del pago de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial tal como señala el art. 91 de la LCon y, en su caso, a prorrata dentro de cada número⁷⁸¹ (ex art. 156 LCon) y cuarto, los créditos ordinarios, que se abonarán bajo el principio de igualdad de crédito, con el remanente de los pagos anteriores. Y en el supuesto de que no existieren recursos para la

respecto a la asistencia a Junta, el voto de un acreedor privilegiado a favor de una propuesta producirá, en el caso de que sea aceptado por la Junta y de que el Juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio (art. 123.2 LCon), pudiéndose vincular al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio”.

⁷⁸⁰ La Ley 38/2011 viene a modificar el apartado 4 del artículo 155 en su redacción estableciendo que: *La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar”.*

⁷⁸¹ La modificación de la Ley 38/2011 en el art. 156 señala que: *1º Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. 2º El juez podrá autorizar el pago de estos créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.*

satisfacción de los créditos, se abonarán a prorrata según su importe (*ex art. 157 LCon*). Por último, los créditos subordinados, que sólo se abonarán después de la satisfacción de los créditos ordinarios, lo que en la práctica resulta una probabilidad escasa de que sean satisfechos (*ex art. 158 LCon*).

Del análisis en general del artículo 157 de la LCon se deduce que mediante la *forma de liquidación*, los bienes y derechos suficientes para el pago con privilegio general deberán liquidarse para posteriormente proceder de la misma manera con el resto de bienes y derechos de la masa y donde cabrían los créditos ordinarios. La excepción a este supuesto radica en la posibilidad de que este último crédito –ordinario- reciba un pago adelantado justamente antes del crédito privilegiado⁷⁸², para que esto suceda, será requisito esencial de que el juez estime suficientemente cubiertos los créditos contra la masa y privilegiados, debiendo la administración concursal proporcionar a este los datos sobre la existencia en la masa de bienes y derechos suficientes para poder cubrir los créditos con privilegio general a través de un avalúo inscrito en el inventario aprobado por el juez.

En el caso en que se produzca un pago adelantado hacia los acreedores ordinarios, será la propia administración concursal quien solicite al juez, debiendo claro está, que los créditos contra la masa y privilegio general se encuentren íntegramente cubiertos. Esta solicitud podrá presentarse en cualquier momento, posterior a la fase de liquidación y con anterioridad al pago de los créditos contra la masa y de privilegio general.

8. FUNCIONES DE INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Las funciones previstas en la Ley Concursal para la administración concursal revisten una clara y esencial importancia a la hora de ser coadyuvantes en el proceso de supervisión y de gestión de la empresa concursada además de los actos, derechos y deberes del propio concursado. Esta tarea de auxilio hacia el concurso en estrecho trabajo con el juez de lo

⁷⁸² Cfr. GARRIDO J., “Pago de créditos ordinarios”, *op. cit.*, p. 2476, quien parte de la idea de que “no constituye una verdadera excepción que los créditos ordinarios reciban un pago antes de los créditos contra la masa, ya que éstos, en puridad, no se sitúan dentro de la graduación, sino que tienen sus propias reglas de ordenación del pago (art. 154 LCon) y, además puede surgir durante la fase de liquidación e incluso ser inherentes a la ejecución. Por ello, es habitual que las distintas categorías de acreedores concursales reciban pagos con independencia de los que hayan de recibir los titulares de créditos contra la masa”.

mercantil, señalan a este órgano como necesario por su connotación de mandato legal y que el juez no puede soslayar debido a una necesaria especialidad requerida⁷⁸³.

Si bien este carácter técnico y especializado hacen de sus funciones un elemento heterogéneo esencial para el tratamiento del concurso y que engloban actos de intervención y administración del deudor; actos de admisión o rechazo hacia las solicitudes de los acreedores hasta llegar a redactar el inventario de la masa activa del deudor –lista de acreedores valoración de unidades productivas-, participando también en la fase de convenio y liquidación; debiéndonos detener en una función esencial, cual sino la más importante de sus atribuciones que es el informe de la administración concursal, establecido en el Título IV, art. 74 al 84 de la LCon, acerca del informe y la determinación de las masas activa y pasiva del concurso y que derivará en la calificación y solución del concurso, como así lo establece el art. 169 de la LCon en cuanto al informe y el dictamen del Ministerio Fiscal.

El desarrollo del informe previsto en el art. 74 de la LCon caracterizado en la doctrina como “necesario”⁷⁸⁴ no resulta ser el único, aunque si el más importante⁷⁸⁵, debiendo la administración concursal desarrollar aquellos informes que pueda requerir el Juez del concurso como informes eventuales. Así, el legislador, en atención a una tradición del derecho concursal anterior –suspensión de pagos y quiebra- realza la importancia de los

⁷⁸³ Debemos recordar que desde el punto de vista jerárquico, su posición es inferior a la del Juez del concurso, quien preside, adopta las resoluciones más relevantes y ante quien se recurren las decisiones de los administradores. Cfr. ARROYO, I.; MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal. Examen de la ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015*, Madrid, Tecnos, 3 ed., 2016, p. 93, quienes sostienen que, “(...) el éxito o fracaso del sistema depende en gran medida de la disciplina de la administración concursal, concretamente en la regulación de cuestiones como su necesidad o conveniencia, el número y criterios de retribución”.

⁷⁸⁴ En ese sentido, vid. ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal, op. cit.*, p. 367; PORFIRIO CARPIO, J., *El acceso a la administración concursal. Examen del art. 27 de la Ley concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; TIRADO MARTÍ, I., “El sistema de elección de los administradores concursales”, *ADC*, nº 3, 2004, pp. 203 y ss.; *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 15 al 114.

⁷⁸⁵ Vid. GONZÁLES PASCUAL, J., “La información contable y los informes de la administración judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal”, *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, 3ª Época, nº. 20-2002, pp. 32 a 45.

distintos informes que coadyuvan en el interés del concurso⁷⁸⁶ obviamente trasponiendo a una realidad a partir de la promulgación de la Ley de 2003, hasta su reforma en 2014.

El estudio del informe “necesario” (*ex art. 74 LCon*) será tema de análisis en profundidad en el siguiente capítulo de nuestra investigación, en ella, remitiremos nuestra atención aquellos informes y evaluaciones previstos en el art. 33 de la LCon, modificado por la Ley 17/2014 de reestructuración financiera, así como la descripción y estudio pormenorizado de cada uno de los elementos que componen el informe.

9. FUNCIONES DE REALIZACIÓN DE VALOR Y LIQUIDACIÓN

Entendemos la fase de liquidación como aquella que viene a convertir en dinero todos aquellos bienes o elementos patrimoniales que constituyen la masa activa, respondiendo a través de actos y negocios jurídicos donde interviene la administración concursal, debiendo en consecuencia proceder a la distribución del resultante líquido entre los acreedores, según el orden de prelación establecido legalmente (*ex art. 142 a 162 LCon*).

Esta fase de liquidación tendrá lugar en un momento en el cual resulta difícil una posible solución o convenio, e incluso podría ir más allá, entendiendo esta fase como una posible sanción al concursado o por otra, la atención que perseguiría el interés del tráfico mercantil.

En el caso del deudor, que es la parte que interesa en este presupuesto acerca de la función de la administración concursal, en aplicación del art. 142 LCon, podrá solicitar la liquidación en cualquier momento, o cuando durante la vigencia del convenio, conozca la

⁷⁸⁶ Acerca de estos informes en el derecho concursal derogado, *cf.* GÓMEZ MARTÍN, F., *Administración Concursal, op. cit.*, pp. 311 y ss. se tiene que en la suspensión de pagos se debía redactar un dictamen acerca de tres extremos: 1º Exactitud del activo y pasivo del balance, con expresión de la naturaleza de los créditos incluidos en uno y otro (masa activa y pasiva); 2º Estado de la contabilidad del suspenso e informalidades que en ella se notaren, con arreglo a la Ley; y, 3º Certeza o inexactitud de las causas que, según la memoria presentada, hayan originado la suspensión. En relación a la Quiebra, resulta preceptivo el informe del comisario, con el que se inicia la tramitación de la pieza quinta, abierta con testimonio del auto de declaración de quiebra, según ordena el art. 1382 de la anterior LECiv. y que debían versar sobre asuntos como; 1º La conducta del quebrado en el cumplimiento de las obligaciones que se le impongan; 2º El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del quebrado; 3º El estado en que se encuentren los libros de su comercio; 4º La relación que está a cargo del quebrado presentar sobre las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen y por último 5º Aquellos méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes”.

imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos. En el supuesto de cese de la actividad empresarial, la administración concursal también podrá solicitar la liquidación como vía de solución del concurso⁷⁸⁷.

La opción que el legislador pone en manos del órgano concursal, deberá ser prácticamente refrendado en un corto espacio de tiempo, es decir, una vez elaborado el informe en los plazos que establece el art. 74 de LCon, el juez deberá tener el conocimiento suficiente, si es que fuera a solicitud de la propia administración concursal, para establecer la viabilidad real y efectiva del concurso y que logre garantizar su tramitación con la debida o no – dependiendo el carácter del concurso- de la capacidad del concursado.

9.1 Sustitución de administradores o liquidadores en la fase de liquidación

Con la apertura de la liquidación del concurso se pone en marcha una serie de efectos para el deudor, acreedores⁷⁸⁸, créditos⁷⁸⁹, contratos⁷⁹⁰ y hasta el propio concurso, sin olvidar que

⁷⁸⁷ A través de la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se configura dentro la fase de liquidación en el art. 142.3 LCon por vez primera y de forma expresa que sea la administración concursal quien solicite la liquidación ante el Juez del concurso, aunque claro está, debiendo sumirse a supuestos en que exista el cese de la actividad profesional o empresarial. Sobre este tema, *cf.* RODRÍGUEZ MASEDA, J., “Apertura de la liquidación” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.), T.I, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 286 y ss. “*El protagonismo de la administración concursal resulta máximo. Ante empresas en situación terminal, podrá y deberá acelerar el inicio de la fase de liquidación*”.

⁷⁸⁸ Durante la fase de liquidación, los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 LCon), es decir, que seguirán siendo aplicables las normas sobre las acciones declarativas iniciadas o que puedan iniciarse según el art. 50, 51.1, 54 LCon, relativas a la prohibición de iniciar y de continuar ejecuciones singulares y apremios (art. 55 LCon), *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Efectos de la apertura de la liquidación”, *op. cit.*, p. 1220.

⁷⁸⁹ El artículo 146 de la LCon en relación a los efectos sobre los créditos concursales en la liquidación sostiene: “*Además de los efectos establecidos en el capítulo II del título III de esta Ley, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones*”. En relación a esta regla de vencimiento anticipado podríamos entender que se trataría de proteger a los acreedores cuyos créditos aún no han vencido lo que permitiría autorizar al cobro junto con los demás acreedores sin tener que esperar el vencimiento pactado con el riesgo de que no quede masa activa para lograr satisfacer. Por otro lado, lo que se permitiría es que, a través de la administración concursal se logre el pago de los créditos aplazados, llevando al concurso a una conclusión anticipada.

⁷⁹⁰ Por aplicación del art. 147 de la LCon Tras la apertura de la liquidación, seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley es decir, que los contratos inmersos dentro la liquidación continuarán con los mismos efectos así como la misma eficacia que le resulta propia como así lo describe el art. 61.2 de la

la propia apertura de la liquidación supone una continuación del procedimiento concursal, con lo que se entiende que continúan los efectos propios de la declaración del concurso ya que durante la fase de declaración del concurso se seguirá aplicando aquellas normas contenidas en el Título III de la LCon -relativas a los efectos de la declaración de concurso- en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo (art. 147 LCon)⁷⁹¹.

En relación al deudor y los efectos específicos de la liquidación en el concursado persona jurídica⁷⁹² el art. 145.3 de la LCon reza: “*Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte*”. Lo que en realidad se busca o persigue a través de la fase de liquidación es la sustitución del órgano de administración y representación de la persona jurídica por la administración concursal, es lo que BELTRÁN⁷⁹³ viene a reconocer no como una simple sustitución en las facultades de la administración y disposición sobre los bienes de la masa activa, como la que tendría lugar, en su caso, por efecto de la apertura del concurso – voluntario o necesario- o como efecto de la apertura de la fase de liquidación del concurso.

LCon cuando: “*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa*”. Si bien, una vez abierta la liquidación podrá ejercitarse la resolución por incumplimiento del contrato; o en su caso, cuando la resolución se incline hacia el interés del concurso (art. 61.2) sólo podrán hacerse valer los contratos en los supuestos en los que la liquidación se inicie una vez iniciado la declaración del concurso o durante la fase común. *Vid.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Los efectos anudados a la apertura de la liquidación concursal”, en GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.) *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011, pp. 119 y ss.

⁷⁹¹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Efectos de la apertura de la liquidación”, *op. cit.*, p. 1203.

⁷⁹² Con la Ley 38/2011 se logra poner fin a los problemas acerca de la interpretación en el cese de los administradores y liquidadores produciéndose de esta manera y sin perjuicio, el que continúen aquellos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte. Constituyendo de ese modo la aplicación del art. 48.3 de la LCon. *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Efectos de la apertura de la liquidación”, *op. cit.*, p. 1211.

⁷⁹³ BELTRÁN, E., “De los efectos de la liquidación”, en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.II, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 2345.

Por su parte, MARTÍNEZ⁷⁹⁴ señala que: *“La disolución de la persona jurídica concursada que se encuentra en vida activa es un efecto automático de la resolución judicial que declara la apertura de la liquidación; se produce de pleno derecho; es un efecto legal que el juez del concurso se limita a declarar en la resolución judicial que abre la liquidación concursal y que se produciría igualmente aunque el juez, por error, omitiera la declaración de disolución.* Este efecto automático sería comprensible, si la sociedad que se encuentra en liquidación previsiblemente según el informe de la administración no sea viable, procediendo a su extinción, en ese caso la legislación no haría más que conformar esta actuación judicial.

Si nos detenemos frente al art. 48.1 de la LCon observamos que durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con ello, nos damos cuenta que la sociedad no cabe como indefensa ante la falta de representación, sino por el contrario, que continúa teniendo representantes⁷⁹⁵. Esto hace que estemos frente a una administración que mantendría unos efectos limitados y que no afectará a la representación y defensa del deudor en el proceso concursal como señala *ex art. 184.1 LCon*, cuando se trate de representación y defensa procesales, siendo reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales⁷⁹⁶; vamos observando

⁷⁹⁴ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Efectos de la apertura de liquidación”, *op. cit.*, p. 1209.

⁷⁹⁵ En esa línea el art. 372 de la LSC establece que: *“En caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal”.*

⁷⁹⁶ Vid. Sentencia AJM 4 de Madrid de 28 de septiembre de 2005 donde dispone: *“Aunque el precepto prevea, alcanzada esa fase, el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por el órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneración al artículo 24 de la Constitución Española”.*

que es la propia Ley quien aconseja el mantenimiento del órgano administrador de la sociedad⁷⁹⁷.

9.2 Plan de liquidación para la realización de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.

Con la modificación del artículo 148 de la LCon en sus apartados 1, 2 y 4 a través de la Ley 38/2011, se da inicio a la realización de operaciones de liquidación a través de un plan de liquidación⁷⁹⁸ presentado por la Administración Concursal⁷⁹⁹, bien sea junto al informe provisional que se regula en el artículo 75 de la LCon, o bien por medio de un escrito que se realizará dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación⁸⁰⁰. La Administración Concursal, deberá en todo caso

⁷⁹⁷ Sobre esta materia, *cf.* FERRÁNDIZ, P., “El órgano social de administración o liquidación tras la apertura de la fase de liquidación en el concurso de la persona jurídica”, *legaltoday*, 2016, [en línea], disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-organo-social-de-administracion-o-liquidacion-tras-la-apertura-de-la-fase-de-liquidacion-en-el-concurso-de-la-persona-juridica#>, (visto por última vez el 15 de mayo de 2016) “(...)que pese a la inscripción del cese en el registro público que corresponda, el órgano de administración o de liquidación del deudor persona jurídica se ha de mantener durante la tramitación del concurso y por tanto, hasta su conclusión, aunque sea con unas funciones totalmente residuales. Y se ha de mantener no sólo como legitimado procesalmente, sino que podría hacerlo incluso al frente de la empresa si así lo solicita el administrador concursal y acuerda el Juez del concurso. Convendría así que los administradores o liquidadores sociales mantuviesen cierto residuo de poder de representación en sintonía con el postulado conforme al cual la persona jurídica subsiste hasta que no se extingan todas sus relaciones jurídicas”.

⁷⁹⁸ El Plan de liquidación es el eje de la fase de liquidación y donde el plan aprobado judicialmente determina y condiciona toda la fase, así lo señala BALLESTEROS PALAZÓN, B., “El plan de liquidación. Contenidos y efectos”, en DÍAZ-GÁLVEZ, J., (Coord.), *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, pp. 459 y ss. “En la fase de liquidación, a diferencia de la fase de convenio, la protagonista es la administración concursal. La propuesta de convenio se redacta por el deudor –o determinado número de acreedores– y la administración concursal sólo hace una evaluación de la misma, controlando los requisitos legales y de viabilidad de la misma. Sin embargo, en la liquidación esa función es propia del órgano concursal quien redacta y lleva a cabo el plan de liquidación”.

⁷⁹⁹ Acerca de la planificación de la liquidación, *vid.* CASANELLAS, R., “Plan de Liquidación”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2012, p. 2228.

⁸⁰⁰ Una vez que el concurso se conduzca hasta llegar a la fase de liquidación, el objeto del procedimiento se convierte en la realización de los bienes y derechos del concursado (art. 145 LCon) para que resulte que con lo obtenido, se pueda satisfacer a los acreedores. Las decisiones estratégicas acerca de la enajenación de los bienes que conformen la masa activa y la venta del conjunto de empresa o de las unidades productivas serán fundamentales, permitiendo de esta manera, dotar a la Administración Concursal de la potestad normativa en la enajenación de los bienes.

ceñirse a lo dispuesto en cuanto a la forma, contenido (realización de bienes siempre que sea factible, debiendo contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos) y plazo del plan, bajo apercibimiento de aplicársele el art. 34.4 de la LCon, en cuanto a su retribución se refiere, debido a que: *“En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo”*. La administración concursal quien conoce el estado de la situación patrimonial y económica del concursado, deberá agotar todos los elementos del activo⁸⁰¹.

Resulta importante destacar que en la fase de liquidación del concurso la enajenación de unidades productivas puede incluirse en el plan que debe presentar la administración concursal al juez dentro de los quince días siguientes a la apertura de la fase de liquidación, pudiendo tener lugar también si se aplican a la misma las reglas supletorias del art. 149 de la LCon. Esta regla supletoria que se impone al juez es la enajenación como un todo del conjunto de explotación, salvo que, previo informe de la administración concursal, se estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización asilada de componentes. CORDÓN⁸⁰² en consonancia a las *conclusiones alcanzadas sobre operaciones de liquidación por los Jueces de lo Mercantil de Cataluña en el seminario celebrado el 23 de marzo de 2011* viene a señalar: *“Para justificar el criterio de venta de la unidad productiva sería conveniente que la administración concursal en su plan de liquidación pudiera indicar no sólo las expectativas de precio a obtener, sino también el impacto o incidencia que pudieran tener en el concurso las ofertas que permitieran una minoración de los créditos contra la masa; también deberá exponerse con claridad si la venta de la unidad productiva incide en el crédito con privilegio especial por subrogación*

⁸⁰¹ Vid. BALLESTEROS PALAZÓN, B., “El plan de liquidación. Contenido y efectos”, *op. cit.*, p. 460.

⁸⁰² CORDÓN MORENO, F., “La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial”, en *ADC*, n° 34, enero-abril, 2015, pp. 92 y 93.

*en los contratos pendientes o por los acuerdos particulares que el comprador pueda alcanzar con el acreedor con dicho privilegio*⁸⁰³”

La administración concursal gozará de libertad en cuanto a la realización de los bienes, para elegir las alternativas de liquidación que considere propias⁸⁰⁴ - sin conformarse en sólo proponer la venta directa de bienes, y subsidiariamente la subasta – es lo que la doctrina viene a considerar acerca de la ruptura del vínculo acerca de la preparación del plan de liquidación que haya presentado el deudor con la solicitud del concurso, en caso de que el deudor hubiere pedido la liquidación (art. 6.4 LCon)⁸⁰⁵. No obstante, no se deberá considerar que la administración concursal quede facultada para elegir a su albedrío la alternativa de la realización de los bienes, sino que deberá incluir en su plan un análisis, así como una evaluación de las estrategias y alternativas existentes⁸⁰⁶, debiendo justificar en todo momento responder ante la posible elección de una y otras⁸⁰⁷.

Será necesario entonces, para esta fase del concurso, contar con una cierta flexibilidad de los juzgados, como bien señala BELLESTEROS⁸⁰⁸, en cuanto a la tramitación de esta fase,

⁸⁰³ Siguiendo esta doctrina, *cfr.* CORDÓN MORENO, F., “La enajenación de unidad productiva...”, *op. cit.*, p. 93, reconoce que la doctrina civilista, “*critica la opción legislativa de reconocer preferencia a la venta unitaria, en especial de riesgos que entraña para la garantía real, ya que supone elevar al interés del concurso por encima del de los acreedores garantizados, en contra de lo dispuesto en la Ley Concursal que propugna la preferencia absoluta de los créditos especialmente privilegiados, y ha propuesto que las reglas liquidatoria sobre venta unitaria sean objeto de una interpretación reductora*”.

⁸⁰⁴ *Vid.* Sentencia AJM nº 1 de Cantabria de 10 de diciembre de 2007 [JUR 2008/38594].

⁸⁰⁵ En ese sentido *Vid.* ALONSO HERNÁNDEZ, A., “La realización de bienes y derechos en la liquidación concursal”, *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, [en línea], Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2106/doc>. (visto por última vez el 23 de junio de 2016).

⁸⁰⁶ *Vid.* Sentencia AJM nº 4 de Madrid de 12 de septiembre de 2005 [AC 2005/1739] donde en la práctica, la administración concursal incluirá en el plan de liquidación aquellas solicitudes hechas al juez para que este autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo de subasta con pago al contado, resolviendo el juez sobre la autorización de esta venta directa solicitada al tiempo que se aprueba el plan de liquidación.

⁸⁰⁷ *Cfr.* ALONSO HERNÁNDEZ, A., “La realización de bienes y de derechos...”, *op. cit.*, p. 43, señala que: “*La elección de la administración concursal representan juicios de oportunidad económica en atención a las características y circunstancias del negocio y de los activos de la concursada, teniendo en cuenta su viabilidad futura, el efecto laboral que puede tener, la situación del mercado en el que el concursado opera y la posición de sus competidores*”.

⁸⁰⁸ BALLESTEROS PALAZÓN, B., “El plan de liquidación. Contenido y efectos”, *op. cit.*, p. 460.

debido a que durante la sustanciación podrán surgir nuevas operaciones para la realización de los bienes que no estén previstas, pero que resulten beneficiosas para el concurso, podrá autorizarse mediante petición al Juez conforme al art. 188 LCon.

El juez del concurso, pondrá de manifiesto el plan en secretaría⁸⁰⁹, además de aquellos lugares que al efecto se considere oportuno, anunciándose públicamente en razón de lo previsto en el art. 148 LCon. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la secretaría el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificaciones. Una vez transcurrido el plazo, desde que se presentó el plan de liquidación en donde los acreedores y deudores, hayan o no presentado observaciones o propuestas de modificación, el Juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introduciendo en él, modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias que se contienen en el art. 149 de la LCon⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ El concepto, acerca del principio de conservación de la actividad económica que da cuenta CASANELLAS, R., “Plan de Liquidación”, *op. cit.*, p. 2229, parte de la premisa de recuperación del crédito establecido en los arts. 148 y 149.1.1º de la LCon, estableciendo preferencia para los ofertantes que garanticen dicho principio y el mantenimiento de los puestos de trabajo. *“Hecho que no tiene mucho sentido que este principio sólo se aplique sólo cuando no se apruebe el plan de liquidación o no lo contenga el aprobado. La LCon es consciente de la ineficacia que puede suponer la enajenación de bienes mediante subasta (arts. 643 a 675, 691 y 692 LECiv) y la contempla como un método supletorio”*. Habrá que ceñirnos, señala el autor, a que la regla 3º del inc. 1 del art. 149 de la LCon fija un procedimiento distinto a la LECiv y que incluye no sólo el procedimiento de subasta, sino también la venta por persona especializada, opción que podría ser conveniente contemplar en el plan de liquidación cuando la enajenación de los bienes resulte especial en la complejidad técnica. Por tanto, la venta directa será, sin duda, en muchos casos la que mejor sirva a los intereses del concurso, realizada con la debida transparencia, publicidad y criterios de eficacia.

⁸¹⁰ El artículo 149 de la LCon establece una serie de formas y reglas legales de liquidación y que son aplicables a la enajenación de unidades productivas así: La enajenación del conjunto o, en su caso, de la unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la enajenación directa a través de personas o entidad especializada, en cuyo caso se realizaría con cargo a las retribuciones de la administración concursal, que es una de las subastas previstas en la LECiv. En el caso de realización a través de persona o entidad especializada, la normativa concursal no establece ninguna referencia, salvo que la transmisión se llevara a cabo con cargo a las retribuciones de la administración concursal. Esta previsión de enajenación directa será posible e irá ligado a través de la oferta y la aceptación por medio de la decisión judicial.

El plan de liquidación, deberá contener aquellos derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos⁸¹¹, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado⁸¹² o de alguno de ellos (*ex art. 148 LCon*). En relación a las pautas en el orden en que se procederá la liquidación el art. 149 LCon da cuenta de que el conjunto de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor se enajenarán como un todo, con el fin de que éstos se infrutilicen o menoscaben lo menos posible⁸¹³, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos que la componen o sólo de alguno de ellos⁸¹⁴.

⁸¹¹ Si bien la exposición planteada en el art. 148 de la LCon señala que la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos u otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado, son entendidos como un “todo de la empresa”, debemos entender que nada impide que pueda producirse la enajenación dentro el plan de liquidación de tan sólo una parte de la misma, tomando como prioridad el tenor del artículo en la medida que el impacto en la actividad del concursado y los puestos de trabajo en la empresa sean menores; todo ello en circunstancias que determine los datos contables.

⁸¹² Con el art. 146 bis de la Ley 9/2015, de 25 de mayo de materias urgentes en materia concursal, en relación a las especialidades de la transmisión de unidades productivas donde: “*se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad del consentimiento de la otra parte. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones*”.

⁸¹³ Vid. CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 177. Vid. también BUTRÓN BALIÑA, P., “Fase de liquidación”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, J., (Dir.), *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo, 2005, p. 557; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a. “Notas sobre la liquidación anticipada”, *Anuario de Derecho Concursal*, n^o 20, 2010, pp. 235 a 276; LOPEZ HUALDE, I., “El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n^o 8, 2008, pp. 475 a 489.

⁸¹⁴ Sobre este tema, *cfr.* LOPEZ HUALDE, I., “El plan de liquidación...”, *op. cit.*, p. 475, califica que: “*En virtud del principio de universalidad del art. 76.1 LCon constituyen la masa activa del concurso, además de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso, los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. De esta manera, es posible que, desde la fecha de elaboración del inventario, algunas de las acciones emprendidas por la administración concursal con vistas a la reintegración patrimonial fructifiquen, lo que acarrearía la modificación al alza de la relación de bienes y derechos comprendida en aquel inventario; igual que la adquisición por parte del concursado de nuevos bienes o derechos a partir de la referida fecha y hasta la conclusión del procedimiento*”. Pero también puede tener lugar una transformación a la baja del citado inventario. Así

Debemos remarcar algo importante de cara a la modificación del art. 148.3 de la LCon donde el plan de liquidación se someterá al informe de los representantes de los trabajadores, esto ligado al Art. 149.2 LCon acerca de las reglas supletorias donde en caso de que las operaciones de liquidación, supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto por el art. 64 de la LCon en relación a los contratos de trabajo⁸¹⁵.

Con la nueva reforma de la Ley Concursal Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal⁸¹⁶ (procedente del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre) dentro las reglas señaladas en el art. 149 LCon se permitirá al juez del concurso, adjudicar los bienes a la oferta con precio inferior cuando este no difiera en más del quince por ciento –antes de la reforma era un diez por ciento- del resto y garantice en mayor medida la continuidad de la empresa, así como de los puestos de trabajo.

Por último, cada tres meses, a contar desde la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal deberá presentar un informe ante el juez del concurso sobre el estado de las operaciones, que detallará y cuantificará los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos, quedando este informe de manifiesto en la oficina judicial. Una vez concluida la liquidación de los bienes

ocurrirá si los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves separan estos bienes de la masa activa mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica o si los legítimos titulares de los bienes de propiedad ajena en poder del concursado, sobre los cuales éste no disfrute derecho de uso, garantía o retención, reclaman su restitución a la administración concursal con posterioridad a la terminación de la fase común del concurso, que constituye el periodo procesal indicado para la confección del inventario de bienes y derechos. Dicha fase concluye al transcurrir el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos”.

⁸¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Operaciones de liquidación” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 2115, quien apunta que la “La preferencia por este sistema puede llevar al juez que tramita el concurso a modificar la propuesta de plan de liquidación de la administración concursal que pretenda la enajenación por separado por unidades productivas como señala la AJM nº1 Bilbao de 30 de marzo de 2007 [AC 2007, 729], atendiendo no solo al criterio del mayor precio ofrecido, sino a las garantías sobre viabilidad, opinión de Comité de Empresa, deudora concursada o Fondo de Garantía Salarial”.

⁸¹⁶ BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015.

y derechos del concursado y la tramitación de la sección de calificación, la administración concursal presentará al juez un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente de que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado (*ex art. 152 LCon*).

9.3 Venta directa de bienes afectos a créditos con privilegio especial

Vamos siguiendo la línea acerca de la fase de liquidación y la realización de los bienes y nos encontramos frente a que esta procederá en cualquier estado del concurso sobre aquellos bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (*vid. supra*) se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda⁸¹⁷ (*ex art. 155.4 LCon* modificado por la ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal).

Como aspecto relevante, el artículo citado anteriormente, disciplina la realización del bien en cualquier estado del concurso, razón favorable, como bien afirma CANDELARIO⁸¹⁸ debido a que si el bien fuera vendido concretamente con otros, pone como ejemplo, cuando se enajena una unidad de negocio según el art. 149.1 LCon, no sería posible conocer el precio que debe imputarse a la realización del objeto de la garantía. Hemos señalado además que en el plan de liquidación, la realización de bienes se producirá tanto en sede de

⁸¹⁷ *Vid.* AJM nº 1 de Madrid de 13 de junio de 2005 [AC 2005, 1130] En el que el plan de liquidación puede prever la venta o transmisión de empresas, si ello no fuera así, el art. 149.1.1º obliga a acudir a subasta, permitiendo exclusivamente la venta directa si quedara desierta. Esta previsión deberá ser contenida en el mismo plan, debido a que con esto se logra facilitar la realización del activo. “*No será válida la conclusión de que la venta directa sólo cabe en el caso de bienes y derechos afectos a privilegio especial. Al contrario, a pesar de que la Ley no se muestra partidaria de que determinados activos se enajenen a través de otro medio diferente al de la subasta, se contempla la posibilidad de la venta directa de los mismos. (...) En fase de liquidación, no existe ninguna prohibición para que en el referido plan se contemple la posibilidad de venta directa de bienes y derechos, quedando siempre a salvo las reglas especiales del art. 155 de la LCon*”.

⁸¹⁸ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 179.

liquidación, como anterior a ella cuando sea necesario el poder vender el bien, en cuyo caso se necesitará la autorización judicial.

La venta directa de las unidades productivas, sus elementos o componentes se producen con la atribución a la administración concursal a tal fin, sea como fuere, si la venta se refiere a un bien dado en garantía, tan sólo podrá hacerse mediante autorización judicial⁸¹⁹. En este contexto también se aprecia lo establecido en el art. 155.3 LCon en la que se prevé que la venta pueda hacerse efectiva con o sin satisfacción del crédito afecto al privilegio especial. Con esta fórmula, lo que se obtiene, por un lado, es que el adquirente opte por precisamente adquirir el bien o derecho libre de cargas, en este caso, se destinará el precio a satisfacer al titular del privilegio especial y por otro lado, se tiene, la posibilidad de adquirir el bien o el derecho con subsistencia del gravamen, donde el titular de la garantía mantendrá la afección sobre el objeto en cuestión, con lo que la situación no cambiaría para con él.

La administración concursal, será, quien en nombre de la deudora concursada, enajenará el bien o derecho, sin que exista la necesidad de una nueva autorización judicial⁸²⁰, siempre y cuando la venta directa del bien se encuentre contemplado en el plan de liquidación⁸²¹. Esta intervención del órgano concursal, como se ha ido detallando durante esta fase, corresponde por estar suspendidas las facultades de disposición del concursado (*ex art. 145.3 LCon*). Respecto a la enajenación no será necesaria que sea la propia administración concursal

⁸¹⁹ Vid. AJM nº 2 Oviedo de 23 de diciembre de 2011 en la que: *“Se admite la posibilidad de alterar el plan de liquidación en cuanto al modo de venta del inmueble hipotecado de una forma distinta a la que en dicho plan se había establecido y definitivamente aprobado. Se acuerda la venta del inmueble conforme a los trámites del art. 155.4 LCon”*.

⁸²⁰ Vid. AJM nº 1 de Málaga de 1 de marzo de 2011 donde: *“No será necesaria autorización judicial para que la administración concursal proceda a la venta de bienes inmuebles afectos a créditos con privilegio especial cuando el objeto social de la concursada sea la compraventa de inmuebles y se mantenga la actividad empresarial. No se trata de un acto liquidatorio, sino de un acto de gestión y realización del objeto social de la concursada. Si no existe oferta previa de compra, la realización de los bienes ha de ser mediante subasta”*.

⁸²¹ Vid. SAP de Álava nº 1 de 16 de febrero de 2011 [JUR 2011, 295870] en el que: *“La venta directa (art. 155.4 LCon) es una opción que los administradores concursales pueden intentar como medio de realización de los bienes afectos a crédito con privilegio especial, pero no puede ser una alternativa u opción posterior a la subasta ya efectuada conforme al procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra el auto de aprobación del remate sólo cabe el recurso de reposición”*.

quien se encargue de un posible y eventual comprador, pudiendo publicitar la oferta a través de medios cualificados acerca del bien, e incluso buscar intermediarios del sector.

Cabe mencionar la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa, donde los propios administradores no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aún en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso, incurriendo en la inhabilitación para el ejercicio del cargo, reintegrando a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o el derecho que hubiera adquirido (*ex art. 151 LCon*). Por tanto, no existe limitación alguna salvo la excepción descrita⁸²².

El contrato de compraventa será por antonomasia en el que se proceda a la enajenación de los bienes en el ámbito de la libertad contractual establecida en el art. 1255 CC debiendo advertir que con la Reforma de la Ley 38/2011, como señala RODRÍGUEZ⁸²³, se modifica al sujeto pasivo en las operaciones del Impuesto de Valor Añadido, en el que deja de ser el concursado para ser el adquirente.

10. FUNCIONES DE SECRETARÍA

10.1 Comunicación electrónica de la declaración de concurso a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social

Resulta laudable la introducción en sede concursal de los medios telemáticos y electrónicos a efectos de comunicación y publicidad de los trámites en el procedimiento concursal con el fin de impulsar la flexibilidad y la celeridad del mismo.

A través de estos medios previstos, se derivan dos aspectos importantes del conocimiento del concurso: la publicidad por un lado y por otro, la situación actual del deudor

⁸²² Para RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Operaciones de liquidación”, *op. cit.*, p. 2120, existirá dificultad en cuanto a los acreedores y la eventual dación en pago, figura prohibida en fase de convenio (art. 100.3 LCon). “*No existe prohibición en la fase de liquidación, pero se debe reconocer que la objeción habitual, la desigualdad de trato a los acreedores, tiene fundamento. La falta de objeción legal expresa, que el legislador se ocupó de expresar en caso de convenio, no aparece en fase de liquidación. Si no existen otras ofertas que mejoren la del acreedor interesado, la falta de perspectiva viable para la realización puede convertir en ventajosa la oferta de adquisición a cambio de la renuncia del propio crédito concursal, (...) evitando la disminución de la masa activa con el consiguiente perjuicio de los créditos concursales*”.

⁸²³ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *Ibidem*, p. 2121.

concurado. Este medio que en particular deberá atribuirse a la administración concursal en el régimen de sus funciones con los acreedores y el deudor, en un marco de actuación sujeto a la publicidad lo encontramos en el Real Decreto 685/2005, *sobre publicidad de resoluciones concursales*, por el que se modifica el Real Decreto 1789/1996, Reglamento del Registro Mercantil, y la Orden JUS/3475/2005, de 8 de noviembre, que incorpora a los fines de conocimiento por vía telemática del desarrollo del proceso de la página web de publicidad concursal.

Los arts. 21 y 23 de la LCon da cuenta de la publicidad y comunicación del auto de declaración del concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento. Estos artículos que han sido modificados por la Ley 38/2011 destacan en el carácter gratuito de la publicación del concurso, en un extracto, con la mayor urgencia, en el *BOE*, donde se contenga los datos imprescindibles en aras de que los acreedores procedan a comunicar sus créditos⁸²⁴.

En resumen, podemos afirmar que una vez dictado el auto de declaración de concurso, los efectos serán inmediatos, por este motivo, la comunicación de los créditos y la publicidad se realizará por medios telemáticos, informáticos y electrónicos – el auto y demás resoluciones se insertarán en el Registro Público Concursal, accesible en Internet- Así lo dispone en art. 85.2 LCon cuando se trata de comunicación de los créditos, donde se admiten los medios precisamente electrónicos que deberán ser puestos en conocimiento del juzgado por la administración concursal al tiempo de la aceptación del cargo. De ahí que la publicación del concurso en el *Boletín Oficial del Estado* deba incluir la dirección electrónica⁸²⁵.

⁸²⁴ *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., “Lecciones de Derecho Concursal”, *op. cit.*, p. 48.

⁸²⁵ En relación al auto de declaración de concurso de personas físicas, esta deberá inscribirse en el Registro Civil, *Vid.* art. 198 LCon), en el caso de sociedades cotizadas, entidades de crédito o aseguradoras, el auto se notificará, respectivamente al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, *Vid.* ARROYO, I., y MORRAL, R., *Teoría y Práctica del Derecho Concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 92.

Podrá resultar, que sin perjuicio de lo imperativo de la norma, el juez del concurso, de manera discrecional pueda otorgar una publicidad complementaria del auto de declaración de concurso en aplicación del art. 23.2 LCon sea de oficio a instancia del interesado, cuando considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso⁸²⁶.

Bajo esta línea de actuación descrita, además de la comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos⁸²⁷, la administración concursal, mediante medios electrónicos se dirigirá a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras (*ex art. 21.4.3º*).

10.2 Comunicación a los acreedores la declaración de concurso y créditos

La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por ley⁸²⁸ (*ex art. 21.4 LCon*). El mismo artículo viene a establecer la forma en la cual se procederá a la comunicación siendo a través de medio telemáticos, informáticos o electrónicos cuando así conste la dirección electrónica del acreedor.

⁸²⁶ *Vid.* CURIEL LORENTE, F., “Publicidad del Concurso”, *op. cit.*, p. 2472. Reflexiona acerca de que en la publicidad del concurso en España, “*La Ley no anuda a la publicación la producción de efectos propios de la declaración del concurso: en la que estos nacen del propio auto, que es ejecutivo aunque no sea firme, sin quedar condicionado a ningún trámite posterior (arts. 21.2 LCon)*”.

⁸²⁷ *Vid.* SJM nº 2 Las Palmas de 2 de noviembre de 2009 donde se advierte que para que: “*(...) en la lista de acreedores se vean reflejados todos los que ostentan un crédito concursal contra el deudor, la Ley establece una serie de mecanismos: por un lado, impone al acreedor la obligación de comunicar su crédito en la forma establecida, por otro, establece que la administración concursal comunicará individualmente a cada uno de los acreedores que consten en el concurso el deber de comunicar sus créditos*”.

⁸²⁸ Para un estudio acerca de la publicidad concursal, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El Registro de Resoluciones Concursales” en *ADC*, nº. 7, 2006; SÁNCHEZ RU, H., “Comentarios a los artículos 24 y 25 de la Ley Concursal” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, T.I., Thomson Civitas, 2004; SEQUEIRA, M., “La publicidad en el proceso concursal” en *Estudios sobre la Ley Concursal*, Madrid, 2005.

Resulta interesante traer a colación lo que el autor GOMEZ DE LA SERNA⁸²⁹, allá por el año 1857 apoyado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 describe como morosidad de los acreedores cuando critica que: *“El acreedor que sabedor del concurso no comparece, no debe perjudicar a los demás: si no renuncia a su derecho por completo, al menos en parte lo verifica. Así lo supone la Ley; y como sería injusto que su omisión dañase a los que oportunamente se habían presentado, de aquí es que castiga su morosidad. Por esto, en todo caso, obliga la ley al acreedor moroso, a que acepte el juicio en el estado en que lo halle, y a que respete los pagos realizados a los demás acreedores, porque hechos están a parte legítima, y le impone aún otras penas, según sea más o menos excusable su morosidad”*. En esa misma línea sostiene DÍAZ GONZÁLEZ⁸³⁰ en relación a la citada norma, *“(…) tendrán la consideración de acreedores morosos aquellos que una vez concluida la junta encargada de reconocer los créditos y residen en el territorio español peninsular o Islas Baleares, en las posesiones, no hayan comparecido en el juicio de concurso”*.

Para algunos supuestos, como los que establece el art. 85 de la LCon se prescriben dos medios para la comunicación de créditos: formulándose por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, dirigiéndose a la administración concursal. Por otro lado, podrá también efectuarse la comunicación por medios electrónicos⁸³¹.

En definitiva, con el auto de declaración, se deberá notificar a todas las personas que hubieran comparecido y puesto en conocimiento sus créditos a la administración concursal

⁸²⁹ Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, p. 124.

⁸³⁰ DÍAZ GONZÁLEZ, F., “El concurso de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, *op. cit.*, p. 337.

⁸³¹ Acerca de la comunicación de créditos, *cfr.* HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicación de créditos” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 530-531. Apunta que la “comunicación de créditos es una de las actuaciones para las cuales no es necesario que los acreedores comparezcan representados por procurador ni dirigidos por abogado. La forma en la que comparecen consiste, en la presentación del escrito de comunicación.

en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” como así dispone el art. 21.5 de la LCon.

10.3 Comunicación a los acreedores de la lista de acreedores provisional

En lo que se refiere a la presentación y contenido del informe de la administración concursal (*ex art. 75 LCon*), el art. 95 de la LCon reconoce la publicidad e impugnación del mismo. En nuestro caso, nos referiremos sólo a la comunicación del contenido del informe en lo que concierne a la lista de acreedores provisional.

Así, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez del concurso, la propia administración concursal dirigirá una comunicación electrónica al deudor y a los acreedores que hubiesen comunicado sus créditos y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma, estableciendo de este modo varias vías de publicidad que el juez podrá acordar, de oficio o a instancia del interesado en medios oficiales y privados (*ex art. 95.3 LCon*).

Si bien en materia de comunicación y reconocimiento de créditos existe la imposibilidad de modificar el texto definitivo de la lista de acreedores⁸³², salvo quienes la impugnen en tiempo y forma como establece el art. 96 de la LCon⁸³³, como viene a señalar FLORES⁸³⁴,

⁸³² Sobre esta cuestión, *vid.* ETXARANDIO, E., “Sobre la posibilidad de plantear expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores, pretensiones de modificación del contenido de la misma” en *RDCP*, nº 7, 2007, pp. 209 a 214; TORIBIOS FUENTES, F., “Comentario del artículo 97 de la Ley Concursal” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II., Valladolid, 2004, pp. 2089 a 2091.

⁸³³ *Cfr.* FLORES SEGURA, M., “La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores”, en *ADC*, nº 38, mayo-agosto 2016, pp. 13 y ss. “El sistema rígido con que contaba la Ley Concursal en relación a la modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores, era absoluta. El acceso del crédito al concurso por la vía de la comunicación se dividía en dos grandes tramos; por un lado las comunicaciones tempestivas, regulares u ordinarias –aquellas realizadas dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE, y por otro lado, las comunicaciones tardías o intempestivas –aquellas realizadas fuera del plazo ordinario, pero antes de la finalización del plazo para impugnar la lista de acreedores, y en cuyo caso procedía el reconocimiento de los créditos previa subordinación de los mismos conforme el art. 92.1º de la LCon. Dentro de las comunicaciones tardías, podían a la vez subdistinguirse dos tipos: i) las realizadas fuera del plazo ordinario, pero antes de la presentación del informe provisional de la administración concursal; y ii) las comunicaciones realizadas al hilo de la impugnación de la lista de acreedores que acompaña el informe provisional”.

“(…) el sometimiento a la lista de acreedores de aquellos que no hubieran presentado impugnación no es sino una consecuencia del principio general del proceso, conforme con el cual, quien tiene la oportunidad de recurrir un acto que considera perjudicial para sus intereses, y no lo hace, no puede promover una contienda sobre aquello que tácitamente ha aceptado”. Es hasta antes de la reforma operada por la Ley 38/2011 que el sistema de comunicación y lista de acreedores mantenía una posición rígida, esta situación logra flexibilizarse, ampliándose tanto el momento de la comunicación de créditos, como aquellos créditos concursales que podían, en cualquier momento ser valorados por la administración concursal⁸³⁵.

El art. 95 de la LCon, la ley 22/2003, exigía que la comunicación debía dirigirse de forma personal y por cualquier medio en el que se acredite su recibo, a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o con calificación distinta, y donde se establecía un plazo de diez días para poder formular reclamación desde su recibo⁸³⁶. Con la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal,

⁸³⁴ FLORES SEGURA, M., “La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores”, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁸³⁵ *Vid.* DÍAZ MORENO, A, “Reconocimiento de créditos y fases del concurso en el procedimiento ordinario”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012, p. 431.

⁸³⁶ Acerca de los antecedentes de la publicidad del informe, *cfr.* GARRIDO J. M^a., “De la publicidad y de la impugnación del informe” en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 1699, “En la quiebras, no se preveían normas especiales de publicidad y, respecto de la impugnación, el Código de Comercio de 1829 tan sólo disponía (art. 1107) que, transcurridos treinta días desde la junta de reconocimiento de créditos, no era posible reclamar contra los acuerdos adoptados en la misma. La regulación de la publicidad de los actos en materia de reconocimiento y graduación de acreedores, tanto para la quiebra como para el concurso de acreedores, se contenía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la que se preveía la comunicación a los sujetos afectados por la falta de reconocimiento mediante carta circular (art. 1260), y se establecía un plazo de ocho días para impugnar la falta de reconocimiento (art. 1261). (...) Respecto a la suspensión de pagos, la publicidad de la lista de acreedores se contemplaba al establecerse que hasta el día señalado para la celebración de la Junta, el actuario tendrá a disposición de los acreedores o sus representantes el informe de los interventores, las relaciones del activo y del pasivo, la Memoria, el balance, la relación de los créditos que tienen derecho de abstención, a que aluden los arts. 15 y 22 LSP, y la proposición de convenio presentada por el deudor en su relación o la solicitud de inclusión o exclusión de créditos (art. 11 LSP) hasta los quince días antes del señalado para la junta”.

en su artículo 12.3, el legislador, deja sin contenido el art. 95.1 LCon, eliminando el mecanismo de reclamación y rectificación, con el objeto de agilizar los trámites procesales del concurso para establecer un procedimiento menos costoso y más ágil y eficiente en sus resultados, creándose bajo esta base el Registro Público Concursal⁸³⁷. Bajo esta línea PRENDES CARRIL⁸³⁸ afirma que con la nueva disposición en materia de publicidad se logra instaurar una vía de comunicación entre la administración concursal y los acreedores directos, sin mediación del juzgado y económicos y sin necesidad de abogado y procurador.

Con la Ley 38/2011, se logra reafirmar, como bien señala TAGLIAVINI y AZAGRA⁸³⁹ la *“apuesta por el legislador por los medios telemáticos, informáticos y electrónicos introducida por el RDL 3/2009, no sólo erigiendo “el impulso de los medios electrónicos” como uno de los pilares de la reforma sino que materializó esta experiencia por los medios electrónicos incluyendo el uso de medios telemáticos”*.

Como hemos podido describir, el art. 95.1 LCon, impone a la administración concursal, el deber legal de dirigir como mínimo diez días antes de la presentación del informe la comunicación electrónica a los acreedores informando del proyecto de inventario y de la lista de acreedores para que estos puedan solicitar la rectificación de errores o en su caso, una complementación de datos⁸⁴⁰. No obstante, en la práctica, suele ocurrir como señala

⁸³⁷ Vid. SAP Las Palmas nº 4, de 15 de febrero de 2013 donde señala: *“(…) la razón de ser que se eliminara el numeral 1 del artículo 95 de la Ley Concursal, fue precisamente la creación por el RDL 3/2009 del Registro Público Concursal al objeto de simplificar, agilizar y abaratar la tramitación del concurso, aprovechando las múltiples ventajas que ofrece la red de comunicaciones de cobertura mundial de internet, exigiendo el propio Real Decreto que dicho Registro Público a través de un portal de internet y bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, cuente con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo”*.

⁸³⁸ PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la Insolvencia*, T. I., Aranzadi, 2012, p. 859.

⁸³⁹ TAGLIAVINO, R.; AZAGRA, J., *“La comunicación electrónica del proyecto de inventario de la lista de acreedores”*, *op. cit.* p. 252.

⁸⁴⁰ Si nos encontrásemos ante un procedimiento, el art. 191.3 de la LCon señala que: *“El administrador concursal practicará la comunicación prevista en el artículo 95.1 LCon al menos cinco días antes de la presentación de la lista de acreedores”*.

TAGLIAVANI y AZAGRA⁸⁴¹ que la administración concursal tenga que hacer frente a comunicaciones en la que se debería incluir en la lista a aquellos acreedores que, habiendo comunicado sus créditos, han sido excluidos del proyecto de la lista de acreedores; y si únicamente deberían entenderse que consta la dirección electrónica de un acreedor cuando este ha comunicado expresamente su dirección electrónica en la comunicación de créditos. Por un lado, señalan, que *“efectivamente debería la administración concursal incluir en la lista de acreedores a aquellos que fueron excluidos, bajo un concepto coste beneficio, sino también porque esta lista previa resulta ser un borrador, susceptible de modificaciones. En relación al segundo supuesto acerca de configuración del listado de acreedores se tendrá por recomendable que todo acreedor incluya en la comunicación de sus créditos un apartado específico en el que expresamente se designe una dirección electrónica e indique así mismo, que realiza esta designación a los efectos establecidos en el art. 95.1 LCon”*.

El legislador, con la intención de brindar al informe de la administración concursal la celeridad debida, en relación a su comunicación, una vez esta sea definitiva, se procede a notificar a todos aquellos que se hayan apersonado y señalado domicilio a tal efecto. A diferencia de la comunicación previa, donde esta comunicación se realiza de forma electrónica. Estamos de acuerdo en la relación que ofrece MARIMÓN⁸⁴² cuando sostiene que: *“(…) la forma de priorizar la celeridad, en la ejecución del trámite, evita el mayor retraso en la presentación del informe a que podría dar lugar el empleo de otros cauces de comunicación, aún a costa de la seguridad jurídica, dado que los acreedores que carezcan de dirección electrónica o no hayan comunicado al administrador no gozarán la posibilidad de subsanar errores”*.

En la práctica, resulta coherente que la administración concursal pida al deudor o en su caso este, facilite los correos electrónicos de sus acreedores, incluidos proveedores, para de esta forma el modo de reclamación o complementación sea mucho más ágil y eficiente.

⁸⁴¹ TAGLIAVANI, R.; AZAGRA, J., “La comunicación electrónica...”, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁴² *Vid.* MARIMÓN DURÁ, R., “Informe de la Administración Concursal”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 1776.

10.4 Recepción de comunicación de créditos de los acreedores

A través de la comunicación de créditos, se tiene constancia del derecho que cada uno de los acreedores tiene para poder participar en el concurso, requiriéndose para ello su reconocimiento (*ex art. 86 LCon*) y cuantía para proceder a su clasificación. La comunicación de estos créditos se encuentra recogido en la sección segunda del capítulo tercero en el art. 85 donde el legislador, establece los plazos, los medios de comunicación así como las formalidades.

La comunicación de los créditos resulta fundamental, no sólo por considerar a esta como un sistema de autotutela del acreedor concursal⁸⁴³ sino porque la lista de acreedores encomendada en su realización a la administración concursal acompañada al informe⁸⁴⁴, determina la masa pasiva y que, junto al inventario de los bienes, establecen los elementos necesarios para la solución del concurso.

El conocimiento de los créditos que adquiere la administración concursal no se realiza o genera de forma automática, como bien señala HERRERO⁸⁴⁵, sino que se corresponde a una depuración de la información recibida. Debemos recordar entonces que a partir de un concurso voluntario cuando el deudor, en aplicación del art. 6.2.4º de la LCon deberá acompañar a su solicitud, una relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el respectivo vencimiento de los créditos y garantías personales o reales constituidas. Por otro lado, en el concurso necesario cuando sea el acreedor quien inste el concurso, deberá expresar en la solicitud, el título o hecho en el que funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo (art. 7.1 LCon).

⁸⁴³ Vid. YAÑEZ EVANGELISTA, J., “Comunicación y reconocimiento de créditos” en DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.; GONZÁLEZ BILBAO, E.; MARTÍN MOLINA, P., (Coords.) *La reforma de la Ley concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 265.

⁸⁴⁴ El artículo 49 de la LCon señala que: “*declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinario o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes*”.

⁸⁴⁵ HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicación de créditos”, *op. cit.*, p. 515.

Ahora bien, resulta importante establecer la configuración de la comunicación de créditos como una carga, es decir, que esta se reconoce al acreedor, siempre y cuando se ejercite en tiempo y forma porque de ella se deriva el interés de este mismo. Siguiendo a HERRERO⁸⁴⁶ la configuración de la comunicación como una carga se verifica al identificar las consecuencias desfavorables en cuanto a su inobservancia y tardía presentación. En el supuesto de inobservancia el crédito no será considerado como tal, eso equivaldría a que incluso siendo un crédito privilegiado no gozaría de tal reconocimiento. En el caso de la presentación tardía, el crédito pasará a ser subordinado⁸⁴⁷ o moroso.

A través del auto de declaración de concurso, se procederá al llamamiento de los acreedores para que estos pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos⁸⁴⁸, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (*ex art. 21.1.5º LCon*) estas notificaciones y trámites de procedimiento, se realizará mediante medios telemáticos, informáticos y electrónicos, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones (*ex art. 23 LCon*).

Con la reforma operada por la Ley 38/2011 el art. 85.2 determina que la comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración concursal –y no así al juzgado como se establecía en la Ley 22/2003- pudiendo la comunicación presentarse en el domicilio designado al efecto el cual deberá estar en la localidad en la que tenga su sede el juzgado, o remitirse a dicho domicilio. El mismo artículo 85 de la LCon, prevé que la comunicación pueda efectuarse por medios electrónicos. El domicilio y la dirección electrónica serán únicos y deberán ser puestos en

⁸⁴⁶ HERRERO PEREZAGUA, J., *Ibidem*, p. 516.

⁸⁴⁷ La carga de los créditos subordinados se encuentra relativizada en cuanto a una sanción material alguna en cuanto no acudan en tiempo al concurso, así lo explica BERMEJO, N., “Comunicación de créditos”, en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 1533, este tipo de acreedores, mantienen una sujeción a las consecuencias procesales de su retraso, y por lo tanto vean ciertamente limitada tanto su participación como el cobro, aunque deberá la norma concursal velar por que impere el principio de la *par conditio creditorum*.

⁸⁴⁸ Constituye la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a la Ley Concursal no tengan la consideración de créditos contra la masa (art. 84.1 LCon).

conocimiento del juzgado por la administración concursal al tiempo de la aceptación del cargo.

Ahondando en el mismo artículo 85 de la LCon en el numeral 3º cuando se realice la comunicación esta deberá expresar el nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como aquellos relativos al crédito, acerca de su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Cuando se trate de crédito con privilegio especial, se tendrá en cuenta, los bienes o derechos a que afecte, y en su caso, los datos registrales.

Si bien la norma anterior a su reforma (*ex art. 85 LCon*) establecía que el contenido debía darse por escrito, la esencia del contenido continúa vigente, es decir, aquella minuciosidad en palabras de BERMEJO⁸⁴⁹ con el fin de asegurar la perfecta identificación y caracterización de cada uno de los créditos⁸⁵⁰, siendo que cuando falte alguno de los elementos, la comunicación se considerará ineficaz sin que pueda producir algún efecto.

10.5 Asistencia al Secretario del Juzgado en la Junta de acreedores

La junta de acreedores⁸⁵¹ constituye una modalidad tradicional y frecuente para la correcta organización y la presencia adecuada de los intereses de los acreedores⁸⁵² que a través de

⁸⁴⁹ BERMEJO, N., “Comunicación de créditos”, *op. cit.*, p. 1536.

⁸⁵⁰ Respecto al idioma en la redacción de los créditos deberán ser en castellano o en lengua oficial de una Comunidad Autónoma donde radique el juzgado que ventila el proceso concursal. Esta misma norma se aplica para los acreedores extranjeros, donde si al momento de presentar la comunicación del crédito este no estuviera traducido, se tendrá por presentada, con la salvedad de que la administración concursal pueda exigir su traducción posterior. (*ex art. 219 LCon*).

⁸⁵¹ Para un mejor análisis de la junta de acreedores, *vid.* PETIT LAVALL, M. “La junta de acreedores”, en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1473 y ss.; PORFIRIO CARPIO, L., *La junta de acreedores*, Thomson Civitas, 2008; TOMILLO, J., “Comentario al artículo 117 de la Ley Concursal” en ROJO, A.; BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Thomson Civitas, 2004, pp. 2053 y ss.

⁸⁵² *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Junta de acreedores en la nueva legislación concursal”, en *RDCP*, nº 3/2005, La Ley, p. 65.

una reunión debidamente convocada y constituida busca deliberar y decidir por mayoría sobre la aprobación del convenio como posible solución del concurso de acreedores⁸⁵³.

La interrogante podría surgir a la postre, si es posible considerar a la junta de acreedores como un órgano concursal⁸⁵⁴, la respuesta parece muy dudosa, puesto que sus atribuciones y facultades se aplican sólo en la fase de aprobación del convenio (arts. 116 a 126 de la LCon) la profesora CANDELARIO⁸⁵⁵ nos expone con criterio cierto, que la Junta, es la “olvidada” en las reformas de la Ley, de hecho podría pensarse que con la última reforma en la ley, se ha perdido la oportunidad incorporar a un comité de acreedores capaz de ayudar a solventar el concurso del deudor. El objetivo, una vez promulgada la Ley 22/2003 era la de simplificar la estructura orgánica del concurso -por ello la relevancia en las figuras del juez de lo mercantil y la administración concursal- constituyéndose la Junta de acreedores en fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas de propuesta anticipada.

⁸⁵³ Vid. CURTO POLO, M., “Junta de acreedores” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 1942.

⁸⁵⁴ En relación a la Junta de acreedores en el derecho derogado, *cf.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La junta de acreedores...”, *op. cit.*, p. 66, “La junta de acreedores constituía un órgano bastante central en el procedimiento concursal histórico, en lo que se refiere al procedimiento de quiebra, ni el Código de Comercio de 1829, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que prolongó su vigencia en el tiempo, ni el Código de Comercio de 1885, contenía una regulación sistemáticamente diferenciada de la junta de acreedores, sino que esta debía ser integrada a partir de las menciones puntuales que los textos legales iban desgranado en los diversos pasajes (...). De tal dispersión normativa podían extraerse tres características básicas que ilustran acerca del significado de la Junta: en primer lugar, la flexibilidad en su configuración como órgano colegiado de actuación permanente; en segundo lugar, la amplitud, no tasada, de sus competencias (nombrar y reemplazar síndicos, reconocer y graduar los créditos), que venían a subrayar su importancia como órgano de decisión colectiva de los acreedores y el componente técnico de muchas de ellas; en tercer lugar, la dispersión, y confusión que adolecía su régimen de funcionamiento, pues el hecho de que la mención a la Junta se fuera haciendo presente de forma ocasional en los supuestos en que debía intervenir, y sin una regulación uniforme y sistemática, introducía criterios y requisitos de funcionamiento escasamente coordinados en aspectos esenciales de tal régimen como son la constitución, la celebración o la adopción de acuerdos”.

En el ámbito de la suspensión de pagos, la Ley de 1922 apuntaba alguna mayor proximidad a lo terminará siendo la concepción moderna de la Junta de acreedores, conectando su funcionalidad con el objetivo de discusión y aprobación de la propuesta de convenio, y ya no con otras actuaciones que son asignadas a otros órganos, como el juez o los propios interventores ya designados”.

⁸⁵⁵ CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 70.

Por tanto, y aunque su alcance se encuentre limitado, la Junta se desarrolla como un mecanismo que busca conseguir la máxima satisfacción de los créditos, siempre respetando la graduación reconocida en el informe de la administración concursal⁸⁵⁶, y además por la voluntad mayoritaria en cuanto se reúnan los requisitos establecidos para su adopción. Este alcance limitado de la Junta de una u otra forma obedecen a la sola deliberación y decisión sobre las propuestas de convenio, orientado sus competencias que eran propias en la legislación anterior –reconocimiento de créditos o el nombramiento de los síndicos- a los órganos del concurso, el juez y la administración concursal.

La constitución de la Junta de acreedores en concordancia con el art. 116 de la LCon se reunirá en el lugar, día y horas fijado en la convocatoria⁸⁵⁷ -el auto por el que se declara abierta la fase de convenio y se ordena convocar junta de acreedores, deberá ser notificado al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento- pudiendo el presidente de la junta acordar la prórroga de las sesiones durante uno o más días hábiles consecutivos. La presidencia de la Junta recaerá sobre el propio juez del concurso, planteando la posibilidad de forma excepcional que la presidencia la asuma la administración concursal. Esta delegación podrá darse a conocer en el propio auto en el que se convoque a la junta o en caso de fuerza mayor, cuando el juez no pueda asistir a esta⁸⁵⁸.

Por otro lado, el presidente deberá ser asistido por un secretario, quien recae en la misma figura del secretario del juzgado sin que exista la posibilidad de delegación del cargo; asistido en sus funciones por la administración concursal, con independencia de que la administración concursal ejerza el rol de presidente de la Junta, como señala SALA

⁸⁵⁶ CURTO POLO, M., “Junta de acreedores”, *op. cit.*, p. 1942.

⁸⁵⁷ El órgano judicial es el competente para convocar la junta de acreedores, que se convoca a través del auto, salvo que acuerde la tramitación escrita cuando el número de acreedores supere los 300, fijando lugar, día y hora de la reunión, y la publicidad que ha de darse a la convocatoria.

⁸⁵⁸ *Vid.* DE LA CUESTA RUTE, J., *El convenio concursal*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 135.

REIXACHS⁸⁵⁹ sus actuaciones de circunscriben a la redacción del acta de la junta en la forma establecida en el art. 126 LCon, donde se relatará de manera sucinta lo acaecido en la deliberación de cada propuesta y expresará el resultado de las votaciones con indicación del sentido del voto de los acreedores que así lo solicitaren.

Los acreedores, durante su asistencia a la Junta solicitaran, si procede, ante la secretaría, que se una al acta texto escrito de sus intervenciones cuando no figurasen ya en autos. Leída y firmada el acta por el secretario, el presidente levantará la sesión, pudiendo este acto ser grabado en soporte audiovisual, conforme lo previsto para la grabación de vistas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La constitución de la Junta se conformará con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados.

10.6 Asistir a la Junta de Acreedores

La presencia y asistencia de la administración concursal en la Junta de acreedores resulta clave, por ello, la imposición del art. 117 LCon es elocuente al exigir que del incumplimiento se deriva la pérdida al derecho de remuneración, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas⁸⁶⁰. Esto es así, porque serán ellos quienes deban dar las explicaciones debidas y oportunas, e información necesaria, además como vimos, la necesidad en cuanto la asistencia que deben brindar al secretario.

La incomparecencia de la administración concursal no determinará la suspensión de la junta, salvo que el Juez así lo acordase, debiendo el secretario judicial señalar fecha para su reanudación.

⁸⁵⁹ SALA REIXACHS, A., “Comentario al art. 116 de la Ley Concursal” en SAGRERA TIZÓ, J.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Barcelona, Bosch, 2004, p. 1313.

⁸⁶⁰ Se aplicará de forma análoga las normas generales de responsabilidad de la administración concursal establecidas en el art. 36.1 de la LCon por los daños y perjuicios causados a la masa por los actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia; pudiendo el juez, al observar justa causa separar del cargo, atendiendo a las circunstancias objetivas (art. 37 LCon).

En relación al derecho de asistencia, la ley otorga esta facultad a los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista establecida por la administración concursal, con independencia de la clase de créditos que titulen. Al respecto, CURTO LÓPEZ⁸⁶¹ aprecia dos reflexiones acerca de este derecho de asistencia: *Una primera, que, con independencia de cuando se hubiera promulgado el auto convocando a la junta de acreedores, será necesario esperar para su celebración al momento en que se disponga de los textos definitivos elaborados por la administración concursal a efectos de computar correctamente no sólo el quorum⁸⁶² de constitución, sino también las mayorías necesarias para aprobar el convenio.* Una segunda reflexión, acerca de la “(...) vinculación del derecho de asistencia del acreedor a su presencia en la lista definitiva elaborada por la administración concursal parece que debe conocer algunas excepciones para posibilitar la asistencia de quienes tienen efectivamente la condición de acreedores en el momento de la constitución de la junta pero no figuren en tales listas”.

De la asistencia a la junta quedara a través de la lista de asistentes la base del texto definitivo de la lista de acreedores, especificando en cada caso quienes asistan personalmente, o quienes lo hagan mediante representante⁸⁶³, con identificación del acto por el que se confirió la representación.

⁸⁶¹ CURTO POLO, M., “Junta de acreedores”, *op. cit.*, p. 1953.

⁸⁶² La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados (art. 116.4 LCon).

⁸⁶³ *Cfr.* RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 118 de la Ley Concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO LEDEZMA, C.; ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G. (Coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1140 y ss. En consonancia con la representación en comparecencia ante el secretario judicial, señala que deberá tratarse de un poder expreso a estos efectos, debiendo establecer en el clausulado las facultades debidamente representadas para intervenir en la Junta y votar cualquier clase de convenio.

10.7 Información de la declaración de concurso a los acreedores con domicilio o sede en el extranjero

Con la reforma aplicada al Reglamento nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, y más en concreto a partir del 2012 como hemos tenido oportunidad de estudiar, la Comisión Europea, adoptó su informe acerca de este reglamento, que en líneas generales ha funcionado correctamente, pero reconoce que sería conveniente mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones con el fin de reforzar la eficaz administración de los procedimientos de insolvencia transfronterizos⁸⁶⁴.

Con el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y Del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) se viene a complementar y establecer nuevos medios de comunicación en lo que respecta la aplicación del art. 40 del R. 1346/2000, en concordancia con el artículo 214 de la LCon donde se establecía que: desde la declaración de concurso, el tribunal competente o la administración concursal nombrada informará sin demora a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio o sede en los demás Estados miembros o extranjero, si así resultare de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constare en el concurso.

La aplicación del art. 214 de la LCon tras la reforma por la Ley 38/2011, en lo que se refiere a la circulación interna sólo se extiende a los acreedores cuya identidad y domicilio conste en la documentación obrante en autos, mientras que la de los deudores domiciliados o residentes en el extranjero se extiende en el art. 214 LCon, que no experimenta cambio alguno con la reforma⁸⁶⁵.

El Reglamento (UE) 2015/848 en el artículo 54 perteneciente al Capítulo IV de información a los acreedores y presentación de sus créditos establece que: desde el momento en que se abra un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro, el órgano

⁸⁶⁴ *Vid.* Considerando nº1 Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y Del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido). *DOUE* nº 141, de 5 de junio de 2015.

⁸⁶⁵ *Vid.* NIETO DELGADO, C., “Concurso con elemento de extranjería y Derecho Internacional Privado”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 776 y 777.

jurisdiccional competente de dicho Estado, o el administrador concursal que haya sido nombrado por dicho órgano, informará sin demora a los acreedores extranjeros conocidos.

Esta información que deberá hacerse efectiva, será facilitada mediante una comunicación individual, que incluirá, en especial, los plazos que deben respetarse, las sanciones previstas en relación con dichos plazos, el órgano o la autoridad facultada para admitir la presentación de los créditos, y otras medidas establecidas.

La novedad que introduce esta reforma, en relación a la comunicación que se realice, se facilitará empleando el formulario normalizado de comunicación que se establecerá de conformidad con el art. 88 del R. 2015/848⁸⁶⁶. Este formulario se publicará en el Portal Europeo de e-Justicia y llevará el encabezamiento “Anuncio de procedimiento de insolvencia” en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión. Se presentará en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia, o en otra lengua que dicho estado miembro haya indicado que puede aceptar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.5º, si puede presumirse que dicha lengua será más fácil de comprender para los acreedores extranjeros.

Con esta reforma, lo que se pretende es el mantenimiento de un formulario *standard* como bien lo expone HERRERO DE EGAÑA⁸⁶⁷ a través de un marco procedimental que garantice de alguna manera que las leyes nacionales tengan en cuenta las características transfronterizas de determinados procesos para que los acreedores obtengan suficiente información.

⁸⁶⁶ En este sentido, *vid.* artículo 88 del Reglamento 2015/848 que reza: “La Comisión adoptará actos de ejecución por los que establezca la interconexión de los registros de insolvencia conforme a lo dispuesto en el art. 25. Dichos actos de ejecución se adoptarán con arreglo al procedimiento de examen previsto en el art. 89.3º”.

⁸⁶⁷ HERRERO DE EGAÑA, J., “La reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia” en ROJO, A.; CAMPUZANO, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 2521.

10.8 Publicidad registral en el extranjero del auto de declaración de concurso

La necesidad de que otros Estados miembros conozcan la apertura de un procedimiento de insolvencia se vuelve indispensable, en otras razones, por no establecer simultáneamente concursos innecesarios además del conocimiento en que se deba incluir a todos aquellos interesados en el concurso. Esto es así, a partir de la reforma del Reglamento 2015/848 de 20 de mayo, en la que se impone a los Estados miembros el establecimiento y mantenimiento de un registro (art. 81) en la que: *“Sin perjuicio de la información que haya de darse a los interesados conforme los artículos 11 y 12 del Reglamento (CE) n° 45/2001⁸⁶⁸, la Comisión informará a los interesados, mediante publicación en el Portal Europeo de e-Justicia, de su función en el tratamiento de los datos y de la finalidad de dicho tratamiento”*.

En todo caso, los Estados crearán y llevarán en su territorio uno o más registros asumiendo sus costes de establecimiento, así como los costes de gestión, funcionamiento y mantenimiento de los mismos en los que se publique información relativa a procedimientos de insolvencia. Debiendo esta información publicarse tan pronto como sea posible tras la apertura de los procedimientos correspondientes. El art. 24 del Reglamento 2015/848 ofrece una serie de información obligatoria que deberá contener el Registro como: *a) Fecha de apertura del procedimiento de insolvencia; b) El órgano jurisdiccional que abra el procedimiento de insolvencia, y el número de referencia del asunto, si lo hubiera; c) el tipo de procedimiento de insolvencia y, en su caso, cualquier subtipo correspondiente de dicho procedimiento iniciado de conformidad con el Derecho nacional; d) si la competencia para abrir el procedimiento se basa en el apartado 1, apartado 2 o el apartado 4 del artículo 3 del Reglamento; e) si el deudor es una sociedad o una persona jurídica, su nombre, número de registro, domicilio social o, en su caso de que la dirección esté protegida, su fecha y lugar de nacimiento; f) si el deudor es un particular; ejerza o no una actividad mercantil o profesional independiente, su nombre, número de identificación, de haberlo, y dirección postal o, en su caso de que la dirección esté protegida, su fecha y lugar de*

⁸⁶⁸ Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DOUE n° 8, de 12 de enero de 2001).

nacimiento; g) el nombre, la dirección postal o el correo electrónico del administrador concursal, si lo hubiera, nombrado en el procedimiento; h) el plazo de presentación de los créditos, si los hubiera, o una referencia a los criterios para el cálculo de ese plazo; i) la fecha de conclusión del procedimiento de insolvencia principal, si la hubiera; j) el órgano jurisdiccional ante el cual debe impugnarse la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia y, en su caso, el plazo para presentar dicha impugnación de conformidad con el artículo 5, o en referencia a los criterios para el cálculo de ese plazo.

En el ordenamiento jurídico español el artículo 215 de la LCon, en materia de publicidad, permite al juez, de oficio o a instancia del interesado, acordar que se publique el contenido esencial del auto de declaración del concurso en cualquier Estado extranjero donde convenga a los intereses del concurso, con arreglo a las modalidades de publicación previstas en dicho Estado para el procedimiento de insolvencia.

Por otro lado, la administración concursal podrá solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración y de otros actos del procedimiento cuando así convenga a los intereses del concurso.

Esta previsión marcada en la legislación española da cuenta de la importancia de la publicidad de aquellas resoluciones dictadas, así como imponer a la administración concursal esa publicidad de acciones con otros estados miembros en los que tenga su establecimiento el deudor, con el fin de que exista esa interconexión con la información.

10.9 Traducción al castellano de escritos de comunicación de créditos de acreedores extranjeros

El régimen de comunicación de créditos a acreedores extranjeros establecidos en el artículo 214 *–información a los acreedores en el extranjero–* de la LCon deberá ser conocido mediante lengua castellana como así lo señala el artículo 219.1 de la LCon, o en su caso, en cualquier de las lenguas oficiales, *debiendo en el encabezamiento, si así procede, figurar también en inglés y francés los términos “Convocatoria para la presentación de créditos. Plazos aplicables”.*

Respecto a los acreedores con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero presentarán el escrito de comunicación de sus créditos en lengua castellana o en otra oficial propia de la comunidad autónoma en la que tenga su sede el juez del concurso. Si lo hicieren en lengua distinta, la administración concursal podrá exigir posteriormente una traducción al castellano. Esto último se exigirá siempre en el entendido de que el deudor tenga su domicilio o residencia en el extranjero y se les presuma el conocimiento de otra lengua⁸⁶⁹.

11. LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El papel, por demás esencial y necesario de la administración concursal⁸⁷⁰ dentro una esfera de atribuciones contempladas en el art. 33 de la LCon, vinculadas fuertemente con un régimen de responsabilidad en cuanto a su incumplimiento frente al deudor y acreedores (ex art. 36 LCon) han determinado que a través de sendas reformas de la Ley Concursal se busque un reforzamiento en cuanto a su profesionalización y que integraría además un cambio en cuanto a su retribución⁸⁷¹. Como ya adelantaba PÉREZ-CRUZ⁸⁷², una primera consecuencia de lo gravoso que puede resultar la asunción a dicho cargo de administrador,

⁸⁶⁹ Vid. VIRGOS, M. y GARCÍMARTÍN, F., “Artículo 219”, en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.) *Comentario de la Ley Concursal*, T. II., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 2964.

⁸⁷⁰ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La retribución de la Administración Concursal” en ROJO, A.; GALLEGU, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 358, quien apunta la importancia de la retribución de la administración concursal citando la SJM nº 2 de Barcelona de 20 de diciembre de 2006: “*Si no se atienden dichos gastos (honorarios de la administración concursal), el concurso, como procedimiento, deja de ser viable; y los acreedores, cualquiera que sea su naturaleza de sus créditos, sólo podrán ser satisfechos en la medida en que el concurso pueda ser tramitado*”.

⁸⁷¹ Resulta un dato interesante la crítica que realiza MORRAL SOLDEVILA, R., “Artículo 34”, en *Comentarios a la Ley Concursal, op. cit.*, p. 381, precisamente, “*Al criterio en el que el legislador secciona en dos capítulos el régimen jurídico de la administración concursal, creando uno sobre el estatuto jurídico, no llegando a comprenderse el porqué, dentro del Capítulo II existen preceptos que se conectan directamente con aspectos tratados en el capítulo anterior. Y por consiguiente, todos ellos pueden considerarse que abordan cuestiones propias del estatuto jurídico de la administración concursal, si se entiende por tal el sometimiento de sus miembros a un régimen especial...*”.

⁸⁷² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., “La administración concursal” en *Estudios de derecho...*, op. cit., p. 120.

por lo que si se encuentra a una persona adecuada y dispuesta a aceptarlo resultará imprescindible articular un adecuado sistema retributivo⁸⁷³.

Con la Ley Concursal de 2003, se pone atención a la retribución de la administración concursal estableciendo que esta se hará con cargo a la masa⁸⁷⁴ (art. 34.1 LCon). Pero esto se queda en una simple mención, ya que más adelante traería dolores de cabeza, debido al coste adicional que supondría para la administración concursal contar con la asunción de gastos como aquellos informes complementarios formulados por expertos independientes para la estimación de valores de bienes y derechos que conforman el inventario, o en su caso, la deducción de su retribución debido a costes de valores e informes necesarios para la estimación del valor razonable requerido para expresar las garantías de los créditos de privilegio especial, sin que hasta ese momento su retribución fuese establecida por su desempeño⁸⁷⁵.

Con la entrada en vigor de la Ley 17/2014, se logra incorporar un principio de eficiencia ligado a la remuneración de la administración concursal, dejando constancia que el arancel se traduce en un mecanismo de incentivos. Este principio como señala ARRANZ⁸⁷⁶ *se regula a través de ciertas reglas como el de exclusividad, efectividad y limitación*, modificándose este último con la fijación de la cuantía máxima que no puede rebasarse y que será la menor entre la cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un cuatro por ciento y un millón quinientos mil euros.

La determinación del arancel según el número de acreedores, la acumulación de los concursos y el tamaño de estos, aspectos cuales darán cabida a la efectiva retribución de la

⁸⁷³ *Vid.* en ese mismo sentido art. 631.1 LECiv. en relación a la constitución de la administración, su nombramiento y el de los interventores, donde se establece la previsión acerca de la retribución del administrador judicial.

⁸⁷⁴ *Vid.* SAP Valladolid de 14 de noviembre de 2016 [JUR 20162/274957], también: SJM Palma de Mallorca de 2 de noviembre de 2016 [JUR 2016/260356]; SAP Gasteiz, nº 7, de 25 de octubre de 2016 [JUR 2016/273510].

⁸⁷⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La retribución de la Administración Concursal”, *op. cit.*, pp. 359 y 360.

⁸⁷⁶ ARRANZ C., “La retribución de los administradores concursales en el impuesto sobre el valor añadido”, en *ADC*, nº 38, mayo-agosto 2016, pp. 86 y 87.

administración concursal, todo ello, cuando entre en vigor el Reglamento de desarrollo del Estatuto Jurídico del administrador concursal por lo pronto, y con vistas a una próxima aprobación el Proyecto del Real Decreto de 15 de julio de 2015 por el que se desarrolla este Estatuto presenta un avance respecto a tales medidas⁸⁷⁷.

Esta retribución constituye no sólo una asignatura introducida por el legislador en pro de compensar el esfuerzo y riesgo del cargo, es también la manera de determinar aquellas cuestiones que pueden conllevar a un coste para el propio concurso, visto desde una perspectiva en que la retribución se satisface con cargo a la masa⁸⁷⁸.

Una vez modificada la Ley Concursal, continuamos manteniendo la distinción entre la retribución que corresponde a la fase común así como la fase de convenio y liquidación⁸⁷⁹, con ciertos matices claro está y que corresponden a cuantías que difieren en uno y otro

⁸⁷⁷ A través del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, se establece el arancel de derechos de los administradores concursales -que se encontrará vigente hasta la aprobación del nuevo Real Decreto que desarrolle el estatuto de la administración concursal- reglamento que ha generado desde luego un desfase con la realidad actual. En ese sentido, el derogado artículo 34 de la LCon, establece un sistema retributivo muy dispar sin que se logre generar incentivos suficientes al administrador.

⁸⁷⁸ Vid. la SAP de Gerona 6 de noviembre de 2007 [JUR 2008, 78022] donde: “*El sistema retributivo elegido por el legislador para remunerar la labor profesional de los administradores concursales es el arancel, en el que debe basarse el juez del concurso para fijar la remuneración a percibir por los mismos, teniendo en cuenta los parámetros del art. 34.2 LC, esto es, importe del activo, cuantía del pasivo y previsible complejidad del concurso. Pero el Real Decreto 1860/2004 omitió incluir un arancel de mínimos para aquellas situaciones de concurso o cuando resulte muy pequeña la retribución a la administración concursal...*”.

⁸⁷⁹ Acerca de este tema, *cfr.* DOMINGUEZ CABRERA, M., “El modelo legal de retribución del administrador concursal” en *ADC*, nº 21, 2010, pp. 274 y ss. sostiene que la Ley concursal fija aquellos criterios que de manera cumulativa y determinante deben servir de base para el establecimiento del arancel como mecanismo que permite garantizar el derecho de la administración concursal, ante ello, se deberá tomar como referencia: i) el arancel aprobado tiene en cuenta el activo y pasivo del concursado, ii) que esta tenga en cuenta el carácter ordinario o abreviado del procedimiento; iii) que el arancel aprobado tenga en cuenta la acumulación de concursos. Ante este desarrollo, los tribunales de lo mercantil están obligados a aplicar los preceptos de dicha norma para fijar las retribuciones de la administración concursal, además de realizar una interpretación correcta y uniforme de la misma. Cuando se establece el arancel de los derechos de regulación de la retribución a través del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre (*BOE* nº 216, de 7 de septiembre de 2004) establece en su Exposición de Motivos que *la finalidad perseguida es evitar una desproporción entre la retribución y las tareas que se realizan*. Vid. también sobre el mismo tema: CASANELLAS, R., “Costes y eficiencia económica en el concurso de acreedores”, en *RDCEP*, nº 8, 2008, p. 576; JUAN Y MATEU, F., “Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre (RCL 2004, 1960) por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales” en *ADC*, nº 3, 2004, pp. 346 a 369.

estado del proceso hasta la aprobación del nuevo reglamento⁸⁸⁰. A pesar de estas modificaciones que veremos en las siguientes líneas, las retribuciones de la administración concursal, seguirán considerándose como deudas de la masa⁸⁸¹ -que lo constituyen los créditos generados por el propio procedimiento (art. 84 LCon)- además de establecer esa condición el art. 34.1 de la LCon. ARRANZ⁸⁸² viene a señalar que de este grupo de créditos cabe denominar su *prededucibilidad*, o lo que es lo mismo, su satisfacción preferente frente al resto de los créditos concursales⁸⁸³. Amén por aquella reforma

⁸⁸⁰ El Real decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, establecía que la retribución de la fase común se fijaba de manera única para dicha fase, abonándose el cincuenta por ciento dentro de los cinco años siguientes al de la firmeza del auto que le hubiera fijado y el otro cincuenta por ciento dentro de los cinco años siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común (arts. 4 y 8).

⁸⁸¹ *Vid.* STS de 1 de septiembre de 2009 [RJ 2009, 4583] “(...) donde se obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y fijación de este momento determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente como una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado”.

⁸⁸² ARRANZ, C., “La retribución de los administradores concursales...”, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁸³ Según expone el Proyecto son varias las razones que tras más de doce años de aplicación del reglamento amerita una revisión en sentido de:

1) *El texto del real decreto desarrolla el principio de identidad del art. 34.2 de la LC, que fue suprimido mediante el Real Decreto-Ley 3/2009 y, por el contrario, no ha desarrollado los principios de limitación y eficacia introducidos por el mismo real decreto ley ni el principio de eficiencia incorporado a través de la Ley 17/2014.*

2) *La acumulación de créditos contra la masa y su minimización, en donde estos créditos contra la masa encabezan el orden de prelación de satisfacción de los créditos del concurso y, por tanto, anteceden a los créditos concursales. Cuando este tipo de créditos se acumulan en una proporción significativa, el sentido último del procedimiento concursal se desvirtúa, impidiendo la satisfacción de los acreedores.*

Una vez constatado el problema de los créditos contra la masa del concurso, se deberá reconocer que la remuneración de la administración concursal no es el único componente de estos créditos, así lo expone el propio artículo 84.2 LC, establece aquellos créditos contra la masa. No obstante, mientras que la mayoría de los créditos clasificados podrán o no estar presente en cada concurso según su naturaleza, la remuneración de la administración concursal siempre estará presente y es razonable asumir que en una proporción significativa del total de créditos contra la masa .

3) *Otro de los problemas respecto a la remuneración del administrador concursal es la falta de honorarios devengados por insuficiencia de masa del concursado, en ese sentido, el art. 176 bis 1 LC señala que esta se presume como la insuficiencia de masa para la satisfacción de los créditos aun siendo previsible los ejercicios de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable ni el juez considere que los créditos contra la masa quedan garantizados por un tercero de manera suficiente. En cuanto el administrador concursal detecte la insuficiencia de masa del deudor, debe comunicarlo al juez, liquidar el patrimonio del deudor para satisfacer los créditos contra la masa siguiendo el orden de prelación que establece en el apartado 2 de dicho artículo y presentar un informe final al juez antes de que este dicte el auto de conclusión del concurso.*

4) *Otro problema con el que nos enfrentamos es la falta de incentivos, en el que el sistema de retribución de la administración concursal no deberá ser concebido únicamente como un mecanismo de remuneración, sino también de aprovechar para introducir incentivos y desincentivos que fomenten los escenarios que se*

introducida, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*⁸⁸⁴ acerca de la apertura de la cuenta de garantía arancelaria que garantizará un pago mínimo retributivo para aquellos concursos que concluyan por insuficiencia de masa activa⁸⁸⁵ para satisfacer los créditos contra la masa⁸⁸⁶.

11.1 El cálculo de la remuneración concursal

Teniendo en cuenta el cálculo de la retribución con arreglo al RD-Ley 1860/2004 tendremos que: En la fase común, se comenzará fijando una cantidad básica, así “*La retribución de cada uno de los administradores concursales en la fase común será la suma que resulte de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los porcentajes correspondientes establecido en el nexo del Real Decreto*” (art. 4.1 RD 1860/2004), por su parte el art. 4.4 del mismo RD señala que: “*Hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo, el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuen en el inventario presentado por el deudor, y una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido*”.

consideren deseables y penalice aquellos cursos de acción que se consideren perjudiciales para los intereses de la masa.

⁸⁸⁴ BOE nº 180, de 29 de julio de 2015.

⁸⁸⁵ Vid. STS nº 390/2016 de 8 de junio [RJ 2016/2341] señala: “(...) las reglas de pago contenidas en el art.176 bis 2 LCon, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos los créditos contra la masa pendientes de pago. Con ello, rechazamos nuevamente la interpretación de que sólo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación. Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad. Esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de la masa activa y da lugar a un “concurso de acreedores de créditos contra la masa” dentro del propio concurso. Este concurso del concurso provoca la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos. Por eso se aplica a todos los pendientes de pago”.

⁸⁸⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La retribución de la Administración Concursal”, *op. cit.*, pp. 360.

A todo esto, habrá que agregar una serie de incrementos o reducciones que JUAN Y MATEU⁸⁸⁷ describe acerca de estos principios de remuneración: Donde señala que la cantidad básica se incrementará cuando exista suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, en cuyo caso, según el art. 4.2 del RD-Ley 1860/2004 *“El juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un cincuenta por ciento la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el apartado anterior”*. Un segundo aumento se dará cuando *“En el caso de que el juez hubiera ordenado la tramitación abreviada del concurso, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en este artículo se incrementará entre cinco por ciento y un veinticinco por ciento si la administración concursal estuviera integrada por un único miembro”*.

En caso de reducción de la remuneración por causas sujetas al art. 5 del RD 1860/2004 *“Será la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el artículo 4 se reducirá un veinticinco por ciento cuando se hubiera cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”*.

En caso de propuesta anticipada de convenio, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en los artículos 4 a 6 se incrementarán hasta un veinticinco por ciento (art. 7 RD 1860/2004).

En fase de convenio o de liquidación el art. 9.1 RD 1860/2004 señala que *“La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los meses de duración de la fase de convenio será equivalente al diez por ciento de la retribución aprobada para la fase común”*. En caso de liquidación, *“La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al diez por ciento de la retribución aprobada para la fase común”*.

El futuro reglamento del estatuto de la administración concursal y más en concreto acerca del régimen de retribución de la administración concursal cumple en contenido el mandato

⁸⁸⁷ Vid. JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal. Retribución”, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

acerca de aquellos principios de efectividad y eficiencia⁸⁸⁸ (artículos 14 a 37 del proyecto del real decreto que ordenados en secciones, regulan la remuneración de la administración concursal y la cuenta de garantía arancelaria)⁸⁸⁹. El contenido de cada uno de estas secciones que procederemos a desarrollar descritos en la *Memoria del proyecto del estatuto del administrador concursal expuesto por el Ministerio de Justicia*, se encuentra íntimamente ligado al artículo 34 de la LCon⁸⁹⁰, donde, la sección primera, que comprende los artículos 14 al 16 se emplean como referencia a la intervención en el concurso de la administración concursal en vez del ejercicio de las funciones que les atribuye a los administradores concursales por adecuarse en mayor medida al tenor literal del principio de exclusividad del art. 34.2 a) LC. Con ello, se elimina la previsión de que subsidiariamente

⁸⁸⁸ Se contempla la efectividad de la retribución: “*En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de la administración concursal. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente*”.

⁸⁸⁹ Mediante el procedimiento de convalidación del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social se presentó una enmienda (núm. 190) que fue aprobada e incorporada al texto en la que modifica la letra b) del art. 34.2 LC donde se pretende desarrollar el contenido del principio de limitación, así mismo, se procede a la derogación única del proyecto del Real Decreto 1860/2004.

⁸⁹⁰ Vid. en ese sentido el art. 34 de la LC donde: *1. Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refiere el artículo 27.6. LC*

2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos, al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal y a las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal, de las previstas en el artículo 33.

El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

a) Exclusividad. Los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel;

b) Limitación. La cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes: i) La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por ciento. ii) Un millón quinientos mil euros.

No obstante, el juez de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una remuneración que supere el límite anterior cuando debido a la complejidad del concurso los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50 por ciento de dicho límite.

c) Efectividad. En aquellos concursos que concluyan por la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, se garantizará el pago de un mínimo retributivo mediante una cuenta de garantía arancelaria, que se dotará con las aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

d) Eficiencia. La retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33. La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos.

el juez dicte la remuneración del administrador concursal al que se le hubieran asignado funciones en un convenio concursal sin que en este se indicara su remuneración.

Por su parte, el art. 18 del Proyecto, establece aquellas circunstancias que pueden dar lugar a la corrección de la base retributiva, manteniendo el supuesto de suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre la masa activa (art. 4.2 RD 1860/2004), aunque se reduce el porcentaje máximo de elevación de la remuneración por este concepto del cincuenta por ciento al veinticinco por ciento, al considerarse que un incremento del cincuenta por ciento puede resultar excesivo. Se mantiene también el supuesto de cese o suspensión de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 5 RD 1860/2004) el que no deja espacio para que el juez module el porcentaje de reducción.

Se eliminan dos previsiones del art. 4.3 RD 1860/2004, el que prohibía modificar la remuneración de los administradores concursales profesionales por la prórroga del plazo para la presentación del informe de la administración concursal o por la impugnación del inventario y la lista de acreedores. Se elimina también la norma prevista en el art. 4.5 por la cual la remuneración de la administración concursal se incrementa entre un cinco y veinticinco por ciento cuando se dicte la tramitación abreviada del concurso.

En función a los ajuste del alza y baja que podrán aplicarse sobre la base de remuneración, el art. 19 y 20 del RD recogen distintas circunstancias en las que puede llegar a producirse, incrementando a complejidad del concurso y los costes asumidos por la administración concursal, lo que puede llegar a constituir un justificativo para el incremento de la retribución, en que a discreción del juez, podrá ser hasta el cinco por ciento donde: i) La dispersión geográfica (nacional o internacional) de los bienes y derechos y unidades productivas del deudor, lo que podría dar lugar a mayores costes por desplazamiento. ii) La existencia de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales que añade complejidad al procedimiento al aumentar el peso de las cuestiones laborales. iii) La existencia de valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial que podría incrementar el coste.

Mediante el art. 20 del proyecto del RD se recogen aquellas circunstancias que provocan una reducción de la remuneración de la administración concursal por entenderse que el

desempeño de sus funciones no ha sido satisfactorio. Estos casos vendrán referidos al incumplimiento de las obligaciones de comunicación a los acreedores, que han sido ampliadas mediante la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, el incumplimiento de algunos plazos lealmente establecidos para el cumplimiento de las obligaciones de la administración concursal y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe.

Por último, en esta sección segunda en su artículo 21 se establecerán los plazos para la percepción de la retribución de la administración concursal, donde en el plazo de cinco días tras la firmeza del auto de remuneración se abonará el veinticinco por ciento de la remuneración de la fase común (frente al cincuenta de la actual RD 1860/2004) difiriendo el pago del segundo veinticinco por ciento a los cinco días posteriores a la publicación del informe de la administración concursal.

Nos referiremos ahora a la sección tercera, en la que se regula la remuneración durante la fase de convenio en un único artículo 22, manteniendo el esquema general del art. 9.1 del RD 1860/2004, aunque con la salvedad de que reduce el porcentaje de remuneración del diez al cinco por ciento, y como novedad, se introduce un complemento retributivo del 0,5 por ciento del valor del inventario definitivo que premia la aprobación judicial de un convenio.

En cuanto a la remuneración en fase de liquidación, la sección cuarta artículos del 23 al 26 establece aquellas reglas generales de remuneración por la elaboración del plan de liquidación con un cinco por ciento de la remuneración de la fase común, con un máximo de 3000€ e independientemente del tiempo que se tarde en elaborarlo, presentarlo y que este sea aprobado.

Se modifica aquella remuneración de la ejecución del plan de liquidación para que dependa de su resultado, ello con arreglo a las nuevas reglas establecidas en el art. 23.2 y 24 del proyecto, los honorarios pasan a depender del desarrollo de la liquidación. La remuneración pasa a depender directamente del tiempo que transcurra hasta el fin de la fase de

liquidación, que se calcula como un porcentaje decreciente con la duración de la liquidación sobre el valor definitivo del inventario que se liquida, por ello, mientras más tiempo transcurra, menos honorarios devengará el administrador concursal. Para evitar que este nuevo esquema pueda promover liquidaciones apresuradas de los bienes y derechos del concursado en detrimento de la tasa de recuperación de los acreedores, el art. 24.1 introduce un complemento retributivo del 0,5 por ciento del valor del inventario definitivo cuando se acuerde la venta de una unidad productiva o cuando los ingresos obtenidos en liquidación superen el setenta por ciento del valor definitivo del inventario.

11.2 La pérdida de la retribución

La propia Ley Concursal establece que la remuneración de los administradores concursales podrá modificarse o incluso perderse. En este sentido el art. 34.4 LCon señala que: *“En cualquier estado del procedimiento el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo”*.

Acerca de la pérdida del derecho de retribución establecida en el art. 20 del futuro Real Decreto, se sanciona a los administradores concursales con la pérdida del derecho de retribución por la falta de presentación en plazo del informe de la administración concursal⁸⁹¹; la prolongación indebida de la liquidación⁸⁹² y la falta de asistencia a la Junta de acreedores⁸⁹³, debiendo establecerlo a través de un auto que se publicará en el Registro Público Concursal –*auto donde quedará constancia de la fijación así como la modificación*

⁸⁹¹ En este sentido el art. 74.4 LCon donde: *“Además de la responsabilidad y de la causa de separación en que hubieren podido incurrir conforme a los artículos 36 y 37, los administradores concursales que no presenten el informe dentro del plazo perderán el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y deberán devolver a la masa las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación”*.

⁸⁹² Vid. sobre este tema el art. 153.3 LC establece: *“Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación”*.

⁸⁹³ Vid. el art. 117.1 de la LC que apunta: *“Los miembros de la administración concursal tendrán el deber de asistir a la junta. Su incumplimiento dará lugar a la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación”*.

de la retribución de los administradores concursales- pudiendo ser apelable por el propio administrador concursal y por aquellas personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (ex art. 34.5 LCon).

11.3 La Cuenta Arancelaria

En relación a la apertura de la cuenta en garantía arancelaria establecida en el artículo 34 bis de la Ley Concursal, esta se constituirá en una única cuenta y se dotará con las aportaciones obligatorias a realizar por los administradores concursales dependiente del Ministerio de Justicia. Así, con el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo se crea esta cuenta con cargo a la cual se hará efectivo el pago de la retribución de la administración concursal en aquellos concursos sin masa o con masa insuficiente.

Estas aportaciones a que hace referencia el art. 34 bis de la LCon tienen el carácter de obligatorias; con la cantidad ingresada, a final de año se distribuirá a prorrata entre los administradores quienes no hubieran percibido la retribución que con arreglo al arancel les podría corresponder.

Respecto a aquellos mecanismos de control y supervisión, serán los propios juzgados quienes garantizarán la autenticidad, integridad y disponibilidad de datos, así como permitir la disposición de fondos mediante la expedición de órdenes telemáticas de transferencia y mandamientos de pago. Se determinará además qué administradores concursales deberán realizar la aportación correspondiente y quienes derecho a recibir una cantidad con cargo a la cuenta. Se encomendará a las corporaciones como el Consejo General de la Abogacía Española, Colegio de Economistas y el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, el control de las aportaciones y la distribución de la cantidad resultante en aplicación de las normas del proyecto del real decreto, informando al Ministerio de Justicia de aquellas cantidades ingresadas en la cuenta, además de las transferencias y su cuantía efectuadas con cargo a la misma.

Mediante el proyecto del RD se establecen aquellos porcentajes y exenciones de las aportaciones para quienes cobren una retribución inferior a 2.565 euros deberán notificar al secretario judicial, quien a su vez comunicará al encargado de la gestión de la cuenta para

establecer la autenticidad de las aportaciones, en caso de no hacerlo mediante esta vía, podrá suponer la baja en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal. En este sentido, la dotación de la cuenta de garantía arancelaria en el art. 34 quáter de la LC, establece que las cantidades a ingresar en la cuenta de garantía arancelaria se calcularán aplicando porcentajes de: i) un 2,5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 2.565 euros y los 50.000 euros; ii) Un 5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 50.001 euros y los 500.000 euros; iii) Un 10 por ciento por la remuneración obtenida que supere los 500.000 euros.

11.4 La irrupción de la Sentencia 390/2016 del Tribunal Supremo en relación a los honorarios de la Administración Concursal y su orden de prelación

En espera de la aplicación del Reglamento del Estatuto de la Administración Concursal, y teniendo como base el Proyecto del mismo, irrumpe en el escenario de retribución de la administración concursal, la Sentencia 390/2016 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil de 8 de junio de 2016 que viene a “clarificar” dicho de otro modo, el carácter de los honorarios de las administración concursal y su orden de prelación⁸⁹⁴.

Si bien la retribución de la administración concursal como hemos ido estudiando, debe respetar los principios de exclusividad incluidos en el Real Decreto-Ley 1860/2004, de 6 de septiembre; limitación (4% del activo o 1,5 Millones de Euros); efectividad (acerca de una cantidad mínima) y eficiencia según las funciones desarrolladas; es cierto también que estos criterios se aplican cuando existen bienes suficientes en la masa activa para pagar los créditos contra la masa. En todo caso, el art. 176 bis 2 LCon reconoce que tan pronto conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la

⁸⁹⁴ Vid. STS de 8 de junio de 2016 [RJ 2016/2346] que apunta: “En consecuencia, en ningún caso cabe considerar que la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal sea la de aceptación del cargo, sino que será la de prestación efectiva de los servicios y con los hitos temporales de vencimiento previstos en el mencionado Real Decreto. Es decir, respecto de la primera mitad de los honorarios correspondientes a la fase común, será el quinto día siguiente a la fecha de firmeza del auto de su fijación; y respecto de la segunda mitad, el quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común. Y en cuanto a las fases de convenio y liquidación, por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad. Salvo que el juez, por causa justificada y razonada, altere dichas fechas en relación a concretos servicios ya prestados. Nunca respecto de los servicios que estén pendientes de prestación”.

administración concursal lo comunicará al juez del concurso. Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden establecido en el artículo señalado, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación: *i)* Los créditos salariales de los últimos treinta días; *ii)* Los créditos por salarios e indemnizaciones; *iii)* los créditos por alimentos del artículo 145.2 LCon –efectos sobre el concursado persona natural- *iv)* Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso; *v)* los demás créditos contra la masa.

El Tribunal Supremo en sentencia 390/2016 de 8 de junio de 2016 estima parcialmente el recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)⁸⁹⁵ en una demanda incidental contra la administración concursal, por la que impugnaba la propuesta de modificación del plan de pagos de la liquidación, al considerar que el crédito por honorarios de la administración concursal debe regirse por el art. 176 bis. 5º de la LCon regulador del orden de prelación de pagos de créditos contra la masa, una vez conste que la masa activa es insuficiente para el pago de tales créditos, estableciendo que:

- 1. Los honorarios de la administración concursal son créditos contra la masa imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa, únicamente cuando respondan a actuaciones estrictamente necesarias para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago.*

⁸⁹⁵ Acerca del procedimiento, *cfr.* “Sentencia 390/2016 de 8 de junio” en Noticias Jurídicas, [en línea], disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/11183-el-ts-clarifica-el-caracter-de-los-honorarios-de-la-administracion-concursal-y-su-orden-de-prelacion/>. (Visto por última vez el 5 de octubre de 2016), “El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la pretensión, y consideró los honorarios de la administración concursal generados durante el periodo de tiempo en que se realicen las operaciones previstas en el art. 176 bis LCon debe incluirse dentro de los imprescindibles para concluir la liquidación, y los restantes, en el apartado 4º del art. 176 bis 2.

La audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación por la TGSS, dado que el procedimiento concursal no puede continuar hasta su conclusión sin la intervención de la administración concursal, que por tanto es imprescindible; así como que el resto de sus honorarios no deben postergarse en caso de insuficiencia de masa activa, como si fueran de pero condición que los demás profesionales cuyos honorarios se incluyen dentro del concepto de gastos judiciales y costas.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la TGSS, que es estimado por el TS.

En su recurso, la TGSS combate en primer lugar la consideración de los honorarios de la administración concursal como imprescindibles para concluir la liquidación, ya que existe la posibilidad de que, ante la situación de insuficiencia de masa activa, no se cobre por el desempeño del cargo. A continuación alega que no cabe equiparar dichos honorarios a los créditos por las costas y gastos judiciales, al no haberlos incluido como tales el legislador”.

La Sentencia reconoce un matiz en el art. 176 bis 2 en las que no se otorga un tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa, por ello, señala: *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 cual su importe.*

2. *La determinación de tal carácter de honorarios imprescindibles, así como su importe, se hará a propuesta de la administración concursal y por resolución del juez del concurso, previa audiencia de los demás acreedores contra la masa*
3. *Que el resto de honorarios de la administración concursal se incardinarán en el concepto de “los demás créditos contra la masa”⁸⁹⁶.*

Por supuesto, la Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC) discrepa con el criterio del Tribunal Supremo al considerar que la sentencia discrimina a la administración concursal en comparación con otros profesionales relacionados con el concurso bajo dos aspectos que DE LA MORENA⁸⁹⁷ resume en:

- 1) La consideración de honorarios imprescindibles se hará a propuesta de la administración concursal y por resolución judicial (art. 188.2 LCon), previa audiencia a los demás acreedores, contradiciendo la doctrina, debido a que al someterlos a este trámite se dice que no todos los devengados durante la fase de liquidación son imprescindibles cuando parece evidente que sí lo son.
- 2) Postergar los honorarios de la administración concursal de la fase común y convenio a los de letrado y procurador del concurso es un trato discriminatorio carente de

⁸⁹⁶ Vid. Sentencia 390/2016 de 8 de junio en *Noticias Jurídicas*, [en línea], disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/11183-el-ts-clarifica-el-caracter-de-los-honorarios-de-la-administracion-concursal-y-su-orden-de-prelacion/>, (Visto por última vez el 5 de octubre de 2016).

⁸⁹⁷ DE LA MORENA, G. “Retribución de la Administración Concursal (STS 8 de junio de 2016)”, [en línea], disponible en: <http://delamorena.net/retribucion-la-administracion-concursal-sts-8-junio-2016/>. (Visto por última vez el 23 de octubre de 2016)

justificación entre profesionales liberales cuando existe identidad de razón para darles el mismo trato.

Desde nuestra posición creemos que la sentencia fundamenta su criterio en considerar que la retribución del administrador concursal es la de prestación efectiva de sus servicios; fundamento claro está que no se refleja en la norma concursal (RD 1869/2004) donde se fija la prestación según la fase del concurso⁸⁹⁸.

Esto resultará muy perjudicial para la administración, a quienes más de las veces su retribución quedará postergada y a la vez indeterminada.

12. LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La rendición de cuentas de la administración concursal se encuentra introducida de manera general en el art. 181 de la LCon, no obstante, son varios los preceptos que determinan de manera procedimental el alcance de esta rendición y que los encontramos en los arts. 26 y 183 de la propia ley antes citada; el artículo 133 por su parte, relativo a los convenios, señala también que la administración concursal deberá rendir cuentas desde la eficacia del convenio. Este alcance de normas citadas posee una naturaleza acerca del deber legal de la administración concursal, y que supone una indivisibilidad con independencia de la etapa del proceso en la que nos encontremos, como bien señala BAÑULS⁸⁹⁹, quien además contempla que esta rendición de cuentas de la administración concursal deberá formar un todo continuado y compatible; *“configurado como un facere, que se lleva a cabo para*

⁸⁹⁸ Vid. STS nº 392/2016 de 8 de junio de 2016 [RJ 2016/2346] señala: *“En consecuencia, en ningún caso cabe considerar que la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal sea la de aceptación del cargo, sino que será la de prestación efectiva de servicios y con los hitos temporales de vencimiento previstos en el mencionado RD 1860/2004. Es decir, respecto de la primera mitad de los honorarios correspondientes a la fase común, será el quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común. Y en cuanto a las fases de convenio y liquidación, por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad. Salvo el juez, por causa justificada y razonada, altere dichas fechas en relación a concretos servicios ya prestados. Nunca respecto de los servicios que estén pendientes de prestación”*. Vid. también STS nº 392/2016 de 8 de junio [RJ 2016/2347].

⁸⁹⁹ Vid. BAÑULS, F.A., “La rendición de cuentas de los administradores concursales” en *ADC*, nº 35, Thomson- Reuters, 2015, p. 147.

determinar no sólo el saldo favorable o contrario al titular de los bienes gestionados, sino también si existe o no responsabilidad derivada de la gestión”.

Con el art. 181 de la LCon, y a través de un régimen general se da pie a la obligación de la administración concursal de rendir cuentas, debidamente justificadas acerca de la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes previos al auto de conclusión del concurso⁹⁰⁰.

Respecto al tiempo en que deberá presentarse la rendición de cuentas, la norma no señala un plazo, no obstante el art. 38.4 de la LCon establece que: *“en caso de cese de la administración concursal antes de la conclusión del concurso, el juez ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición, señala el artículo, se presentará dentro el plazo de un mes, contando desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el art. 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso”*. Correspondiendo al juez del concurso comprobar que responden a las exigencias legales debiendo caso contrario instar a que se subsanen. El examen que practique el juez no será del todo exhaustivo debido a que la Junta de acreedores, deberá ser quien valore el fondo y contenido de este, para ello, la administración concursal, deberá justificar documentalmente los aspectos esenciales de las cuentas –facturas, contratos, activos- .

Como bien señala el art. 181 de la LCon la rendición de cuentas deberá ser “completa” donde se establezca una rendición exacta en todos los cumplimientos, en este sentido BAÑULS⁹⁰¹, estudia un régimen general aplicable a la rendición por parte de la administración concursal y señala:

1º La rendición deberá contener aquellas actuaciones referidas a las facultades de administración conferidas en el concurso, bien en el auto bien a posteriori. El análisis lo será partiendo de la intervención o de la suspensión de las facultades de administración y

⁹⁰⁰ Vid. La expresión acerca de todos los informes, deberá referirse a aquellos que se deban acompañar sea cual sea la causa de conclusión del concurso y con independencia de que sea favorable o no la misma. Así la norma contempla cinco causas de conclusión establecidos en el art. 176 de la LCon.

⁹⁰¹ BAÑULS, F., “La rendición de cuentas de los administradores concursales”, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso, y en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal (art. 40.6 LCon). La rendición deberá expresar las operaciones realizadas y no resumir los créditos contra la masa. Así mismo, se deberá justificar otras competencias orgánicas que han influido en los intereses de aquellos ante los que se rinden cuentas.

2º Informes previos al auto de conclusión del concurso que haya realizado la administración concursal y que se refieran a todas aquellas actuaciones procesales en el concurso que se identifican en la norma. Este informe deberá incluir una solicitud de aprobación de las cuentas presentadas.

3º Saldo final de las operaciones realizadas e informe sobre su resultado. Con la rendición culmina el deber de la administración concursal de informar sobre el cumplimiento de sus funciones. Esto exige que dicho órgano presente el Informe de la administración concursal y, dentro de él, una memoria de las principales decisiones y actuaciones realizadas, que ofrezca aclaraciones a los acreedores asistentes a la junta, o a los representantes de éstos; que presente informes trimestrales sobre el estado de las operaciones de liquidación (art. 152 LCon), y que presente al juez, una memoria sobre el estado de la fase de concurso (art. 35.6 LCon)

Una vez presentadas las cuentas y conclusiones del concurso por parte de la administración concursal, se pondrá en conocimiento de las partes interesadas el contenido de esta. No habiendo formulado oposición –en el plazo de quince días- el juez, en el auto de conclusión del concurso las declarará probadas. En caso de oposición, se sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo a la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. En caso de existir oposición a la aprobación de cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia.

Con independencia de que el deudor tuviera suspendidas sus facultades patrimoniales, y así los créditos de los acreedores sean privilegiados, ordinarios o subordinados, podrán formular oposición razonada por escrito ante el juez, pudiendo impugnar uno o varios actos en concreto razonando los motivos de dicha oposición –formales, materiales- .

13. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION CONCURSAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

La responsabilidad civil de la administración concursal resulta ser una relación derivada del conjunto de “*daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia*” (ex art. 36.1 LCon) que le es exigida en el ejercicio de su cargo (ex art. 35 LCon), por ello, la legislación se ha preocupado que aquellos incumplimientos que deriven en daño, se obligue a repararlos⁹⁰². Ante ello, la conducta de la administración concursal ha de ser culpable, constituyendo un presupuesto necesario tanto a aquellos actos ilegales como negligentes, de manera que no podrá existir una responsabilidad objetiva de la administración concursal⁹⁰³.

En el marco de presupuestos que suceden a la responsabilidad encontramos que deberá existir: un *acto u omisión* de la administración concursal en el ejercicio del cargo establecido en el art. 33 de la LCon; otro presupuesto que deviene de la responsabilidad es aquel criterio de imputación, es decir, el papel de culpa de la administración para subrogarse la responsabilidad

Esta responsabilidad, encuentra su fundamento, en aquellos daños y perjuicios causados a la masa⁹⁰⁴, este daño podrá consistir en el aumento o disminución del valor del activo, o en el incremento del pasivo⁹⁰⁵.

⁹⁰² En la Ley 38/2011, se modifica el art. 35 de la LC en relación al ejercicio del cargo del administrador concursal entendiéndose que, si la administración se encuentra integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se llevará a cabo de forma conjunta y mancomunada, con la excepción de que el juez pueda atribuir competencias de carácter individualizado.

⁹⁰³ JUAN Y MATEO, F., “Administración Concursal. Responsabilidad”, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

⁹⁰⁴ Vid. SAP de Asturias de 16 de noviembre de 2016 [JUR 2016/269798], “*Por lo que respecta a la responsabilidad concursal, la reforma operada en el art. 172 bis LCon por el RDL 4/2014, de 7 marzo (RCL 2014, 340) , después convalidado en este extremo por la Ley 17/2014, de 30 septiembre (RCL 2014, 1291) , ha venido a modificar la naturaleza de la responsabilidad concursal para configurarla como una responsabilidad de índole resarcitoria al disponer ahora esta norma que su aplicación lo será "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"* . Por su parte la STS 12 enero 2015 vino a declarar que esta reforma obedece a la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, si bien "este nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las

Sin duda, se trata de un régimen de responsabilidad que pretende compensar el enorme poder que representan a lo largo de todo el proceso concursal, que no se ven afectados por el resultado de sus decisiones, restableciendo, de este modo, el equilibrio entre poder y responsabilidad⁹⁰⁶.

El art. 36 de la Ley Concursal establece el régimen de responsabilidad orgánica de la administración concursal, y de carácter eminentemente civil (lo que ha de separar de aquellos supuestos que engloba la responsabilidad penal, fiscal o administrativa, que tienen su regulación en las normas que le son propias), reparadora de daños, haciendo responsable de los daños y perjuicios causados a la masa.

Consideramos que este artículo de la LCon contiene los presupuestos o requisitos para declarar la responsabilidad civil de los administradores concursales y de los auxiliares delegados, ya que en primer lugar, se exige, la existencia de una acción u omisión antijurídica; en segundo lugar, la producción de un daño; y, en tercer lugar, la existencia de un nexo causal entre ambos.

secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de Derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva".

⁹⁰⁵ Vid. SAP núm. 3 Córdoba de 7 de julio de 2008 [JUR 2009, 95813] donde: *“La Ley Concursal regula dos tipos de acciones de responsabilidad contra los administradores concursales: la acción concursal o colectiva, dirigida a reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos de los administradores concursales (art. 36.1 LC); y la acción individual, dirigida a reparar el daño sufrido por los acreedores y los terceros directamente en su patrimonio (art. 36.7 LC). La legitimación activa es más amplia para el ejercicio de la acción individual ya que, además del deudor y sus acreedores, se legitima a cualquier tercero, quien debe acreditar que determinadas actuaciones u omisiones de los administradores concursales han lesionado directamente sus intereses. La acción concursal de responsabilidad se configura como una acción subjetiva o por culpa cuyos presupuestos son: la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización de actos u omisiones contrarios a la Ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo”.*

⁹⁰⁶ Sobre este tema, *cfr.* MARTÍNEZ SANZ, F., “Responsabilidad Civil y Penal de los administradores concursales”, en *ADC*, nº 31, enero-abril 2014, p. 67. *“El sistema de responsabilidad de la administración concursal se basa en la culpa, jugando un papel importante también la negligencia, en un caso de manera clara y abierta, en el otro implícita: el incumplimiento de preceptos legales (imperativos) conlleva negligencia. No cabe, por tanto, hablar en modo alguno de responsabilidad objetiva de los administradores concursales, ni de dar cabida a la “teoría del riesgo” ni procede aplicar “inversión de la carga de la prueba”. Será en consecuencia la parte demandante quien haya de probar la negligencia de la administración concursal, todo ello sin perjuicio de la eventual aplicación del principio de facilidad probatoria que consagra el art. 217 de la LECiv”.*

En efecto, la responsabilidad surge de determinados hechos de las personas a quienes se confía la administración concursal o actúan como auxiliares delegados. Estos hechos pueden consistir en un hacer o un no hacer, deben vulnerar la Ley o ser realizados sin la debida diligencia. “Ley” entendido en un sentido amplio, incluidas otras normas de rango inferior⁹⁰⁷, así como leyes de naturaleza distinta a la mercantil, como la materia civil, laboral o fiscal, que deberán incluirse dentro el término “Ley”.

Para que nazca la responsabilidad civil se precisa la producción de un “daño”. La acción u omisión de la administración concursal o de los auxiliares delegados tiene que producir un efecto dañoso, pues sin daño no puede haber responsabilidad, es decir, la existencia del daño constituye el elemento esencial para poder reclamar los daños ocasionados. La Ley expresa que serán los “daños y perjuicios” que han de causarse a la masa lo que, en tesis de principio, equivale al daño emergente y al lucro cesante. Para que prospere la acción de responsabilidad estaremos supeditados a lo previsto por el art. 36.1 LCon, en el que será preciso que el daño lo sufra la masa, aunque indirectamente afecte al deudor y a los acreedores⁹⁰⁸.

Un otro requisito es el “nexo causal” entre la acción u omisión ilícitos del órgano concursal o de los auxiliares delegados y el daño y el perjuicio sufrido por la masa. Respecto a este último presupuesto, cabe hacer mención de algunas dificultades si la acción u omisión no tiene un efecto claro y limpio con relación al daño y perjuicio. Es decir, puede suceder que el daño no se produzca por una acción u omisión culposa aislada sino por una relación de hechos que desencadenan el daño y perjuicio a la masa. En este caso, se deberá realizar un análisis en conjunto de todos aquellos hechos que, han podido desencadenar unos efectos determinados.⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ Existen normas con rango de reglamento, que por su peso y contenido, no pueden quedar comprendidas fuera de la expresión.

⁹⁰⁸ Cuando el daño lesione directamente los intereses del deudor, los acreedores e incluso de terceras personas la solución habrá que buscarla en aquello que disciplina el art. 36.7 LCon.

⁹⁰⁹ MORRAL SOLDEVILLA, R., “Comentario al art. 36”, *op. cit.* pp. 404 y ss.

La Ley 22/2003, en su artículo 36.2, consideraba solidaria la responsabilidad de la administración concursal en el ejercicio mancomunado o colegiado de competencias. La reforma concursal, suprime este articulado debido al cambio en el modelo de administración concursal colegiado, aunque en el caso de una administración persona jurídica, la competencia se ejercerá de forma mancomunada (*ex art. 35.2 LCon*) y la responsabilidad solidaria, incluso en los propios auxiliares delegados.

Al establecer el Juez de concurso atribuciones de manera individualizada hacia alguno de los miembros de la administración concursal (*ex art. 35.2 LCon*), la responsabilidad recaerá en el órgano bímembre respecto a las competencias ejercidas, mientras que de tratarse de un único miembro, la responsabilidad sufrirá modificaciones respecto a las competencias ejercidas por ese miembro. El deber de vigilancia en el caso de actos lesivos deberá ser denunciado, ya que de no ser así la responsabilidad recaerá en ambos miembros aunque sólo uno de los administradores hubiere cometido la falta⁹¹⁰.

La mención a aquellos daños que corresponden a la administración concursal en el ejercicio de su cargo y que JUAN Y MATEU, F⁹¹¹., subraya, son tratados de forma individual, es decir, “(...) *acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales...*”. En primer lugar tenemos aquella responsabilidad por daño al *deudor*, que son producidos a aquellos bienes o derechos que resultan inembargables o cuando resulte que, durante el concurso y con cargo a la masa el concursado no pueda obtener alimentos (*ex art. 47 y 84.2.4º LCon.*). Una otra responsabilidad por daño, aquella que se produzca en contra de los *acreedores*, cuando se incumpla aquellos deberes establecidos en el artículo 86 LCon en relación al reconocimiento y clasificación de créditos, o en la fase de convenio, cuando un administrador concursal actuando como presidente de la Junta de acreedores prive a algún acreedor del derecho de asistencia o de voto (*ex art. 116.2 LCon.*). En la fase de liquidación

⁹¹⁰ Los administradores concursales no responderán por aquellos actos lesivos para la masa que previamente hayan sido autorizados por el Juez, pero no quedarán exonerados cuando hubieren influido culpablemente en la resolución del juez sobre la autorización solicitada o cuando hubieren actuado en contra de lo dispuesto por el Juez de concurso.

⁹¹¹ JUAN Y MATEU, F., “Administración Concursal. Responsabilidad”, *op. cit.* p. 242.

cuando la administración concursal deje de satisfacer total o parcialmente el crédito de un acreedor concursal por no haber respetado el orden de pago (*ex art. 154 y ss. LCon*).

En referencia al daño a *terceros* podrán pertenecer a esta categoría aquellos propietarios de bienes que se encontraban en poder del concursado en el momento de la declaración del concurso y que deban ser separados del patrimonio concursal (art. 80 LCon) o los titulares de créditos contra la masa (*ex art. 84.2 LCon*).

Para que la acción de responsabilidad civil prospere, es preciso que concurren además de los presupuestos correspondientes (*ex art. 1089 CCiv*), la carga de la prueba⁹¹², en la que el actor deberá probar, según los casos, la vulneración de la ley o bien la falta de la debida diligencia. En el primer supuesto basta con que el demandante pruebe la infracción legal cometida, en cuyo caso el administrador concursal podrá exonerarse si prueba la ausencia de la culpa (arts. 1101 y 1105 CCiv). En el segundo supuesto, será preciso que el demandante acredite la culpa, es decir, la infracción del deber genérico de actuar con la debida diligencia (*ex art. 36.1 in fine, LECiv*), cuyo patrón es el de un ordenado administrador y un representante leal (*ex art. 35.1 LECiv*), teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, así como las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar (art. 1104 CCiv).

13.1 La responsabilidad penal de la Administración Concursal

La responsabilidad penal de la administración concursal no se encuentra regulada sistemáticamente en ninguna norma, lo que supone ir estableciendo el orden penal de aquellos actos cometidos por los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones en lo relativo al patrimonio y el orden socioeconómico de la empresa.

⁹¹² Hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil, la norma general sobre la carga de la prueba de las obligaciones era el 1214 CC, que la imponía el que reclamaba su cumplimiento. Actualmente, el art. 217 de esta Ley es el encargado de regular la distribución de la carga de la prueba, conforme al cual, corresponde al actor acreditar los hechos en que fundamenta su reclamación. Es decir, quien pretenda ejercitar la acción deberá probar todos los presupuestos de responsabilidad de los administradores concursales. En el apartado 5º de este artículo citado, el deber del Juzgador será el de tener en cuenta la dificultad que el actor puede encontrar para lograr la documentación que, en muchos casos, se encontrará en poder de los propios administradores concursales contra los que se dirige la acción.

Curioso dato el que nos brinda CARRACEDO⁹¹³, respecto a que al día de hoy “*no existe en la jurisdicción penal una sentencia condenatoria respecto de ningún administrador concursal, no precisamente porque este órgano se exima de ser considerado como sujeto activo de ilícitos penales, sino que existe una falta de recursos probatorios debido a su posición en el procedimiento concursal y como no a aquél largo proceso judicial que a la larga se traduce en costoso*”.

Partimos del ejercicio de facultades patrimoniales que ejerce la administración concursal a través del auto de declaración de concurso y que supone asumir el control respecto al patrimonio del deudor, pudiendo de esta manera ser sujetos activos de los delitos societarios –coautores, cooperadores necesarios o cómplices- (art. 28 Código Penal) (en adelante CP). Lo necesario en todo caso, será que la administración concursal posea el dominio del hecho de la administración del patrimonio concursado, con independencia de que se trate de un órgano persona jurídica, persona física o auxiliar delegado nombrado por el Juez de concurso.

La asignación de funciones individualizadas, determinará de sobremanera el dominio del hecho, en este caso no debería responder por tales actos, salvo que se demuestre que su actuación contraviene en aquellos principios de un ordenado administrador, de forma que la omisión podrá ser considerada como una comisión de delito⁹¹⁴.

El artículo 290 del Código Penal establece que: “*Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, o alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*”. La falsedad de las cuentas anuales podrán verse reflejadas en el concurso a

⁹¹³ CARRACEDO CARRASCO, E., “La responsabilidad penal de los administradores concursales” en *ADC*, nº 24, 2011-3, p. 193 y ss.

⁹¹⁴ Aquellos delitos societarios parten del hecho de que lo que se administra es una sociedad, entendida según los términos del Código Penal (art. 297 Código Penal) antes que para el cumplimiento de sus fines, participan de modo permanente en el mercado.

través, como ejemplo, de créditos inexistentes que puedan alterar el informe de la administración concursal (ex. art. 74 y 75 LC).

Existe una ambigua posición respecto a este tema⁹¹⁵, autores como CARRACEDO⁹¹⁶, defienden la imputación a los administradores concursales en aplicación del art. 290 del CP ya que “no se exige que sea “de” la sociedad sino que basta que falseen documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad de forma idónea para causar un perjuicio económico”. Por otro lado esta la duda acerca de la comisión del delito societario por la administración concursal debido a que no nos encontramos ante documentos de la “propia sociedad” sino ante una “memoria”, lo que impediría afirmar que se altere la veracidad de la información, tratándose de un delito de falso testimonio.

La disposición del patrimonio del concursado para la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor puede dar lugar a cometer actos ilícitos contenidos en el art. 295 del Código Penal en relación a la administración desleal, en el que “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los

⁹¹⁵ Vid. SAP de Toledo de 7 de noviembre de 2016, [JUR 2016/275426], que expone: “La fase de calificación es un expediente de valoración de la conducta del deudor en relación con la génesis o agravamiento de su insolvencia. En efecto, en la fase final del proceso concursal se procede a la calificación del concurso con el objeto de determinar si la situación de insolvencia es fortuita, es decir, generada por causas ajenas a la voluntad y actuar del deudor, o bien dicha insolvencia aparece como resultado de acciones imputables a la persona del concursado o de sus administradores sociales, en caso de tratarse de una persona jurídica, con el fin de atribuirles responsabilidad por ello, tanto patrimonial -imponiéndoles la cobertura de todo o parte de los créditos que no puedan satisfacerse en el concurso-, como personal -con inhabilitación para administrar bienes ajenos-. Con ello se llegará a la calificación de concurso culpable, cuando la insolvencia haya sido generada o agravada por dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores, según el juego de presunciones, derivadas de ciertas irregularidades en la gestión patrimonial del deudor, previstas en los artículos 164 y 165 LCon”.

⁹¹⁶ CARRACEDO CARRASCO, E., “La responsabilidad penal de los administradores concursales”, *op. cit.*, p. 196.

bienes, valores o capital que administren, serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa de tanto el triplo del beneficio obtenido”.

El perjuicio económico deberá ser económicamente evaluable, debiendo partir del mandato establecido en el art. 43.1 LCon., en el que se establecerá si esta se trata de una obligación “necesaria” para la conservación de la masa activa para los intereses de los acreedores, labor que resultará sin duda complicada, cuando nos encontramos frente a sociedades con alto riesgo de negocios, no se tratará de dejar inalterado la conservación del patrimonio, lo que se buscará es el no perder aquellos rendimientos óptimos y posibles del deudor concursado.

Por último, hacemos referencia a la apropiación indebida interpretada por el art. 252 del Código Penal que castiga a quien: “(...) *en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros (...)*”.

Es posible que en el ejercicio de las funciones de la administración concursal, este gestione dineros o bienes del patrimonio de la concursada o en su caso perciba pagos en nombre del deudor, no siendo ingresados en el activo del concursado, a sabiendas de que estos bienes podrán ser desviados generando un detrimento hacia el concurso. Ello, no sería imputable, si es que se demostrara que aquellas disposiciones patrimoniales hubieran sido autorizadas judicialmente no existiendo esta conducta típica.

13.2 Responsabilidad tributaria de la Administración Concursal

El seguro de responsabilidad civil, requisito necesario para la aceptación al cargo de administrador concursal, ha sido un móvil del que las compañías de seguro están sabiendo aprovechar para incluir en las pólizas de responsabilidad civil de abogados, economistas, y otros, el aseguramiento de su responsabilidad en sede concursal⁹¹⁷, se debe nombrar

⁹¹⁷ Vid. MUÑOZ VILLARREAL, A., “La responsabilidad tributaria de la administración concursal”, en *ADC*, nº 25, 2012-1, pp. 256 y ss.

también a aquellas Directrices Generales del Plan General de Control Tributario de 2011, que impulsa el control de responsabilidades de la administración concursal.

Cuando la propia administración concursal no lleva a cabo las gestiones necesarias para el cumplimiento íntegro de las obligaciones tributarias, siempre que ellas se encuentren devengadas será responsable subsidiariamente el órgano ante esta deuda (art. 43.1.c Ley General Tributaria) (en adelante LGT). El criterio para poder determinar si un crédito tributario es concursal o contra la masa, es el devengo –motivo por el cual es necesario determinar precisamente la fecha de ese devengo⁹¹⁸–.

La responsabilidad tributaria de la administración concursal se califica en relación a aquellos créditos concursales, sin tener en cuenta si el administrador realiza funciones de control o de propia administración. En el caso de que el administrador concursal ejerza funciones de administración –concurso necesario- será esta misma quien se encargue del pago de los tributos y retenciones de Impuesto de la renta sobre Personas Físicas, y que la propia Ley de Sociedades de Capital otorga a los administradores sociales⁹¹⁹.

Si la administración concursal cumple funciones de control, responderá por obligaciones tributarias de la sociedad, debiendo asegurarse del pago de las mismas y calificarlas correctamente.

El art. 179.3.d) de la Ley general Tributaria exime de responsabilidad tributaria a la administración concursal si se empleó la diligencia necesaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, así también, estará exento de responsabilidad aquél administrador que se opuso a la actuación irregular, debiendo probar el hecho.

⁹¹⁸ El art. 21.1 de la Ley General Tributaria define al devengo como el instante en el que nace la obligación tributaria principal, al realizarse el hecho imponible.

⁹¹⁹ MUÑOZ VILLARREAL, A., “La responsabilidad tributaria...”, *op. cit.* p. 257.

14. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La exigencia de contar con un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente impuesto a la administración concursal resulta un requisito necesario para la aceptación del cargo, esto es así a partir de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con un alcance proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto, inherente para ser nombrado administrador concursal en cualquier tamaño o clase de concurso.

El Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre⁹²⁰ que regula el seguro de la administración concursal reconoce a través del art. 29.1 de la LCon, que tras el nombramiento y dentro de los cinco días siguientes al de recibo de comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Este seguro no corresponde a alguno específico establecido en la norma, siendo posible contratar un seguro que introduzca coberturas sobre riesgos de responsabilidad civil profesional. La excepción a esta obligación se derivará cuando la administración concursal recaiga en una Administración Pública o entidad de derecho público.

La vigencia acerca del seguro deberá mantenerse a lo largo de la tramitación del concurso, debiendo el Juez llevar y ejecutar medidas de control al respecto. Así también deberá la administración concursal prestar la debida información respecto a cualquier modificación, y tiempo de la cobertura. La presentación de la póliza de cobertura del seguro será necesaria en el momento de la aceptación al cargo así como las posteriores renovaciones debiendo acreditarlas ante el Secretario del Juzgado.

Respecto a la delimitación de la responsabilidad deberá sujetarse a una determinada suma asegurada (art. 8 RD 1333/2012); así, esta suma será de trescientos mil euros. La excepción a esta suma, será de ochocientos mil euros cuando, con la aceptación del cargo, el asegurado tenga la condición de administrador concursal en, al menos, tres concursos de

⁹²⁰ BOE nº 241, de 6 de octubre de 2012.

acreedores de carácter ordinario; la suma será de un millón quinientos mil euros cuando se trate de concurso de especial trascendencia⁹²¹; una suma de tres millones de euros cuando el concurso se trate de una entidad de emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos o de una empresa de servicios de inversión; o cuando se trate del concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora⁹²².

Cuando la administración concursal sea una persona jurídica, la cuantía de la suma asegurada será de dos millones de euros; cuando la persona jurídica ejerza las funciones en concurso de entidades de los mercados financieros la suma asegurada de cuatro millones

En relación a la garantía equivalente como alternativa al seguro esta deberá tener un contenido material y temporal en relación al contenido del seguro⁹²³. Para la profesora DE LA VEGA⁹²⁴ *“este contenido se delimita por referencia al contenido del seguro; la inviabilidad de la garantía frente a la técnica aseguradora puede encontrarse en su coste o la insuficiente disponibilidad de estos instrumentos con los que hacer frente a la exigencia legal, atendiendo a que el seguro permite transferir lo costes al asegurado y no sólo los indemnizatorios sino también otros como la asistencia jurídica y gestión del propio siniestro”*.

Con todo, creemos que el seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente corresponde a un interés de protección a los acreedores, más allá de que alguna doctrina

⁹²¹ Artículo 27 de la LCon que encuentra su modificación con el Proyecto de reforma del estatuto de administrador concursal de 2015 hasta la promulgación del Reglamento, estableciendo el carácter de designación de la administración concursal de acuerdo al tamaño del concurso.

⁹²² Acerca del Seguro de la administración concursal: *vid.* SAP de Cuenca de 13 de junio de 2016 [JUR 2016/220449], también: SJM Segovia nº 1 de 7 de enero de 2016 [JUR 2016/71460].

⁹²³ Acerca de la garantía equivalente *Vid.* DE LA MORENA SANZ, G. y DE LA MORENA, A., “El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales” *RDCP*, nº 18, 2013, pp. 356 a 367.

⁹²⁴ DE LA VEGA, B., “El fundamento de la exigencia del aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores concursales”, en ROJO, A., y CAMPUZANO, A. (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, t. II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1612.

señale que este régimen se manifiesta como un excesivo endurecimiento para el acceso al cargo de la administración concursal⁹²⁵, precisamente esta protección indemnizatoria del tercero perjudicado a través de mantener indemne el patrimonio del asegurado de las consecuencias de la responsabilidad civil que implica la toma de decisiones definitivas en la elaboración de informes.

15. COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Desde ya, el complejo elenco de atribuciones que la Ley Concursal otorga a la administración concursal no siempre resulta posible y más aún si la estructura interna del concurso resulta compleja, por esta razón, la misma ley recurre al apoyo de sujetos que coadyuven en la mejor realización de las competencias de la administración concursal.

Estos colaboradores que se encuadran en tres categorías vienen representados por: el auxiliar delegado, el experto independiente y el colaborador interno. Siendo las funciones de cada uno independientes y aunque su retribución se encuentre a cargo de la administración concursal, no resultan ser subalternos de la administración concursal⁹²⁶.

15.1 Los Auxiliares delegados

La mayor parte de la doctrina⁹²⁷ coincide en la necesidad de encontrar soluciones ágiles para el concurso a través de colaboradores que apoyen a la administración concursal⁹²⁸.

⁹²⁵ Bajo esta línea, *vid.* ZUMAQUERO GIL, L., “La responsabilidad civil de los administradores concursales” *Indret, Revista para el análisis del derecho*, nº 1, 2013, pp. 1 a 41.

⁹²⁶ *Vid.* GÓMEZ LOPEZ, E., “Los colaboradores de la administración concursal”, en ROJO, A; GALLEGU, E. y CAMPUZANO, A. (Coords.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 314.

⁹²⁷ *Vid.* DE CASTRO ARAGONÉS, J., “La administración concursal”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 137 y ss.; MORRAL SOLDEVILLA, R., “Artículo 32 de la Ley Concursal” en SAGRERA TIZÓN, J; SALA REIXACHS, A. Y FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 369 al 374, PONS ALBENTOSA, L., “Los auxiliares delegados de la administración concursal tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre” *Boletín de Mercantil*, nº 49, junio de 2012, pp. 3 y 4; QUIJANO, J., “Órganos y concurso de acreedores” *RDCP*, 2011, pp. 59 y ss.; TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Cizur Menor, 2005, pp. 162 y ss.

⁹²⁸ Con la promulgación de la Ley 22/2003, la figura del auxiliar delegado prescrita en el art. 32 se encontraba sujeta a una condición facultativa y condicionada, por la que la administración concursal podía solicitar

Esto ha sido así con la Ley Concursal de 2003, que introduce la figura del Auxiliar Delegado en su artículo 31, en la que la administración concursal debe solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones, incluidas aquellas relativas a la continuación de la actividad del deudor. Esta designación viene condicionada a la potestad discrecional del Juez, donde no cabe recurso alguno a su decisión.

Tras la regulación y modificación por parte de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *de reforma concursal*, añade un segundo párrafo en relación a la existencia de un único administrador y el nombramiento obligatorio de un auxiliar en supuestos específicos⁹²⁹. Posterior a esta reforma se produce otra por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre donde se modifica sólo el numeral del artículo, pero se mantiene su contenido en genérico.

El nombramiento del auxiliar delegado viene recogido en el artículo 31 de la LCon⁹³⁰. Figura que interviene en el proceso concursal tras no tener la administración concursal la capacidad de poder cumplir satisfactoriamente aquellas funciones establecidas por ley, en atención a las variantes que pueden surgir durante el desarrollo del concurso⁹³¹.

autorización al juez para delegar funciones concretas, pudiendo el juez conceder tal autorización, nombrando uno o varios auxiliares.

⁹²⁹ *Vid.* art. 32 de la Reforma de la Ley Concursal 38/2011: *Cuando exista un único administrador concursal, salvo en los supuestos de las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1, el juez, cuando lo considere en atención a las circunstancias concretas, podrá designar, previa audiencia al administrador concursal, un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga aquél y en el que podrá delegar sus funciones conforme al párrafo anterior.*

El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio:

1. ° *En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.*
2. ° *En empresas de gran dimensión.*
3. ° *Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.*
4. ° *En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.*

⁹³⁰ El artículo 31 de la Ley Concursal en el párrafo primero establece que: “[c]uando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquella proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución”.

⁹³¹ Sobre este tema *Vid.* TIRADO, I., Comentario a la Ley Concursal, *op. cit.*, pp. 645 y ss. quien señala que en ninguno de los procedimientos concursales en el Derecho derogado se trataba específicamente el problema de los auxiliares de la sindicatura o de la intervención. En la práctica se recurría frecuentemente a la prestación de servicios por terceros a cargo de la masa, lo que encarecía en gran medida el procedimiento además de constituir uno de los problemas del sistema. El recurso hacia los técnicos tenía una mayor justificación en la quiebra y en el concurso, en la medida en que la sindicatura estaba formada por acreedores,

Será la propia administración concursal quien proponga como auxiliar delegado a cualquier persona que reúna las condiciones necesarias en cuanto a capacitación y profesionalización para acceder al cargo, siendo posible la designación en persona física o jurídica (debiendo esta última designar a un representante persona física) teniendo como límite para la propuesta del auxiliar delegado las incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y recusaciones que se establecen para la administración concursal⁹³².

Podrá suscitarse una excepción, que recoge el propio art. 31 párrafo: “(...)cuando exista un único administrador concursal, salvo en los supuestos de las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1, el juez, cuando lo considere en atención a las circunstancias concretas, podrá designar, previa audiencia al administrador concursal, un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga aquél y en el que podrá delegar sus funciones conforme al párrafo anterior.

Así, el nombramiento de los auxiliares delegados, podrá realizarse de oficio por el juez, esta previsión de nombramiento corresponde a una esfera facultativa y otra de carácter obligatorio⁹³³. Los condicionantes para un nombramiento facultativo radican en la existencia de un único administrador concursal; que el administrador concursal no sea persona jurídica; que el juez considere conveniente el nombramiento en atención a las circunstancias concretas.

En relación a aquella “*previa audiencia al administrador concursal*” con la que el juez pueda facultativamente nombrar a un auxiliar delegado, se otorga la oportunidad a la administración concursal de pronunciarse respecto, en la designación o a las funciones que

sujetos no siempre preparados desde el punto de vista técnico. En muchas ocasiones la contratación de terceros se enmarcaba en la administración ordinaria de la masa, el único límite era la necesidad de autorización judicial del pago, sin que fuera necesario obtener un permiso antes de contratar al auxiliar (art. 1357 LEC 1881).

⁹³² Para un mejor estudio *Vid.* JUAN Y MATEU, F., “Auxiliar Delegado” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES J.A., (Dirs.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, T. I, p. 360 y ss. MORRAL SOLDEVILA, R., “Auxiliares Delegados”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., (Coord.), Barcelona, Bosch, 2004, pp. 371 y ss.

⁹³³ *Vid.* QUIJANO, J., “Órganos y concurso de acreedores”, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

debieran derivarse así como el criterio para el establecimiento de su retribución; aunque de cualquier forma, la opinión del administrador no será vinculante en la decisión que adopte el juez.

Por otro lado, en aquellos concursos ordinarios de especial trascendencia, el nombramiento de al menos un auxiliar delegado resultará obligatorio (art. 31 LCon) cuando exista: 1) *Empresas con establecimientos dispersos por el territorio*, y que según expone el RD 1860/2004 de 6 de septiembre (aún vigente hasta la aprobación del reglamento del estatuto jurídico del administrador concursal), en relación a los arancel de derechos de los administradores concursales, la dispersión geográfica no resulta del todo un tema novedoso⁹³⁴ debido a que se establece el incremento en su retribución en la medida en que sea superior al número de empresas o en su defecto, radiquen estas empresas en distintas provincias; la dificultad radica en que el artículo 31 de la LC no distingue acerca de grados de dispersión territorial, ni el número mínimo de establecimientos. 2) *Empresas de gran dimensión* en adecuación al número de trabajadores, estimación inicial del pasivo y la cifra de negocios⁹³⁵.

Las funciones propias de los auxiliares delegados estarán sujetas a una previa negociación interna con la administración concursal, debiendo en todo caso, la propia administración entregar al auxiliar delegado un documento –copia testimoniada del auto del juez– que acredite la delegación y dote a este de las funciones delegadas. Estas funciones, como señala GÓMEZ⁹³⁶, serán meramente indicativas, de manera que el auxiliar delegado conservará margen de discrecionalidad, debido a que la delegación concursal no es un

⁹³⁴ Vid. JUAN Y MATEU, F., “Auxiliar Delegado”, *op. cit.* pp. 362 a 363.

⁹³⁵ Vid. AJM 3 Barcelona de 15 de noviembre de 2004 [AC 2004, 1896]: *Al no haberse definido el sistema de retribución de los auxiliares, pero, en cualquier caso, queda definido y limitado que las retribuciones son a cargo de lo que corresponda a los administradores concursales, las retribuciones de los administradores quedan sometidas al arancel y habrá de ser en las resoluciones en las que, provisional o definitivamente, se fijen esas retribuciones en las que bien acudiendo a un porcentaje de las mismas, bien preestableciendo una cantidad determinada, se pueda concretar el pago de honorarios en función de las tareas asumidas y siempre con el límite máximo derivado del arancel.*

⁹³⁶ GÓMEZ LOPEZ, E., “Los colaboradores de la Administración Concursal”, *op cit.*, p. 322.

simple mandato para ejecutar, sino que requerirá el desarrollo de una actividad intelectual decisoria por parte del auxiliar delegado.

Con todo, los auxiliares delegados designados, cumplirán aquellas funciones que el juez especifique en el auto de nombramiento; no pudiendo, en ningún momento, delegar sus funciones que les hayan sido delegadas, debiendo requerir una nueva autorización judicial. En este mismo Auto, el juez, establecerá la retribución a percibir por los auxiliares a cargo de la administración concursal.

La terminación de la delegación se establecerá por aquella revocación de funciones, por el cumplimiento de las funciones, renuncia, fallecimiento, o por la condición de incapaz, inhábil o en su caso, por la suspensión o clausura del proceso concursal.

Mediante el escrito de solicitud de nombramiento de los auxiliares delegados, la administración concursal será quien incluya aquellos criterios para la retribución que el juez aceptará o no, este cálculo, estará ligado en aquellas circunstancias del mercado en el que opere el candidato, sin que ello sea un factor vinculante, más aún si la propuesta deba señalar la cuantía, plazos y condiciones de pago.

15.2 El Experto Independiente

Bajo la premisa de asesoramiento, nos encontramos frente a una nueva figura de auxilio en las funciones de la administración concursal, nos referimos en este caso al Experto Independiente⁹³⁷, cuyo régimen de intervención se encuentra dispuesto en el art. 83 de la Ley Concursal, que en su planteamiento original en la Ley de 2003 no contenía el régimen

⁹³⁷ Acerca del estudio del experto independiente, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P., “Comentario al artículo 83 de la Ley Concursal” en AA. VV. BERCOVITZ, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I., Madrid, 2004, pp. 966 y ss.; SÁNCHEZ MAGRO, A., “Auxiliares delegados y Expertos Independientes en la Ley Concursal”, en MOLINA, M (Coord.) *La Ley Concursal y la Mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Dykinson, 2014, p. 87.; RECALDE, A. “Asesoramiento de expertos independientes” en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1489 y ss.; SOLER, L. “La retribución de la administración concursal. Análisis del RD 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. La retribución de los auxiliares delegados y los expertos independientes”, en *RDCP*, nº 3, 2005, pp. 39 y ss.; GÓMEZ LOPEZ, E., “Los colaboradores de la Administración Concursal”, *op cit.*, p. 328.

de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad que se introdujo por el Real Decreto Ley 3/2009, y que modificó su marco legal

La estructura del experto independiente se configura a través de dos tipos de profesionales: el primero de ellos es un especialista en valores de bienes o de derechos y un segundo especialista que determine la viabilidad de las acciones acerca de la formación del inventario.

Entre la administración concursal y el experto independiente deberá existir una relación de confianza –al igual que con el auxiliar delegado- y esto viene reflejado por la solicitud del nombramiento por parte de la administración donde constará la identidad de las personas físicas o jurídicas que se consideren idóneas para el ejercicio del cargo⁹³⁸. Debiendo el juez del concurso verificar los requisitos de formación e independencia⁹³⁹ que se introdujo con la reforma de 2009.

Los informes que emitan los expertos independientes serán referidos al avalúo de bienes y derechos que se integran en la masa activa del deudor común, así como la viabilidad y éxito de las acciones rescisorias concursales⁹⁴⁰. La forma y plazo de estos se atenderá a la presentación del inventario que presente la administración concursal al cual deberá de adjuntarse.

⁹³⁸ GÓMEZ LOPEZ, E., “Los colaboradores de la administración concursal”, *op. cit.*, p. 329.

⁹³⁹ Sobre este tema *cf.* MORALEJO, I., “Expertos Independientes” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2004, p. 1407, señala: “El juez del concurso es el único competente para nombrar a los expertos independientes si bien ha de hacerlo a propuesta de la administración concurso. El presupuesto para su nombramiento de los expertos independientes es que la administración concursal considere necesario su asesoramiento”.

⁹⁴⁰ *Vid.* SAP de Alicante de 8 de julio de 2016 [JUR 2016/213394], “El experto independiente no es administración concursal, ni auxiliar delegado, sino un mero asesor, que en modo alguno gestiona fondos ajenos, ni es órgano del concurso. La rendición de cuentas está reservada para quien gestione intereses ajenos; de ahí que, en ningún precepto, ni siquiera por remisión se prevea trámite alguno de rendición de cuentas del experto independiente.

La STS 22 de julio de 2015 [RJ 2015, 3289] reserva la rendición de cuentas a los casos de gestión de patrimonios ajenos, al razonar que;”(...) el art. 181 LCon exige que la administración concursal confeccione una completa rendición de cuentas de su actuación que justifique la utilización que haya hecho de las facultades que le fueron conferidas, con información del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando su aprobación”.

El experto independiente percibirá su retribución por los informes y dictámenes que emita con cargo a la retribución de la administración concursal y que también se unirán al inventario (*ex art. 83.3 LCon*).

15.3 Los Colaboradores Internos

El artículo 32.4 de la LCon establece que: “*el nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor*”, la connotación de colaboradores internos de la administración concursal son aquellos que prestan un servicio o actuación de carácter material en interés de estos⁹⁴¹.

Este conjunto de colaboradores se encuentran dentro la empresa del órgano concursal, incluso aquellos que se constituyan de forma esporádica u ocasional como colaborador con ellos. Es necesario señalar que los colaboradores no se encuentran habilitados para realizar ningún acto de trascendencia en el concurso propio de la administración concursal, es decir, estos no poseen representación alguna, debido a que su función se concentra en el interés sólo de la administración concursal de quienes dependerá su retribución.

⁹⁴¹ *Vid.* GÓMEZ LOPEZ, E., “Los colaboradores de la administración concursal”, *op. cit.*, p. 331.

CAPÍTULO III

EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley Concursal otorga e impone a la administración concursal, dentro de sus funciones, el establecer y analizar los datos y circunstancias del deudor, que se encuentra expresado en la memoria presentada por éste –*que en principio puede no ajustarse a la realidad*– (art. 6.2 LCon), así como la contabilidad del mismo⁹⁴², debiendo establecer una comprobación objetiva acerca de la delimitación de la masa activa y pasiva del concursado a través del inventario y la lista de acreedores, unidos todos ellos a un informe previsto en el art. 75 de la LCon⁹⁴³.

Este informe, cuya característica y naturaleza jurídica corresponde a un cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas durante la fase común del concurso⁹⁴⁴ mediante un contenido reglado enunciará, tanto al juez del concurso como a los interesados –

⁹⁴² Vid. MARIMÓN DURA, R., “Informe de la Administración Concursal”, en BELTRÁN, E y GARCÍA-CRUCES, J. (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 1762.

⁹⁴³ Acerca del informe y su importancia *cfr.* ROQUETA RODRÍGUEZ, M., “Artículo 74 LCon” en SAGRERA TIZÓN, J.; SALA REIXACHS, A y FERRER BARRIENDOS, A, (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 919 donde: “En la anterior Ley de Suspensión de Pagos el informe o dictamen de los interventores era probablemente la misión más delicada e importante de los interventores, al ser una pieza fundamental en el desarrollo del procedimiento. Tomando como base el dictamen de los interventores, el juez calificaba la suspensión de pagos en insolvencia provisional o definitiva con importantes consecuencias para la tramitación del procedimiento y para la responsabilidad del deudor. (...) Así, la inclusión en el activo de bienes de difícil realización y la falta de inclusión en el pasivo de deudas posteriores al inicio de la tramitación del expediente hacía que empresas declaradas en insolvencia provisional, y con bienes suficientes para atender el pasivo según un balance realizado con estos criterios, no pudiera atender el pago de las deudas con acreedores concursales. (...) En la nueva Ley Concursal la situación patrimonial no está vinculada directamente a las consecuencias sobre el deudor ya que la calificación de la insolvencia y la declaración de culpabilidad atiende a cuestiones como: incumplimiento de obligaciones contable, presentación de documentos falsos, alzamiento de bienes en perjuicio de sus acreedores, actos de simulación. Por ello, el Informe de los Administradores podemos distinguir dos grandes apartados, los aspectos cuantitativos y cualitativos. (...) En esta nueva concepción del concurso hace posible que podamos encontrarnos con situaciones de “desbalance” en el sentido que la masa activa sea inferior a las deudas del concurso pero que la actividad futura haga posible y previsible que pueda hacerse frente al convenio”.

⁹⁴⁴ Vid. ALONSO ESPINOSA, F., “El informe de la Administración Concursal” en RDCP, nº 2013, La Ley, pp. 101 al 114.

concurado, acreedores así como otros sujetos con expectativas e intereses en el concurso-, una información lo bastante clara y veraz acerca de la situación actual del patrimonio del concurso⁹⁴⁵.

Así, el informe es, por *autonomasia*⁹⁴⁶ la función más relevante de la administración concursal⁹⁴⁷ por constituirse en el núcleo central y funcional del concurso⁹⁴⁸, *un vértice*

⁹⁴⁵ La exigencia a la administración concursal acerca de la elaboración del informe deberá cumplirse aún el procedimiento sea aquél establecido por el art. 191 de la LCon, es decir, un procedimiento abreviado, o cuando el juez según las circunstancias del procedimiento establezca la conversión de un procedimiento ordinario al abreviado, debiendo el informe sujetarse a la estructura establecida en el art. 75 de la LCon, con la salvedad del plazo de presentación ya que en el concurso abreviado este será de un mes.

⁹⁴⁶ Vid. ALONSO ESPINOSA, F., “El informe de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁴⁷ Vid. SJM Valencia de 13 de julio de 2005 [AC 2005, 1558] al señalar: “*El informe de la administración concursal conforma un eje central del proceso, en cuanto que hasta ese momento el devenir procesal se ha producido en base a las circunstancias evidenciadas a partir de los estados contables y demás datos aportados por el deudor, que pueden no ajustarse a la realidad. Por el contrario, el informe de la administración concursal ya supone una comprobación objetiva del estado de la situación económica y patrimonial del deudor, con detalle de su activo (inventario de la masa activa) y de su pasivo (lista de acreedores). El contenido del informe presenta un marcado carácter económico-contable, aunque también se integra con elementos jurídicos*”.

⁹⁴⁸ Acerca del estudio del informe de la administración concursal, *vid.* ALONSO LEDESMA, C., “Delimitación de la masa pasiva: las clases de crédito y su graduación” en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, Dilex, 2003 pp. 357 y ss.; AYALA BLANCO, J “Aras 74-75”, en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II., Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 1435 y ss.; ARROYO, I. y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal*, Madrid, Tecnos, 2016; DE CASTRO ARAGONÉS, J., “La Administración Concursal”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 119 al 162; MALAGÓN RUÍZ, P., “Estructura del Informe e Inventario de la masa Activa” en MARTÍN MOLINA, P.; GONZÁLEZ BILBAO, E., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J., (Coords.), *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 253 al 262; FRIGOLA RIERA, A., “El incidente de impugnación de la lista de acreedores” en AA.VV., BELTRÁN, E. y PRENDES, E., *Los Problemas de la Ley Concursal*, Pamplona, 2009, p. 245; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “De la presentación del informe del administrador concursal” en AA.VV., GALLEGO SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, T.I., Madrid, Las Rozas ed., 2005, pp. 865 al 898; GALLEGO SÁNCHEZ, E., y MASCARELL NAVARRO, M., “El informe de la administración concursal” en HERNANDEZ MARTÍ, J., (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 313 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, F., “Estructura del Informe” en AA.VV., PRENDES CARRIL (Coord.), *Tratado Práctico Concursal*, T. III., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2009, pp. 29 al 127; HERNANDO CEBRÍA, L., “El juicio de la información contable en el informe del administrador concursal” *ADC*, nº 18, 2009, pp. 199 al 243; IZUEL GASTÓN, J., “Informe de la Administración Concursal. Textos definitivos”, en MARTÍN MOLINA, P.; DEL CARRE, J., (Coords.), *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 227 al 236; PASTOR VEGA, D., *Informes de la Administración Concursal*, 3ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; NOVAL PATO, J., *El informe de la Administración Concursal*, Madrid, La Ley, 2008, RECALDE CASTELLS, A., “El informe de la administración concursal (I): estructura del informe y determinación de la masa activa” en QUINTANA, I;

*informativo de la base sustantiva de las circunstancias del deudor, su patrimonio y sus actividades*⁹⁴⁹, es lo que denominamos una próxima visión económica del concurso que resulta muy necesaria dando pie a una interrelación entre lo jurídico y lo económico.

Una definición próxima a este informe concursal es la que brinda PASTOR⁹⁵⁰ cuando afirma: “*Estamos frente a un documento mercantil de carácter vinculante respecto a la cuantía, calificación y graduación de créditos concursales y su afección al convenio o liquidación y de carácter informativo respecto al inventario de la masa activa, la evolución de la situación jurídica y económica así como de las razones que han determinado la situación de insolvencia y su evolución*”. Lo que realmente resulta importante entender, es que estamos frente a un instrumento decisivo, y tal es la importancia del mismo, que para completar el fin previsto es necesario, si así lo requiere la administración concursal, la participación de expertos y auxiliares delegados -remitiendo su estudio al capítulo anterior-.

Teniendo claro el objetivo que persigue el legislador con el informe concursal, cabe interrogarnos acerca del carácter o no de vinculación del mismo. La doctrina especializada⁹⁵¹ da cuenta de que el Informe en ningún caso contiene ese carácter vinculante; a nuestro entender, esto es así, porque el juez, a través de su discrecionalidad⁹⁵² y los acreedores en su inconformidad pueden, a través de la vía como la impugnación (art.

BONET NAVARRO, A.; GARCÍA-CRUCES, J. (Coords.), *Las Claves de la Ley Concursal*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 381 y ss.; RECALDE CASTELLS, A., “De la presentación del informe de la administración concursal”, en ROJO, A., y BELTRÁN, E., *Comentarios de la Ley Concursal*, T. I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 120 y ss.; VIVES RUIZ, F., “Contabilidad y cuentas del deudor” en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 3389 y ss.; SANJÚAN Y MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración Concursal*, Madrid, Dijusa, 2004; TIRADO MARTÍ, I., *Los Administradores Concuriales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

⁹⁴⁹ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., “El juicio de la información contable en el informe de la administración concursal”, *op. cit.*, p. 202.

⁹⁵⁰ PASTOR VEGA, D., “Informes de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁵¹ UREÑA MARTÍNEZ, M., “De la presentación del informe de la administración concursal”, *op. cit.*, p. 1762; NOVAL PATO, J., *El informe de la Administración Concursal*, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁵² La administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso. En cualquier momento, el juez podrá requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso (ex art. 35 LCon).

96 LCon), solicitar la inclusión o exclusión de bienes y derechos, así como del aumento o disminución del avalúo de aquellos incluidos. Pero, debemos estar atentos de que esta impugnación se circunscribe únicamente a lo que detalla el art. 96 LCon y no así el informe en su conjunto, no siendo posible impugnarlo, pero sí solicitar el Derecho de información del mismo, en que, acreedores asistentes a la junta o sus representantes pueden solicitar aclaraciones acerca del informe de la administración concursal, su actuación, así como los escritos de evaluación emitidos (*ex art. 120 LCon*).

2. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL INFORME

El legislador, a través del art. 75 de la LCon ha definido de forma al menos clara, el contenido del informe concursal. Para ello, establece que este deberá contener: en primer lugar, un análisis de los datos y circunstancias del deudor, expresado en la memoria económica y jurídica del mismo, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular⁹⁵³ (*ex art. 6.2.2º LCon*). Dicho de otra forma, este análisis lo que permite es la valoración y juicio que la administración concursal determina en función a la documentación aportada por el deudor en la solicitud o declaración del concurso⁹⁵⁴.

Un segundo elemento relacionado a la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria previstos en el art. 6.3 LCon y un tercer elemento, que corresponde a la Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

Además de estos tres contenidos, se deberán unir, documentos relativos al inventario de la masa activa⁹⁵⁵, lista de acreedores, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de

⁹⁵³ Vid. SJM nº 1 de Bilbao 14 de febrero de 2006 [AC 2006, 178], “(...) *El informe de la administración concursal tiene que atender al momento en que dispone la ley, es decir, y conforme a una interpretación sistemática de la Ley Concursal, a la fecha en que se declara el concurso*”.

⁹⁵⁴ Vid. MARIMÓN DURÁ, R., “Informe de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 1763.

⁹⁵⁵ Vid. SAP Oviedo de 16 de enero de 2012 [JUR 2012, 43796], donde: “(...) *El inventario que se incluye en el informe de la administración concursal no es otra cosa que un elenco de aquellos bienes y derechos que, en función de la información disponible en el momento de su elaboración, se considera que pueden pertenecer al deudor concursado, pero en modo alguno constituye una lista petrificada y vinculante de*

convenio, el plan de liquidación y, la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.

Por último, la conclusión del informe contendrá la exposición motivada de la administración concursal acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso, precisamente este último punto es lo que determina que el informe no limite su alcance a tan sólo a lo ya referido.

2.1 El análisis del contenido de la memoria

Según consta en el art. 75.1 de la LCon, el informe contendrá el análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el art. 6.2.2º LCon. Es lo que el profesor ROJO⁹⁵⁶ viene a señalar cuando a la solicitud se deberá acompañar los documentos que la Ley enumera, distinguiendo entre documentos generales o comunes a toda clase de deudores (art. 6.2 LCon) y documentos especiales.

“Algunos deudores sólo deberán aportar los documentos generales; otros, por el contrario, deberán acompañar también otros documentos, según concurran o no en ellos las distintas exigencias de documentación especial establecidas en la Ley Concursal. Mientras que los documentos generales o comunes (poder, memoria, inventario y la relación de acreedores) tienen que ser presentados por cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (o herencia no aceptada pura y simplemente), los documentos especiales son los que deben acompañar aquellos deudores que estén legalmente obligados a llevar contabilidad (art. 6.3.1º y 2º LCon), aquellos deudores que estén obligados a comunicar y remitir “estados financieros intermedios” a las autoridades supervisoras”.

activos que resulte oponible a terceros. La función del inventario es meramente informativa pues ni crea ni extingue derechos”.

⁹⁵⁶ Acerca de la presentación de la memoria, *vid.* ROJO, A., “Artículo 6”, *op. cit.*, p. 249.

Como bien establece este apartado, lo que la administración concursal deberá elaborar es un análisis de estos datos aportados, que comprende no serán insertos en el informe tal cual lo haya presentado el deudor puesto que su entrega no se realiza directamente en la figura de la administración concursal, sino que deberá ser acompañada por el propio deudor en la solicitud de concurso voluntario⁹⁵⁷ (*ex art. 6.2 LCon*) o en su caso, a solicitud del juez en el auto de declaración del concurso necesario, para que en el plazo de diez días a contar desde su notificación, el deudor lo deba presentar (*ex art. 21.1.3º LCon*)⁹⁵⁸.

El contenido de este análisis, que resulta un primer acercamiento a la realidad de la empresa y de los bienes, pretende ser una radiografía acerca de la evolución económica del concursado, con la debida atención a las circunstancias que han supuesto la declaración de concurso⁹⁵⁹. Por ende, el contenido se fundamentará, a través de una línea descriptiva, por un lado, que contendrá: la historia económica y jurídica; una relación de actividades desarrolladas por el deudor en los últimos tres años; una relación de titularidades acerca de los establecimientos, oficinas y explotaciones del deudor.

⁹⁵⁷ En este sentido, *cf.* MORÁN CRUZ, L “De la presentación del informe del administrador concursal”, en AA.VV. SALA, A; MERCADA, J. y CUAVILLAS-ALONSO, J., (Coords.), *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, 2004, pp. 383. “*La tarea del administrador concursal es llevar a cabo su propio análisis de los datos y circunstancias del deudor, aunque naturalmente puede basarse o tener en cuenta la descripción que acompaña a la solicitud. Por tanto, es necesario que se valoren los datos y se refleje las conclusiones de dicha valoración*”.

⁹⁵⁸ *Cfr.* NOVAL PATO, J., “*El informe de la Administración Concursal*”, *op. cit.*, p. 29, dedica especial atención a que en el Derecho español, la presentación obligatoria de una memoria ha sido un requisito tradicional en el Derecho Concursal (arts. 1018 CCom, 2.3 LSP y 1157.3 LECiv de 1881), señala así mismo que conviene extremar las precauciones a la hora de establecer semejanzas entre el informe de la administración concursal y el dictamen de los interventores. “*Precisamente, en el derecho concursal actual, a diferencia, precisamente del régimen anterior, el contenido de la memoria va más allá de la simple reproducción de las causas motivadoras de la situación de insolvencia*”.

⁹⁵⁹ En palabras de ROJAS i GRAELL, J., *Administración concursal de empresas. Guía orientativa de actuación profesional*, Cedecs, 2005, [en línea], disponible en: <http://app.vlex.com/biblioteca5.uc3m.es/#ES/vid/253362>. (consultado por última vez el 17 de junio de 2016). “*El objetivo de la administración concursal es tener una idea general de la empresa en cuanto a su producto y medios y sistemas de producción, de sus costes y de sus precios en relación a la competencia; así como las previsiones acerca de la evolución de la demanda y de todos aquellos factores que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa*”.

En segundo lugar, tendremos un análisis valorativo, que incluirá las causas del estado en que se encuentre el patrimonio del deudor; propuestas de viabilidad a través de un examen cuantitativo y cualitativo de los distintos elementos que componen la empresa.

Cuando se trate de un concurso voluntario con propuesta de continuidad el deudor deberá: demostrar el cumplimiento de obligaciones formales y demostrar la viabilidad de la empresa además de presentar una propuesta de convenio (*ex art.* 100.5 LCon).

En resumen, la memoria se constituye como un documento de trascendencia que servirá como punto de inicio para la confección de la masa activa y pasiva, como también la propia calificación que adopte la administración concursal⁹⁶⁰, sea este fortuito o culpable. Aún ello, no debemos perder de vista que siendo un documento de trascendencia reconocida en el procedimiento la imagen que dará el deudor en ella es subjetiva, debido principalmente a que esta se elabora por el propio concursado, dando lugar a una utilidad algo debatible si es que la información no fuera contrastada por la administración concursal quien confirmará la veracidad de los datos o en su caso deberá de corregirlos⁹⁶¹.

Ahora bien, cuando la administración concursal se encuentre frente a un deudor persona física podría plantearse que la labor de esta sea mucho más sencilla, eso porque la comprobación que se realiza versa sobre la fecha de nacimiento del deudor, nacionalidad, domicilio de este; así también si este estuviera casado, la identidad del cónyuge del deudor, junto a la expresión de su régimen económico matrimonial⁹⁶², cuando esto sea así, es decir, que el concursado se limite a indicar la identidad de su cónyuge, podrá la administración

⁹⁶⁰ *Vid.* ROBLES DÍAZ, J., “La memoria que acompaña a la solicitud de concurso voluntario al amparo de la Ley 22/2003, de 9 de julio” [en línea], disponible en: http://www.aacp.es/attachments/File/extraerarchivo2_164.pdf. (visto por última vez el 13 de julio de 2016).

⁹⁶¹ Al respecto, AYALA BLANCO, J “Artículos 74 y 75”, en SANCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II, Valladolid, Lex Nova, p. 1468. Apunta a que en la Memoria no sólo deberán aportarse datos objetivos, también aquellas apreciaciones del deudor sobre las causas del estado de insolvencia y sobre la viabilidad patrimonial.

⁹⁶² *Cfr.* NOVAL PATO, J., *El informe de la Administración Concursal*, *op. cit.*, p. 32. Entiende que en la medida en que la Ley Concursal establece que los créditos correspondientes a personas especialmente relacionadas con el concursado deben ser calificados como créditos subordinados (art. 92.5º LCon), el deudor puede haber optado por identificar a tales personas de forma específica en la memoria (art. 93.1 y 3 LCon).

concurzal no estar obligada a la confección de la lista incluyendo a esas personas, esto porque muchas veces estas tareas podrían resultar demasiado amplias, siendo la verdadera utilidad de su incorporación demasiado escasa⁹⁶³. Parecerá más adecuado, como señala PULGAR⁹⁶⁴ que la administración concursal, una vez examinado las comunicaciones de créditos, compruebe si en cualquier caso existe algún acreedor en que concurra dicha condición, siendo necesario enumerar a todas las personas especialmente relacionadas con el deudor.⁹⁶⁵

Resulta bastante acertada la afirmación de NOVAL⁹⁶⁶ cuando señala que cada deudor seguirá un criterio propio o personal en la manera de organizar la presentación de la información. Con independencia de este planteamiento del deudor, el informe de la administración concursal deberá llevar la tarea de verificación, incluso atendiendo los criterios relativos a persona física o jurídica en función a lo establecido en el art. 6.2.2º de la LCon⁹⁶⁷.

2.1.1 Historia económica

En la relación histórica económica de la empresa, el deudor, deberá aportar aquella información de carácter obligatorio, con el fin de aclarar y al mismo tiempo establecer la evolución económica de la empresa concursada. En esa línea, GALLEGO⁹⁶⁸ viene a reconocer que lo que se busca con la historia económica es una descripción en la que se encuentra la empresa en su momento de constitución y a lo largo de su existencia, para ello,

⁹⁶³ Aun cuando el concursado sea persona física como jurídica, la administración concursal debe garantizar que la memoria recoge con integridad la actividad de carácter profesional o empresarial a las que el deudor se ha dedicado en los últimos tres años (art. 6.2.2º LCon).

⁹⁶⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del Concurso de acreedores*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 450 y ss.

⁹⁶⁵ *Vid.* ROJO, A., “Artículo 6”, *op. cit.*, P. 260.

⁹⁶⁶ NOVAL PATO, J., *El informe de la Administración Concursal*, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁶⁷ La administración concursal, así mismo, en caso de falta de presentación de la memoria por parte del deudor, deberá suplir la misma, siempre que esto resulte factible y de suma relevancia.

⁹⁶⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Ley Concursal, Comentarios, jurisprudencia y formularios*, en AA.VV, GALLEGO, E. (Coord.), T.I., Madrid, La Ley, 2005, pp. 865 a 898.

será necesario relatar cuáles han sido aquellas líneas de producción, en qué porcentaje se dedica a la exportación y al mercado nacional y cuáles son sus fuentes de aprovisionamiento.

Compartimos la opinión de GONZÁLEZ⁹⁶⁹ cuando reconoce que la disciplina financiera incluye una amplia metodología para poder alcanzar objetivos de discriminación en un contexto general. Pues, a pesar de que la labor del juez únicamente pretende graduar las insolvencias, y aun cuando este cometido tenga un campo de actuación restringido, es perfectamente lógico y racionalmente aconsejable, desde un punto de vista financiero, que se asuman y utilicen instrumentos y métodos apropiados en los planteamientos generales. Y, en consecuencia, al tratarse de un análisis histórico, en el informe de la administración concursal se dará cuenta de los cambios propiciados por la evolución de los ciclos económicos en el mercado y en qué medida la empresa ha logrado reaccionar frente a estos.

Por su parte MARIMÓN⁹⁷⁰ toma de relieve la política financiera de la empresa concursada, es decir, si en ella se ha optado por una capitalización (aumento de capital, constitución de reservas y reinversión de beneficios) o en qué medida, se ha recurrido a una refinanciación externa, bien a través de financiación bancaria, bien por medio de la emisión de obligaciones, o mediante préstamos sustitutivos de capital obtenido por los socios.

Por esta razón, el desarrollo de esta información acerca de la historia económica, deberá adecuarse al precepto establecido en el artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital⁹⁷¹, y que se resume en⁹⁷²:

⁹⁶⁹ GONZÁLEZ PASCUAL, J., “La Valoración en los procesos concursales” en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXVIII, nº 98, enero-marzo, 1999, pp. 221 a 249.

⁹⁷⁰ MARIMÓN DURÁ, R., “Informe de la Administración concursal” *op. cit.*, p. 1765.

⁹⁷¹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, *BOE*, nº 161, de 3 de julio de 2010.

⁹⁷² Artículo 260 modificado por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (*BOE* núm. 173, de 21 de julio de 2015), que también modifica la Ley de Sociedades de Capital Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (*BOE* nº 158, de 3 de julio de 2015)

- a) *Un criterio de valoración, en función a la aplicación de las diversas partidas de las cuentas anuales y métodos de cálculo de las correcciones de valor.*
- b) *La denominación, domicilio y forma jurídica de las sociedades en las que la sociedad sea socio colectivo o en las que posea, directa o indirectamente, un porcentaje no inferior al veinte por ciento de su capital, o en las que sin llegar a dicho porcentaje ejerza una influencia significativa. Con ello, se indicará la participación en el capital y el porcentaje de derechos de voto, así como el importe del patrimonio neto del último ejercicio social de aquellas.*
- c) *Cuando existan cuotas o participaciones sociales desiguales, el contenido de cada una de ellas, y cuando existan varias clases de acciones, el número y el valor nominal de las pertenecientes a cada una de ellas y el contenido de los derechos pertenecientes a cada clase.*
- d) *La existencia de bonos de disfrute, de bonos de fundador, de obligaciones convertibles y de valores o derechos similares, con indicación de su número y de la extensión de los derechos que confieren.*
- e) *El número y el valor nominal de las acciones suscritas durante el ejercicio dentro de los límites de un capital autorizado, así como el importe de las adquisiciones y enajenaciones de acciones o participaciones propias, y de las acciones o participaciones de la sociedad dominante.*
- f) *El importe de las deudas de la sociedad cuya duración residual sea superior a cinco años, así como el de todas las deudas que tengan garantía real, con indicación de su forma y naturaleza.*
- g) *El importe global de las garantías comprometidas con terceros, sin perjuicio de su reconocimiento dentro del pasivo del balance⁹⁷³; la naturaleza y el propósito del negocio de los acuerdos de la sociedad que no figuren en el balance así como su impacto financiero, siempre que esta información sea significativa y*

⁹⁷³ Los compromisos existentes en materia de pensiones y los referentes a sociedades del grupo deberán mencionarse con la debida claridad y separación. *Vid.* Artículo 260. 7. a) LSC.

necesaria para la determinación de la situación financiera de la sociedad; transacciones significativas entre la sociedad y terceros vinculados con ella, indicando la naturaleza de la vinculación, el importe y cualquier otra información acerca de las transacciones, que sea necesaria para la determinación de la situación financiera de la sociedad.

- h) La diferencia que se pudiera producir entre el cálculo del resultado contable del ejercicio y el que resultaría de haber efectuado una valoración de las partidas con criterios fiscales, por no coincidir estos con los principios contables de aplicación obligatoria. Cuando tal valoración influya de forma sustancial sobre la carga fiscal futura deberán darse indicaciones al respecto; La diferencia entre la carga fiscal imputada al ejercicio y a los ejercicios anteriores, y la carga fiscal ya pagada o que deberá pagarse por esos ejercicios, en la medida en que esta diferencia tenga un interés cierto con respecto a la carga fiscal futura.*
- i) La distribución del importe neto de la cifra de negocios correspondiente a las actividades ordinarias de la sociedad, por categorías de actividades, así como por mercados geográficos.*
- j) El número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, expresado por categorías, así como los gastos de personal que se refieran al ejercicio, desglosando los importes relativos a sueldos y salarios y los referidos a las cargas sociales.*
- k) El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección, y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil.*
- l) El importe de los anticipos y créditos concedidos a cada uno de los miembros de los órganos de administración y personal de alta dirección, con indicación del*

tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos.

- m) El importe desglosado por concepto de honorarios por auditoría de cuentas y otros servicios prestados por el auditor de cuentas, así como los correspondientes a las personas o entidades vinculadas al auditor de cuentas.*
- n) Los movimientos de las diversas partidas del activo no corriente.*
- o) Cuando los instrumentos financieros se hayan valorado por el valor razonable se indicarán: los principales supuestos en que se basan los modelos y técnicas de valoración; las variaciones en el valor registradas en la cuenta de pérdidas y ganancias por cada categoría de instrumentos financieros, y si se trata de instrumentos financieros derivados, su naturaleza y condiciones principales de importe y calendario y los movimientos de la reserva por valor razonable durante el ejercicio; cuando los instrumentos financieros no se hayan valorado por el valor razonable se indicará el valor razonable para cada clase de términos y con las condiciones previstas en el Plan General de Contabilidad.*
- p) La conclusión, la modificación o la extinción anticipada de cualquier contrato entre una sociedad mercantil y cualquiera de sus socios o administradores o persona que actúe por cuenta de ellos, cuando se trate de una operación ajena al tráfico ordinario de la sociedad.*
- q) Nombre y domicilio social de la sociedad que elabore los estados financieros consolidados del grupo al que pertenezca la sociedad y el Registro Mercantil donde estén depositadas las cuentas anuales consolidadas.*
- r) Cuando la sociedad sea la de mayor activo del conjunto de sociedades domiciliadas en España, sometidas a una misma unidad de decisión, porque estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas no obligadas a consolidar, que actúen conjuntamente, o porque se hallen bajo dirección única por acuerdos de cláusulas estatutarias, deberá incluir una descripción de las citadas sociedades, señalando el motivo por el que*

se encuentran bajo una misma unidad de decisión, e informará sobre el importe agregado de los activos, pasivos, patrimonio neto, cifra de negocios.

- s) El importe y la naturaleza de las partidas de ingresos o de gastos cuya cuantía o incidencia sean excepcionales.*
- t) La propuesta de aplicación del resultado.*
- u) La naturaleza y consecuencias financieras de las circunstancias de importancia relativa significativa que se produzcan tras la fecha de cierre de balance y que no se reflejen en la cuenta de pérdidas y ganancias o en el balance, y el efecto financiero de tales circunstancias.*

La importancia de contar con la información acerca de aquellas operaciones realizadas por el deudor en los últimos tres años, y que de modo particular, aquellas realizadas antes del inicio del procedimiento concursal, representa un valor significativo, debido a que por medio de esta información se podrá determinar si ha existido algún grado de anomalía en cuanto al funcionamiento y operatividad de la empresa, demos cuenta de un caso en que se proceda a la enajenación de bienes inmuebles o la de constitución de garantías, donde cabe la acción rescisoria por la administración concursal.

2.1.2 Historia Jurídica

Mediante la historia jurídica se trata de establecer aquellos actos inscritos en el Registro Mercantil del empresario que resulte concursado, en este sentido debemos tomar como referencia, lo establecido en el art. 22 del CCom, acerca de la inscripción en el Registro Mercantil, resultando necesario establecer la condición, bien sea de empresario individual o del empresario social. En el primer caso, un empresario individual, la historia jurídica, deberá dar cuenta de aquellos datos de identificación general, donde deberá consignarse su nombre comercial y rótulo de sus establecimientos, sus representantes voluntarios. Por otro lado, y para aspectos de relevancia concursal, será necesario la presentación, en caso de

estar casado, las capitulaciones matrimoniales o aquellos actos de consentimiento establecidos en los artículos 6 al 10 del Código de Comercio⁹⁷⁴.

En cuanto a los empresarios sociales, la historia jurídica de estos, deberá contener entre otros aspectos a los señalados por el art. 6.2.2ª párrafo tercero⁹⁷⁵:

- a) *Datos esenciales de la constitución de la sociedad, esto es: la fecha de constitución, notario, protocolo, fecha de inicio de operaciones, actividad social, domicilio social, capital suscrito y desembolsado, número, clase y series de títulos, tipo de órgano de administración, número de identificación fiscal y datos registrales*⁹⁷⁶.
- b) *Modificaciones estatutarias señalando las fechas de realización.*
- c) *Autorizaciones administrativas o inscripciones en Registros Públicos especiales, tipo de registro.*

⁹⁷⁴ Vid. MARIMÓN DURÁ, R., “Informe de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 1765.

⁹⁷⁵ Vid. ROJAS i GRAELL, J., *Administración concursal de empresas. Guía orientativa de actuación profesional*, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁷⁶ Cfr. NOVAL PATO, J., *El Informe de la Administración Concursal*, *op. cit.*, p. 33, ofrece una opinión crítica en relación a que la Ley Concursal no define específicamente qué debe entenderse por grupo de sociedades en el ámbito del procedimiento concursal. En consecuencia, señala: “*Resulta necesario acudir al concepto general del grupo de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien la tarea no ha resultado fácil, la situación era mucho más compleja antes de la reforma llevada a cabo en diciembre de 2003, en el que el legislador simplemente se propone establecer varias definiciones en distintas normas: art. 42 CCom, art. 4 LMV, art. 18 LSC, en efecto, estos preceptos responden a finalidades específicas y no generales, debido a que tratan de precisar únicamente el ámbito de aplicación de un determinado régimen jurídico: el deber legal de consolidación contable, la normativa del mercado de valores o el régimen de autocartera. (...) Resultó oportuno en su momento que el deudor, a la hora de elaborar su memoria considere como grupo establecido el expuesto por el art. 42 del CCom, criterio que venía conformando en cierta medida en art. 6.3.4º de la LCon como así lo afirman autores como: DUQUE DOMINGUEZ, J., “El concurso de grupo de empresas en la Ley Concursal”, en GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Derecho Concursal, *op. cit.*, p. 137 y ss.; MORILLAS JARILLO, M., *El Concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 97 y ss. Recientemente, dentro el proceso de armonización de las normas contables en la Unión Europea, el art. 42.1-II del CCom ha sido modificado por el art. 1.2 de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, BOE nº 160, de 5 de julio de 2007, donde se establece que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otras. En cualquier caso, la Exposición de Motivos de esta Ley 16/2007 recuerda que todas las sociedades que elaboren cuentas consolidadas en España, deberán aplicar la definición de grupo incluida en el art. 42 del CCom, y las dispensas a la obligación de consolidar recogidas en su art. 43”.*

- d) *Identidad de los socios de que se tenga constancia, detallando los títulos que posean y desde qué fecha son titulares de los mismos.*
- e) *Identidad de los asociados y de las características de la asociación.*
- f) *Identidad de los administradores, liquidadores y auditores de cuentas especificando periodos de ejercicio del cargo⁹⁷⁷.*
- g) *Entidades integrantes del grupo, en su caso, y establecimientos, oficinas y explotaciones.*
- h) *Mercados secundarios oficiales en que la empresa tiene admitidos valores a cotización con especificación de dichos valores.*
- i) *Procedimientos judiciales o arbitrales más significativos en curso, o que la empresa sea parte, sobre todo en aquellos en que puedan tener una incidencia patrimonial de cierta consideración, detallando tipo de procedimiento, demandado, cuantía y estado en que se encuentra.*
- j) *Escrituras de propiedad y contratos privados, así como los activos de la sociedad.*
- k) *Contratos de derechos sobre bienes o derechos de terceros que figuren o deberían de figurar en el activo.*
- l) *Detalle de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, de arrendamiento financiero, de arrendamientos urbanos.*
- m) *Detalle de garantías hipotecarias, prendarias y avales concedidos a terceros.*
- n) *Relación de contratos firmados con terceros que tengan trascendencia económica y patrimonial o puedan tenerla en función de posibles incumplimientos.*

⁹⁷⁷ Acerca de la identidad de los administradores, liquidadores y auditores de cuentas, será necesario que la administración concursal se asegure de que el deudor no se haya limitado a recoger la relación de las personas que sólo figuren en las escrituras públicas y registros, al respecto, *cfr.* PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración de concurso de acreedores*, *op. cit.*, p. 448, viene a señalar acerca de estos sujetos que también se extienden en ellos: “(...) la posibilidad de embargo cautelar de bienes y derechos de administradores o liquidadores que se contempla en el art. 48.3 LCon”.

- o) Acuerdos con Administraciones Públicas relativos a aplazamientos de deudas anteriores a la declaración de concurso y toda la documentación inherente al proceso.*
- p) Detalle de contratos de personal de alta dirección con detalle de las indemnizaciones pactadas.*
- q) Expedientes de despidos colectivos, de suspensiones de contratos y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en curso.*
- r) Convenio colectivo aplicable al personal de la empresa*
- s) Detalle de patentes, marcas, modelos de utilidad, nombres comerciales y nombres de dominio registrados por la empresa.*
- t) Pólizas de seguros contratadas por la empresa con análisis de su situación de cumplimiento contractual.*
- u) Medidas implementadas en relación con la adaptación de la empresa a la legislación medioambiental, de protección de datos, de previsión de riesgos laborales.*

Si bien la historia jurídica descrita tendría muy escaso contenido al tratarse de persona física⁹⁷⁸, no se deberá excluir de ella elementos esenciales que expresen elementos tales como: la capacidad del deudor, nacionalidad o vecindad civil.

Con todo lo expuesto, y teniendo un resumen de cuáles serán los elementos que integran la memoria histórica, cabe mencionar un elemento que ha llevado a serios debates y que concurre en el propio artículo 6.2.2º cuando establece que el deudor deberá dar cuanta del estado en que se encuentre la empresa, valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Esta falta de precisión por parte de la Ley Concursal ha dado lugar a una posible equiparación con la propuesta de convenio y que eventualmente hubiera presentado

⁹⁷⁸ *Vid.* MERCADAL VIDAL, F., “Artículos 1 al 7 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 67.

el deudor, hipótesis que la doctrina más relevante ha descartado⁹⁷⁹ estableciendo que el análisis de viabilidad se refiere a la continuación de la actividad profesional o empresarial.

A nuestro entender, no tendría por qué existir esa diferenciación o falta de equiparación, debido a que un plan de viabilidad conforma en sí un plan de convenio, según lo establece el art. 100.4 y 100.5 de la LCon, con ello, resultará imprescindible para conocer la viabilidad del concursado, además para que sean los acreedores quienes puedan analizar dicha continuidad, con la posibilidad de cobrar sus créditos durante la solución convencional⁹⁸⁰.

2.2 El análisis de la contabilidad del deudor

Con la promulgación de la Ley Concursal de 2003 se logra incorporar una serie de exigencias contables durante la fase de solicitud y tramitación del concurso, estableciendo un tratamiento específico a la formulación y auditoría de cuentas anuales⁹⁸¹. Es por ello, que la Ley Concursal incrementa la tradicional vinculación entre las instituciones jurídicas

⁹⁷⁹ Vid. AMO BARAYBAR, F., “El procedimiento concursal: los planes de viabilidad” en GARNICA MARTÍN, J.,(Coord.), *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XVIII, Madrid, 2004, pp. 437 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 73 al 75 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 883.

⁹⁸⁰ La propuesta de convenio deberá detallar el plan de pagos con inclusión y mención a los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos en su caso, los procedentes de enajenación de determinados bienes y derechos del concursado. Deberá por tanto estudiarse la posibilidad de vender o adjudicar parcialmente el activo del concursado para con ello, obtener los ingresos suficientes para afrontar el cumplimiento del convenio. Además del plan de pagos, el propio art. 100.5 LCon exige que cuando se prevea contar con los recursos necesarios para la continuidad de la actividad para atender el cumplimiento del convenio, la propuesta deberá ir acompañada de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. El plan de viabilidad no es lo mismo que un plan de pagos, ya que este incluye los ingresos previstos por la continuidad de la actividad y por las ventas o adjudicaciones de bienes y derechos que se prevean y los gastos necesarios para llevar a cabo esa actividad. Vid. DE CASTRO ARAGONÉS, J., “El Plan de Convenio y el plan de viabilidad”, en MARTÍN MOLINA, P. y DEL CARRE, J. (Coords.), *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas*, Madrid, Dykinson S.L., 2013, pp. 307 y 308.

⁹⁸¹ Con la Ley 38/2011 se inciden en aquellos aspectos relativos a las cuentas anuales durante la tramitación del concurso.

concursores y la contabilidad financiera, al extremo que ya son indisociables, y el concurso incomprensible sin las consideraciones contables⁹⁸².

El informe de la administración concursal, precisamente hace referencia al estado de la contabilidad del deudor (art. 75.1.2º de la LCon) para con ello, crear una imagen general tanto en la obligación contable del deudor como la situación patrimonial y financiera⁹⁸³.

Si bien la administración concursal podrá o no, según el caso, guiarse a través de una norma contable, específicamente el Plan General de Contabilidad⁹⁸⁴ debiendo considerarlo bajo una perspectiva amplia, incluida en el procedimiento una vez declarado por el juez⁹⁸⁵. Resultará indudable reconocer que el Derecho Contable jugará un papel importante a lo largo de todo el procedimiento, en principio, estas pautas son exigibles para el tráfico jurídico normal o común, partiendo claro está de un balance y cuenta de pérdidas y ganancias los que cobren mayor relevancia acerca de una eventual crisis de la empresa⁹⁸⁶.

⁹⁸² En este sentido, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores” en *ADC*, núm. 27, 2012, p. 98, quien cita a TAPIA HERMIDA, A. “Comentario al artículo 46 de la Ley Concursal: Cuentas anuales del deudor” en SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I., Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 868.

⁹⁸³ *Cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 97, quien, en relación a la contabilidad en la legislación anterior señala: “*Los aspectos contables del deudor, así como la formulación y verificación de las cuentas anuales del concursado, no fueron contempladas de forma precisa en la legislación de la quiebra y suspensión de pagos, donde se limitaban a exigir la presentación de los libros contables para solicitar la declaración de suspensión de pagos, y se establecía la ocupación de libros, papeles y documentos contables del quebrado (art. 1044 LECiv 1881). En relación a la verificación contable, de las sociedades mercantiles, aquellas sociedades en quiebra no tenían obligación de auditar sus cuentas, entendiéndose de una parte, que la función de los auditores no es necesaria al no resultar de aplicación a las entidades declaradas en quiebra el régimen general de cuentas anuales y, de otro lado, que el Comisario de la quiebra venía a sustituir con sus actuaciones a los auditores de cuentas*”.

⁹⁸⁴ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (*BOE* nº 278 de 20 de noviembre de 2007).

⁹⁸⁵ La normativa contable deberá también incluirse al amparo de la preconcursalidad, en relación a lo establecido en el art. 5 *bis*, introducida por la Ley 38/2011. *Vid.* MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Información financiera y preconcursalidad”, en *RDCP*, La Ley, nº 18, 2013, pp. 67 y ss.

⁹⁸⁶ *Vid.* SJM Burgos de 20 de junio de 2016 [AC 2016/1587] donde apunta que: “*En este sentido el art. 164.2.1º califica el concurso como culpable cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevará doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera en la que llevara*.”

Para entender mejor esta obligación contable, será preciso remitirnos a lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 25 en el entendido que todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios⁹⁸⁷. Con arreglo a este esquema planteado el análisis de la administración concursal deberá abarcar los libros que el deudor se encuentre obligado a conservar (*ex art. 30 del CCom*).

Las obligaciones contables en el procedimiento concursal se establecen no para cualquier deudor declarado en concurso –natural o jurídica- sino para aquél deudor que estuviera obligado a llevar la contabilidad antes de la declaración del concurso (*ex arts. 6.3, 18.2 y 165 de la LCon*), y más en relación al concursado persona jurídica.⁹⁸⁸

La presentación de las cuentas anuales que corresponderán al ejercicio de los tres últimos ejercicios deberá ser valorado por la administración concursal sin perjuicio de que esta última pueda solicitar aquellas formuladas con anterioridad a ese período⁹⁸⁹. Con todo, la administración concursal se encuentra legitimada para consultar toda aquella

En este sentido la Administración Concursal fundamenta su petición en los siguientes hechos: resulta evidente la obligación de la Mercantil Concursada de llevar contabilidad, (...) la Sociedad afirma haber extraviado los libros contables correspondientes a los ejercicios 2.007 y 2.008, vulnerando las obligaciones de conservación que le corresponden y que el Administrador único y la Apoderada General manifiestan que desconocen lo acontecido y donde se encuentra la documentación relacionada con la actividad de la Concursada anterior a la toma de posesión de sus respectivos cargos en el año 2.010, lo que determina la limitación de alcance y comprensión del conocimiento por parte de la Administración Concursal de la contabilidad de la Concursada. Igualmente se han detectado irregularidades en la llevanza de la contabilidad de la Concursada entre los que destacan los siguientes: sobrevaloración del activo: partida contable de existencias contabilizadas”.

⁹⁸⁷ *Vid.* MUÑOZ IZQUIERDO, N. y CAMACHO MIÑANO, M., “La utilidad de la información financiera en el procedimiento concursal” en *RDCP*, n° 23, 2015, pp. 281 a 291.

⁹⁸⁸ Esta afección de llevanza de contabilidad en sede concursal no sólo se deberá atribuir al concursado persona jurídica, sino también a las fundaciones y asociaciones (art. 14 de la Ley Orgánica 172002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación).

⁹⁸⁹ *Cfr.* MERCADAL VIDAL, F. “Artículos 1 al 7 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 71 quien apunta a que la fijación de los tres últimos ejercicios va a depender del momento en que el deudor, en caso de concurso voluntario, solicite la declaración concursal, o en su caso, el concurso necesario.

documentación, libros, registros y asientos contables que contengan un contenido patrimonial acerca del concursado⁹⁹⁰.

Coincidimos con la apreciación de CARBAJO⁹⁹¹ cuando señala que los aspectos contables del deudor deben ocuparse desde diferentes frentes. El primero de ellos, en el que se detalla los documentos contables que se deben acompañar a la solicitud del concurso por parte del deudor o que debe aportar el deudor cuando el concurso sea solicitado por un tercero acreedor, permitiendo al Juez declarar o no el concurso del deudor. En segundo lugar, declara la obligación del deudor de colaborar con la administración concursal, entregando todos los libros, documentos e informaciones contables relativas a los aspectos patrimoniales de su actividad. Un tercer frente relativo a la obligación del deudor obligado a llevar la contabilidad antes de la declaración del concurso y auditar las cuentas anuales durante la tramitación del concurso. Y, por último, las consecuencias que acarrea para el deudor el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas en materia contable⁹⁹².

Debemos comprender que aquellos informes de gestión y de auditoría que aportará el deudor con la solicitud del concurso, deberán haber sido depositados en el Registro Mercantil. Podrá darse el caso de que exista un corto tiempo entre el cierre del ejercicio y la solicitud del concurso solicitada por el deudor, no pudiendo presentar el último ejercicio; en este entendido, será de notoria importancia aquella memoria de los cambios significativos expresados en el art. 6.3.2º de la LCon, donde se establecerán aquellos cambios operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico

⁹⁹⁰ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La contabilidad en el concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁹¹ CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales...”, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁹² Vid. VIVES RUIZ, F., “Contabilidad y Cuentas del Deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 217 y ss.

ordinario del deudor⁹⁹³. Además de la previsiones sobre la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso establecidas en el art. 75.1.2º y el art. 46.1.2º cuando la administración concursal pueda autorizar a los administradores del deudor concursado que el cumplimiento de la obligación legal de formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración judicial de concurso se retrase al mes siguiente a la presentación del inventario y de la lista de acreedores⁹⁹⁴.

La falta de presentación, sea total o parcial acerca de la información contable o incluso, su presentación con omisiones e irregularidades no impedirá la declaración del concurso si el Juez así lo determinara por encontrar una situación de insolvencia actual o inminente del resto de la documentación aportada por el deudor, sin perjuicio de la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio (*vid.* art. 40 LCon)⁹⁹⁵.

2.2.1 Los libros contables del concursado

A través de los libros contables del concursado⁹⁹⁶, la administración concursal, deberá, en atención a la actividad ejercida por este, cotejar los libros de contabilidad y asientos

⁹⁹³ Será el propio deudor, a través del concurso voluntario quien ponga de manifiesto su interés en presentar esta memoria complementaria con el objetivo de dar a conocer el estado fiel de su situación patrimonial y financiera, con el fin de justificar el estado de insolvencia.

⁹⁹⁴ Artículo 46.1.2º modificado por la Ley 38/2011, y que anterior a su reforma establecía que: *la formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión.*

⁹⁹⁵ Si la solicitud del concurso se inicia a través de un deudor –concurso necesario- la aportación de la documentación contable por parte del deudor se considera de la misma manera relevante, si bien este genera a través del auto de declaración del concurso un plazo de diez días, de todos los datos contables requeridos por el art. 6.3 de la LCon. En todo caso, el deudor podrá presentar una oposición frente a la declaración de concurso aportando toda la documentación general y contable que considere oportuna al Juez con la finalidad de rebatir la petición de concurso formulada por un acreedor probando su solvencia (art. 18.2. 2º de la LCon).

⁹⁹⁶ En relación a las normas jurídicas relativas a la materia de contabilidad debemos citar al Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas* (BOE nº 157, de 2 de julio de 2011); el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio* (BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2011); Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad* (BOE nº 278, de 20 de noviembre de 2007); Real decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Plan General de*

realizados por el concursado⁹⁹⁷. Por ello, aconseja NOVAL⁹⁹⁸ para la mejor comprensión de esta valoración, resultará acertado que en el propio informe concursal se enumeren en primer lugar cuáles son las obligaciones contables del deudor, para que en un segundo momento se pueda exponer su grado de cumplimiento.

Para ello, el deudor, en aplicación del art. 45 de la Ley Concursal pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial.

El Código de Comercio en su art. 37, hace referencia a que aquellos sujetos que están obligados a firmar las cuentas, y que serán responsables de su veracidad, en general, del adecuado cumplimiento del deber de contabilidad; el propio empresario persona física, los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales y todos los administradores de la sociedad⁹⁹⁹.

Ahora bien, entre los libros obligatorios del empresario y que expone como obligatorios el Código de Comercio tenemos:

- 1) *El libro de inventarios y cuentas anuales*: y que se compone de un inventario o balance inicial detallado de la empresa, balances trimestrales de comprobación y que se transcribirán con sumas y saldos y un inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales. (art. 28.1 CCom).

Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2007); Artículos 253 a 284 y 536 a 538 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (BOE nº 161, de 3 de marzo de 2010); Artículos 25 a 49 del Código de Comercio (BOE nº 289, de 16 de octubre de 1885).

⁹⁹⁷ Vid. VICENT CHULÍA, F., “Disposiciones generales, balance, cuenta de pérdidas y ganancias” en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VIII, Madrid, Civitas, 2000, pp. 67 y ss.

⁹⁹⁸ NOVAL PATO, J., *El informe de la Administración Concursal*, op. cit., p. 43.

⁹⁹⁹ En este sentido, el artículo 25.2 del CCom establece que: *La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquellos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario.*

- 2) *Libro Diario*: En el que se registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al trimestre, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que trate. (art. 28.2 CCom)
- 3) *Libro de actas*: pertenecientes a las sociedades mercantiles, en las que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones (art. 26.1 CCom).
- 4) En el caso de las sociedades de capital existirá un *libro de registro de acciones nominativas* de la sociedad anónima, donde estas acciones figurarán, con expresión del nombre, apellidos, razón o dominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquellas. Siendo que la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro. (art. 116 LSC). En el caso de las sociedades limitadas, existirá un *libro de registro de socios* donde se hará constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas (art. 104 LSC).

Como hemos tenido la oportunidad de apuntar líneas atrás, estos libros deberán obligatoriamente ser llevados ante el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio, para que antes de su utilización, se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro. Siendo válido, la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio (art. 29 CCom).

Tanto la forma de presentación de los libros a través de una debida claridad y orden de fechas (art. 29 CCom) como el deber de conservación por un período de seis años a partir del último asiento realizado en los libros (art. 30 CCom), son elementos que la propia administración concursal deberán apuntalar a través de su seguimiento¹⁰⁰⁰ especificando expresamente si se cumplen o no estos requisitos exigidos anteriormente, acerca de la llevanza de los libros contables. Esto deberá dejarse en constancia en el informe de la administración, así también de la existencia, si la hubiera, de operaciones no contabilizadas, cuantías u operaciones que carezcan de respaldo y que estuvieren inscritos en los libros.

Si el deudor, obligado a la llevanza de la contabilidad en condiciones expresadas en la norma citada, incumpliera esta obligación, el concurso podría calificarse como culpable, en atención a lo descrito en el art. 164.2 de la LCon, esto es: llevar adelante una doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. Esta responsabilidad deberá ser sin duda sustancial como la denomina GARCÍA-CRUCES¹⁰⁰¹ o en su caso relevante como un hecho generador que se logre considerar sancionable o en su caso como delito sancionado por el art. 261 del Código Penal¹⁰⁰² donde se castiga con pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses, a quien a sabiendas, en el procedimiento concursal, presentare datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente las declaración de aquel.

2.2.2 El juicio sobre las cuentas anuales

Mediante el art. 46 de la Ley Concursal se otorga, en caso de intervención concursal, la obligación de formular y auditar las cuentas anuales del deudor bajo la supervisión de la administración concursal. En todo caso, la administración concursal podrá autorizar a los

¹⁰⁰⁰ Vid. DE EIZAGUIRRE, J., *Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1999, quien advierte de la necesidad de que los libros no deben contener ninguna interpolación, tachadura, ni raspadura. Por ello, se deberá velar porque las anotaciones contables respondan a efectivas operaciones.

¹⁰⁰¹ GARCÍA-CRUCES, J., “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO, A. (Dir.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 247 y ss.

¹⁰⁰² Artículo modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE nº 283, de 26 de noviembre de 2003).

administradores del deudor concursado que el cumplimiento de la obligación legal de formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración judicial de concurso se retrase al mes siguiente a la presentación del inventario y de la lista de acreedores¹⁰⁰³ (*supra* acerca de la solicitud de revocación del nombramiento del auditor de cuentas).

En el supuesto en el que el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso, así como en el caso de suspensión (*ex art. 46.3 LCon*) serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días (*ex art. 75.1.2º LCon*)¹⁰⁰⁴.

Parece coherente que la propia norma concursal exija en el informe de la administración concursal el deber del empresario de contar con la documentación exigida por el art. 34 del Código de Comercio acerca de las cuentas anuales y que deberá comprender el balance¹⁰⁰⁵,

¹⁰⁰³ Acerca de formulación de cuentas, *cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 109, quien apunta: “El régimen jurídico de las cuentas anuales durante el concurso ha sido modificado de manera importante por la Ley 38/2011, el cual establece un régimen especial para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio económico anterior a la declaración judicial de concurso por los administradores del deudor, e introduce un cambio de criterio radical en lo relativo a la auditoría de las cuentas anuales del deudor declarado en concurso, suprimiendo la exención prevista en la redacción originaria del precepto y ofreciendo al Juez del concurso, a petición fundada de la administración, la posibilidad de revocar el nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales”.

¹⁰⁰⁴ “A petición fundada de la administración concursal, el juez del concurso podrá acordar la revocación del nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales”. *Vid.* art. 46.2 LCon.

¹⁰⁰⁵ En el balance figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto. Este activo comprenderá con la debida separación el activo fijo o no corriente y el activo circulante o corriente. En relación al pasivo, se diferenciarán con la debida separación el pasivo no corriente y el pasivo circulante o corriente que comprenderá, con carácter general, las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca durante el ciclo normal de explotación, o no exceda el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del pasivo deben clasificarse como no corrientes. *Dentro del patrimonio neto se diferenciarán, los fondos propios de las restantes partidas que la integran.* (Art. 35.1 CCom). *La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación, de los que no lo sean. Figurarán de forma separada, al menos, el importe de la cifra de negocios, los consumos de existencias, los gastos de personal, las dotaciones a la amortización, las correcciones valorativas, las variaciones de valor derivadas de la aplicación del criterio del valor razonable, los ingresos y gastos*

la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria¹⁰⁰⁶. Formando todos ellos una unidad¹⁰⁰⁷ y debiendo redactarse con claridad, mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

La administración concursal, deberá hacer constar en su informe acerca del plazo de presentación de las cuentas anuales a la fecha de cierre de su ejercicio, establecido en tres meses; así también, si estas fueron aprobadas por el órgano competente y depositadas en el Registro Mercantil¹⁰⁰⁸. Esta información se extenderá también para aquellos concursados cuando sea de aplicación el art. 262 y 263 de la Ley de Sociedades de Capital, en lo relativo al contenido del informe de gestión y la revisión de las cuentas anuales por el auditor de cuentas¹⁰⁰⁹.

financieros, las pérdidas y ganancias originadas en la enajenación de activos fijos y el gasto por impuesto sobre beneficios (art. 35.2 CCom).

El estado de cambios en el patrimonio neto tendrá dos partes. En la primera reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio; la segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones con los socios o propietarios de la empresa (Art. 35.3 CCom).

El estado de flujos de efectivo pondrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio (Art. 35.4 CCom).

Y por último, la memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los demás documentos que integran las cuentas anuales (Art. 35.5 CCom).

¹⁰⁰⁶ El estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios cuando así lo establezca una disposición legal, *Vid.* art. 34.1 Código de Comercio.

¹⁰⁰⁷ A través de la Ley 16/2007, de 4 de julio, las cuentas anuales comprenden dos nuevos documentos: un estado que recoja los cambios en el patrimonio neto, y un estado de flujos de efectivo y que sólo debe ser formulado por las empresas que no puedan formular balance.

¹⁰⁰⁸ Los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditaria por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación. *Vid.* art. 365 del real decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el reglamento del registro Mercantil. (*BOE* nº 184, de 31 de julio de 1996).

¹⁰⁰⁹ *Vid.* LARA GONZÁLEZ, R., “Concreciones y ampliaciones en el contenido del informe de gestión”, *RDM* nº 252, 2004, pp. 569 y ss.; también: VÁZQUEZ CUETO, J. *Las cuentas y la documentación contable de la sociedad anónima*, Tratado de derecho Mercantil, T. IX., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 102 y ss.

La obligación en la atención al estado de las cuentas anuales por parte de la administración concursal deriva precisamente en determinar la calificación del concurso, estableciendo para ello lo dispuesto por el art. 165 de la Ley Concursal, en cuanto al deudor que estando obligado legalmente a la llevanza de la contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría¹⁰¹⁰, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil.

Con el análisis circunstanciado acerca de las cuentas anuales, la administración concursal deberá manifestar si existe una relación de hechos y circunstancias que acrediten que estas cuentas se asemejan a la realidad del patrimonio del concursado, así como la situación financiera y resultados del concursado.

El registro y valoración de los elementos que integren las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberán realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados, observando la administración que: salvo prueba en contrario, la empresa continúa en funcionamiento o que los criterios de valoración no varían de un ejercicio a otro. EIZAGUIRRE¹⁰¹¹, por su parte, da cuenta que la *“valoración de las cuentas anuales debe atenderse con carácter preferente a las reglas enunciadas de los arts. 38 y 39 del Código de Comercio y no a los principios de contabilidad generalmente aceptados, siendo que a estos principios se puede recurrir en la integración de lagunas del sistema legal. Cabe en ese sentido, establecer una distinción entre el plano jurídico y el plano exclusivamente: técnico-contable”*.

En definitiva, si la administración concursal logra apreciar contradicciones, así como irregularidades que se consignent desde las omisiones o falsedades en las cuentas, podrá mediante un anexo incorporado en el informe concursal, dar a conocer dichas anomalías,

¹⁰¹⁰ Las sociedades de capital que formulen balance abreviado no están obligadas a elaborar tanto informes de gestión como de auditoría. En este sentido, se encuentran legitimadas para presentar un balance abreviado las sociedades que así, por las circunstancias que el art. 257 de la LSC establece aquellas en que concurren dos circunstancias tales que: *El total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros; que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros; Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta. Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunirse, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.*

¹⁰¹¹ DE EIZAGUIRRE, J., *Derecho Mercantil, op. cit.*, p. 277.

teniendo en cuenta que en el momento de la incorporación del inventario y la lista de acreedores estas anomalías deberán corregirse y cuantificarse. Por tanto, interesa mucho que aquel principio contable establecido en el art. 38.1 del CCom acerca de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuran en las cuentas anuales y que salvo prueba en contrario, presumirá que la empresa continúa en funcionamiento, será la senda por la cual la administración concursal deberá determinar el valor del patrimonio del concursado a fin de proceder a su enajenación¹⁰¹².

Hemos advertido líneas atrás, que en caso de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio, será la administración concursal a quien corresponda la formulación y presentación de las cuentas anuales (*ex art. 46.3 LCon*). En este sentido, el órgano concursal deberá presentar las cuentas para su verificación, ante el auditor de cuentas, para luego ser aprobadas mediante junta u órgano competente del deudor persona jurídica, para finalmente proceder a su depósito en el registro Mercantil.

A nuestro parecer, existiría una incompatibilidad o imprecisión cuando la aprobación de las cuentas anuales, una vez suspendida las facultades de administración del deudor, deban ser aprobadas con la intervención de la junta, al respecto, la modificación del art. 48 por parte de la Ley 38/2011, de 10 de octubre ha establecido que la constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. Así, los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal¹⁰¹³.

Por ende, los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. En caso de suspensión, las facultades de

¹⁰¹² En este sentido, *vid.* TAPIA HERMIDA, A., “La gestión de la masa activa del concurso”, en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 4459.

¹⁰¹³ Dispone al respecto el art. 75.1, 2º, II de la LCon que: “*Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, estas serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días*”.

administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal¹⁰¹⁴.

El requerimiento del art. 6.3.2º de la Ley Concursal respecto a que el obligado a la llevanza de la contabilidad, deberá suma una memoria donde se consigne aquellos cambios importantes operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor. En concordancia, NOVAL¹⁰¹⁵, reconoce que esta información es de suma importancia, debido a que: “(...) *para todo empresario el cierre de un ejercicio supone sin solución de continuidad el inicio de otro. Por ello, es imposible que esa fecha de cierre pueda coincidir con la del depósito de las cuentas anuales y presumiblemente esta última tampoco coincidirá con la fecha en que el concursado presentará los documentos exigidos por el art. 6 de la LCon. Por ello, la presentación de esa memoria, permite disponer de una información contable actualizada*”.

Una conclusión necesaria en cuanto al juicio de las cuentas del concursado se tratará sin duda de la valoración de la documentación contable presentada y posterior corrección en su elaboración por parte de la administración concursal, en concordancia con los principios y valoración de los elementos integrantes. El hecho de que la verificación haya sido realizada por el auditor, sin duda acelerará el informe de la administración concursal, que se limitará a señalar las correcciones en la auditoría presentada.

2.3 Memoria sobre las actuaciones y decisiones de la administración concursal

La memoria acerca de las actuaciones y decisiones de la administración concursal corresponderá a una primera rendición de cuentas de las actividades que hayan sido desarrolladas por la propia administración concursal establecidas en la Ley Concursal anterior a la presentación del informe. Esta servirá para que el juez determine el grado de

¹⁰¹⁴ En este sentido, *cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y la cuentas anuales en el concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 124. Quien señala: “La obligación de formular cuentas por la administración concursal se extiende también a las correspondientes al ejercicio económico anterior a la declaración del concurso sino hubieran sido aportadas o formuladas por el deudor o por sus administradores.

¹⁰¹⁵ NOVAL PATO, J., *El informe de la Administración Concursal*, *op. cit.*, p. 49.

cumplimiento del órgano concursal, por tanto, no deberá incluir una solicitud formal de aprobación¹⁰¹⁶.

En este sentido, la memoria deberá atender dos criterios esenciales de contenido¹⁰¹⁷: El primero, acerca de una relación cronológica de todas las decisiones y actuaciones de la administración concursal en la declaración del concurso¹⁰¹⁸, así como aquellas actuaciones en las que el juez haya tenido conocimiento en relación al cambio de la situación del concursado sea intervención o suspensión (*ex art. 40 LCon*), y, en su caso, la anulación de aquellos actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el propio artículo 40 LCon, implica además este contenido las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la extinción y suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado (*ex art. 64.2 LCon*)¹⁰¹⁹.

Un segundo criterio que deberá incluirse en la memoria de actuaciones de la administración concursal son las encaminadas hacia la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso¹⁰²⁰ y donde la memoria, contendrá una relación de acciones

¹⁰¹⁶ *Vid.* MARIMÓN DURÁ, R., “Informe de la Administración Concursal”, *op. cit.*, p. 1768; también: BARRIOS, J., *La nueva regulación concursal*, en AA.VV., JIMÉNEZ SAVURIDO (Dir.), Madrid, Colex, 2004, pp. 241 a 265.

¹⁰¹⁷ *Vid.* SANJÚAN Y MUÑOZ, E., *Funciones de la administración concursal*, *op. cit.*, pp. 97 a 98.

¹⁰¹⁸ Funciones establecidas en el art. 33 de la LCon referentes a la declaración del concurso en donde la administración concursal procederá mediante: Una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores de la declaración de concurso (art. 21.4 LCon, modificado por el art. único 14 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre); el nombramiento de auxiliares delegados a través de funciones delegadas (art. 31.2 LCon); La cuantía y periodicidad del derecho de alimentos cuando la persona concursada sea una persona natural en estado de necesidad (art. 47 LCon); la reclamación y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas (art. 48 bis LCon); sustituir a la administración societaria en el ámbito de sus competencias en caso de suspensión de facultades de administración (art. 51 LCon); el ejercicio de acciones de índole no personal (art. 54 LCon); rehabilitación de créditos y contratos (art. 68 y 69 de la LCon); el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de viabilidad (art. 83 LCon); la legitimación activa para el ejercicio de acciones rescisorias y demás de impugnación (art. 72 LCon).

¹⁰¹⁹ Precepto modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal.

¹⁰²⁰ *La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.* (art. 44 LCon).

realizadas por la administración concursal para la continuidad de la actividad empresarial, diferenciando la situación del concursado: bien en caso de intervención, donde se requerirá la autorización necesaria para determinados actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad. Y, en caso de suspensión de las facultades de administración de la sociedad, las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional.

En la práctica, este registro y valoración de la administración concursal se debe realizar a través de unas acciones determinadas que no se encuentran reflejadas en la normativa concursal, haciendo un uso habitual precisamente de las prácticas realizadas en las empresas, así tendremos¹⁰²¹:

- a) Una acreditación por parte de los distintos departamentos, así como el Comité de Empresa.
- b) Decisiones de carácter provisional acerca de la situación del concursado por parte de la administración concursal, en función de la urgencia e información con la que disponga la empresa, ello conlleva a una gestión con los proveedores respecto al análisis y valoración de las necesidades de suministro que pueden ayudar a una renegociación de las condiciones de pago; una gestión con las entidades financieras para un posible descuento y rehabilitación de créditos; un análisis de la situación laboral de los trabajadores; una gestión de clientes principales a fin de conseguir un cobro de deudas anticipado; un control de gasto de la empresa que permita reducir los pagos o en su caso aplazarlos.
- c) La administración concursal deberá analizar el perfil del concursado acerca de la capacidad de gestión de la empresa, debiendo ser contrastado con el resto de personal.
- d) Una vez oída la exposición acerca del funcionamiento global de la empresa, se establecerán una relación de reglas acerca de su funcionamiento, corrigiendo

¹⁰²¹ Vid. ROJAS i GRAELL, J, *Administración concursal de empresas. Guía orientativa de actuación profesional*, op. cit., p. 15.

aquellas que no sean adecuadas al esquema de la empresa o distorsionen la gestión diaria de la misma.

- e) Se procederá a un análisis del sistema contable y de la organización administrativa en la que la administración concursal solicitará la debida información al responsable, esto es así, para conocer el método contable utilizado y tener la seguridad de que todas las operaciones que ha realizado la empresa son recogidas en la contabilidad y en el balance. En relación a la complejidad de la información, la administración concursal podrá solicitar al Juez del concurso el apoyo de los auxiliares delegados.
- f) La administración concursal procederá a la apertura de las cuentas intervenidas y así como su relación con todas las entidades financieras con las que opera la empresa, con el fin de proceder a la gestión de pagos, si fuera el caso. Así también el seguimiento en el cumplimiento de cobros y compromisos de descuento de los bancos y el coste de financiación, es lo que se denomina un seguimiento bancario.
- g) Se llevará a cabo reuniones con los representantes de los trabajadores donde se establecerán las medidas necesarias o en su caso modificaciones establecidas en el art. 64 de la LCon en relación a los contratos de trabajo.
- h) Así también, se logrará mantener reuniones con otros agentes relacionados con la empresa con la intención de recabar información del auditor, asesor fiscal, los propios abogados y profesionales que pudieron llevar el asesoramiento de la empresa en los últimos años.
- i) La rehabilitación de los créditos, como señala el propio art. 68 de la LCon podrá darse a iniciativa de la administración concursal o a instancia del concursado, siendo el órgano concursal quien apoye en las negociaciones con las entidades financieras.
- j) Reunión con los proveedores y administraciones públicas con la finalidad de establecer una clasificación de los mismos e incluso con las propias compañías de suministros de servicios.

Con todo, la información suministrada y recabada por la administración concursal en la presente memoria permitirá completar toda la información que haya sido suministrada en una primera instancia –libros contables, juicio de cuentas anuales–, debiendo la memoria, en todo caso, mencionar aquellos cambios significativos hasta la emisión del informe.

Es lo que NOVAL¹⁰²² viene a rebatir al entender que aunque el tenor literal del art. 75.1.3º de la LCon limita el contenido de la memoria a la actividad de la administración concursal, parece conveniente que la lectura permita tener noticia de cualquier hecho u acto relevante. El legado jurídico concursal hacia la administración no podrá ser sólo, en este caso, delimitado por el propio artículo 75.1.3º, sino que será necesario ampliar la información siguiendo distintos criterios para llegar precisamente a ese fin.

3. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA

3.1 Concepto de la masa activa

El conjunto de bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o se adquiriera hasta la conclusión del procedimiento¹⁰²³ es lo que se denomina la masa activa o patrimonio concursal¹⁰²⁴ según reza el artículo 76 de la Ley Concursal, con excepción de aquellos bienes y derechos que, aun teniendo el carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (*ex art. 76.2 LCon*)¹⁰²⁵.

¹⁰²² NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal, op. cit.*, p. 61.

¹⁰²³ Acerca del concepto de masa activa, *vid.* SAP León de 30 de diciembre de 2010 [AC 2011/774], también: SAP Barcelona de 22 de enero de 2007 [AC 2007/1506]; SJM Palma de Mallorca, nº 1, de 9 de octubre de 2007 [AC 2008/369].

¹⁰²⁴ *Vid.* TIRADO, I., “Masa Activa”, en BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 1993.

¹⁰²⁵ Tanto en la Ley de suspensión de pagos como en la Quiebra, no existía un concepto definido a cerca de la masa activa, debido principalmente a que este contaba con distintas denominaciones a lo largo de la regulación: masa (art. 908 CCom); haber (art. 1136 CCom de 1829) o caudal (art. 1358 LECiv de 1881. Así el precepto que regulaba el desapoderamiento del insolvente lo hacía recaer sobre sus bienes, sin excepción alguna, y esta parquedad de la dicción literal se ha venido a completar con el principio general de responsabilidad universal (art. 1911 CCiv). *Vid.* TIRADO, I., “Art. 76 Principio de universalidad” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 1357 y ss.

La masa activa, no resulta un concepto del todo estático sino dinámico¹⁰²⁶, esto es así porque se integra a través de bienes procedentes de la reintegración e impugnación, así como de aquellos que se unen durante la tramitación y hasta su conclusión tal cual reza el art. 76.1 de la Ley Concursal.

Esta connotación, acerca de la composición y delimitación de la masa activa viene ordenada a través de los artículos 76 al 81 y a través de los artículos 82 y 83 de la misma Ley de donde deviene la formación del inventario de la masa activa, con la particularidad de poder la administración concursal, recabar el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones que se regulan expresamente¹⁰²⁷.

La composición de bienes y derechos que conforma la masa activa sufrirá variaciones en relación a la sustitución o en su caso intervención del deudor, entendido ello como una característica instrumental del procedimiento, es decir, que esta limitación se extiende tan sólo a todo aquello que resulte necesario para la realización del objetivo del proceso del concurso; no alcanzando a bienes y derechos que no tengan un fin hacia la responsabilidad patrimonial¹⁰²⁸.

Este alcance patrimonial del que hacemos referencia, consistirá precisamente en un conjunto de bienes y derechos que poseen una distinta naturaleza al que se le atribuye

¹⁰²⁶ Vid. ARROYO, I. y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal*, op. cit., p. 141.

¹⁰²⁷ Cabe hacer notar la diferencia entre el inventario y el balance debido a que el primero reviste un carácter analítico, y permite comprobar tanto la existencia como la valoración de los elementos de la masa activa. En cambio el balance, posee una característica dirigida a representar la situación patrimonial de la empresa, así como a determinar el beneficio real correspondiente al ejercicio anual. El inventario así constituye el antecedente inmediato e imprescindible para la confección de todo balance, sea inicial o de ejercicio. Vid. DE EIZAGUIRRE, J.M^a, *Derecho mercantil*, op. cit., p. 263.

¹⁰²⁸ Acerca de la masa patrimonial, cfr. TIRADO, I., “Masa Activa”, op. cit., p. 1994, “La masa existe y se forma con idénticos principios y regulación, es decir, tanto si en el procedimiento se decreta la sustitución del insolvente, como si los administradores se limitan a intervenir las actuaciones de un concursado activo al frente de la empresa. En ambos casos la finalidad del concurso es la misma: salir de la crisis o, más exactamente, satisfacer a los acreedores; en ambos casos la finalidad del concurso es la misma: salir de la crisis, o, más exactamente, satisfacer a los acreedores; en ambos casos esa satisfacción se realizará a través del patrimonio”. Vid. también, MALAGÓN RUIZ, P., “Estructura del informe e inventario de la masa activa” en NIETO, C.; MARTÍN MOLINA, P.; GONZÁLEZ BILBAO, E., (Coords.), *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, FUNDIE, 2012, pp. 253 y ss.

funciones especiales con un fin determinado. Si entendemos que jurídicamente el deudor concursado posee un patrimonio general y que la apertura del procedimiento hace que este vea reducidas sus facultades de administración, así como de disposición de bienes existirán bienes y derechos que no sean realizables para este fin, bien por ser inherentes a la propia persona, por su falta de carácter patrimonial o por causas de orden público. Así, el patrimonio del deudor queda a efectos del concurso visto por el patrimonio libre o personal del concursado y por otro, el patrimonio concursal o la masa activa del concurso¹⁰²⁹.

Luego, el deudor no tendrá la facultad de realizar los bienes que se vinculen directamente con la masa y que pese a ser de su propiedad, queden afectos a una finalidad cual es el propio concurso y la satisfacción de los acreedores. Y, por otro lado, la administración concursal no podrá afectar de modo alguno aquellos bienes extraconcursales debiendo desaparecer cuando se consiga el fin que lo justifica¹⁰³⁰.

El auto de apertura del concurso dará lugar a la formación de la masa activa, debiendo entender esto como un desapoderamiento de bienes del deudor y segundo, una obligación de responder con todos aquellos bienes presentes y futuros, como bien señala el art. 1911 del Código Civil –*principio de universalidad*– en concordancia con el tenor del artículo 76 de la LCon (constitución de la masa activa), situación que deberá ser precisada según lo constituye el art. 133.2 de la LCon cuando: a efectos de la declaración del concurso, y con ello, la formación activa de la masa activa, podrá concluir con la eficacia del convenio. Por tanto, la masa activa, deberá poseer ciertas características relevantes en cuanto a su formación, esto es: tratarse de bienes susceptibles de realización; que la adquisición de la

¹⁰²⁹ Sobre la masa activa del concurso, *vid.* ALONSO LEDESMA, C., “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación” en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003; BELTRAN “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, en *ADC*, 2007/1, pp. 514 a 515.

¹⁰³⁰ *Vid.* STS de 5 de noviembre de 2015 [RJ 2015/4789] que subraya: “La Administración Concursal ha de velar porque se delimiten correctamente tanto la masa activa como la masa pasiva del concurso y, respecto de esta, porque se incluyan en la lista de acreedores todos cuantos merezcan esta consideración, con la cuantía y la calificación correcta. Existe por tanto gravamen tanto cuando consideren que se ha incluido en la lista de acreedores a quien no debía estar incluido, como cuando consideren que se ha excluido de la lista a quien en Derecho correspondería estar incluido en tal lista”.

titularidad de los bienes pueda darse antes y durante el concurso y lógicamente ser el propio deudor el titular del derecho que recae sobre el bien.

A este principio de universalidad la normativa concursal opone excepciones, en las cuales, no se integrarán en la masa activa aquellos *bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables* (art. 76.2 LCon)¹⁰³¹. Dentro esta excepción también entra a formar parte de ellos: *los titulares de créditos con privilegio sobre los buques y las aeronaves quienes podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa* (art. 76.3 LCon)¹⁰³².

Otra de las excepciones en cuanto a la integración de la masa activa, son aquellos *créditos que ostentaren la Administración Pública y los trabajadores en los procesos en los que se hubiera dictado providencia de apremio o de embargo* (art. 55.1 LCon), esto será así siempre que los bienes objetos de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Serán también de excepción, aquellos *créditos 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 transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la*

¹⁰³¹ Vid. arts. 605 y 606 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000* (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000), acerca de los bienes absolutamente inembargables: *Los bienes que hayan sido declarados inalienables; los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial y aquellos bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal. Por otro serán también inembargables aquellos bienes del ejecutado como: el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo; los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado; los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; las cantidades expresamente declaradas inembargables por ley y aquellos bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.*

¹⁰³² Sin embargo, este derecho, de no ser ejercitado por los acreedores en cuanto a la separación del ejercicio de las acciones que les reconozca su legislación específica, quedarán sancionadas con la pérdida de su privilegio y sometidos a la clasificación y graduación de créditos dispuesta en la norma reguladora del concurso. Vid. CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal*, op. cit., p. 98.

liquidación (art. 56.1 LCon). Por último, con la reforma de la Ley 38/2011 se incorpora un párrafo en el artículo 76.3 donde: *Si la ejecución separada no se hubiere iniciado en el plazo de un año desde la fecha de declaración del concurso, ya no podrá efectuarse y la clasificación y graduación de créditos regirá por lo dispuesto en esta ley.*

3.2 El incremento de la masa activa

Cabe apuntar que la inclusión de los bienes futuros en la masa es el resultado de un efecto imperativo del propio concurso y su declaración y, que en todo caso, no dependerá del estado inicial del patrimonio del deudor. En esta masa se incluirán aquellos bienes que vaya adquiriendo el deudor, sin que esto deba determinar, si existen o no suficientes bienes susceptibles para lograr satisfacer a todos los acreedores.

Estos bienes presentes en el momento de la apertura del concurso corresponderán en su titularidad al deudor, independientemente de su localización¹⁰³³; teniendo presente que cuando se declare la apertura de un procedimiento territorial, la masa activa estará compuesta por aquellos bienes del concursado situados en España, sean o no afectos a la actividad del establecimiento.

Por tanto, los bienes que serán incluidos en la masa activa devendrá: bien a través de la intervención de la administración concursal o por la actividad del deudor. En el primer supuesto, acerca de la intervención, estos bienes comprenderán los ya existentes, como resultado de la actividad de la administración concursal en caso de sustitución, o por el concursado, con autorización de la administración concursal, en el supuesto de la sola intervención de las facultades. Así, el art. 84.2.9º de la LCon da cuenta de que tendrán la configuración de créditos contra la masa, *aquellos que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de esta.*

¹⁰³³ *Vid.* RECALDE, A., “El informe de la administración concursal: estructura del informe y determinación de la masa activa del concurso”, en AA.VV, *Las claves de la Ley Concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2005, pp. 381 a 415.

El acrecentamiento de la masa activa resulta un tema relevante, por cuanto esta se realiza a través de dos posibles vías: una de ellas, acerca de los bienes y derechos que el deudor percibe en calidad de heredero, de donatario o legatario. En referencia a la herencia percibida, la aceptación de la misma dependerá de la propia administración concursal¹⁰³⁴, esto es así porque, la herencia, como un patrimonio constituido por bienes y por deudas, hade suponer un acto de disposición, y, por lo tanto, no podrá ser administrado por el propio concursado.

En cuanto al incremento de la masa activa por la propia actividad del deudor, merece una debida notoriedad el que el concursado no sufra la inhabilitación para desarrollar una actuación profesional en el mercado en el cual la empresa desarrolla su actividad, como así expone el art. 172.2º de la Ley Concursal, cuando precisamente esta artículo inhabilita a las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como a representar a cualquier persona durante el mismo período. Entonces, el comportamiento del concursado producirá este incremento a través de acciones que van desde una creación intelectual hasta la propia actividad profesional, inclusive el inicio de una nueva relación empresarial estando el concurso abierto. Cabe hacer hincapié

¹⁰³⁴ Acerca de la herencia aceptada a beneficio de inventario, *cf.* YAÑEZ VIVERO, F., “Herencia” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II., Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 1685, señala: “La inmensa mayoría de la doctrina entiende que la aceptación beneficiaria tiene como consecuencia la separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio de los herederos, sin confusión con el patrimonio propio de ese heredero. Y es esa separación la que justifica, según algunas opiniones, la concursabilidad de la herencia beneficiaria (DIEZ SOTO, “La herencia en la nueva Ley Concursal”, *Homenaje al Profesor Puig I Ferriol*, Vol. I, Tirant lo Blanch, 2006 y ROJO-ORDUÑA, “Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, 2004). Se podrán añadir algunos supuestos más al elenco del artículo 1.2 de la Ley Concursal porque puede haber herencias no aceptadas a beneficio de inventario sin que ello conlleve que hayan sido aceptadas pura y simplemente.

A los casos de falta de realización del inventario habría que añadir lo previsto en los artículos 1002 y 1024 del Código Civil, según los cuales, el heredero será puro y simple, como sanción por sustraer u ocultar bienes de la herencia; o se perderá el beneficio de inventario si conscientemente se dejase de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

También cabría el concurso de una herencia en aquellas situaciones en las que la aceptación debe ser necesariamente a beneficio de inventario: sucesión por parte del Estado (art. 957 del CCiv) y de las Comunidades Autónomas; aceptación por las Fundaciones (art. 22 de la Ley 50/2002); herencia dejada a los pobres (art. 992.2 CCiv); aceptación de una herencia por parte de personas sujetas a patria potestad o tutela (art. 171 CCiv, 760 LECiv, 166.2 CCiv). En caso de aceptación de beneficio de inventario, la doctrina mayoritaria considera que la masa activa estará integrada única y exclusivamente por los bienes y derechos heredados a beneficio de inventario, y no por los demás bienes y derechos propios del heredero”.

que en la práctica estas posibilidades se ven muy reducidas, a consecuencia de que el régimen jurídico del desapoderamiento reintegra en la masa todo el patrimonio adquirido por el concursado con independencia de las obligaciones en las que haya incurrido para la obtención de ese bien o derecho.

Ciertamente, en el desarrollo de la Ley Concursal no se establece excepción alguna, así como precepto alguno en que los bienes adquiridos por el concursado tras la apertura del concurso entren dentro del procedimiento una vez satisfecho el pasivo inherente a su consecución, esto es así cuando el concursado quisiese iniciar una actividad empresarial y adquiriese mediante compra a crédito maquinaria para dicho fin, este bien pasaría a la propiedad del deudor y, por ende ingresaría en la masa activa; debiendo el vendedor esperar la sentencia de calificación para intentar la satisfacción de su crédito.

3.3 Reducción de la masa activa

Hemos expuesto que a través de la intervención y el desapoderamiento de los bienes del deudor, algunos de estos bienes no correspondan precisamente al patrimonio del deudor y que este sólo lo detente (masa de hecho), perteneciendo a terceras personas. Entendiendo entonces que estos no se encontrarán considerados como parte de la masa para la satisfacción de los acreedores concursales¹⁰³⁵; pudiendo ejercitarse el derecho de separación que le otorga el artículo 80 de la LCon¹⁰³⁶ cuando se encuentren en poder del concursado y

¹⁰³⁵ Vid. TAPIA, A., “La gestión de la masa activa del concurso” en AA.VV, *Estudios Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV., Madrid, 2005, pp. 3537 al 3568.

¹⁰³⁶ Vid. SAP Madrid de 20 de septiembre de 2007 [JUR 2009/22872] donde: “*La reducción de la masa activa del concurso puede producirse por varias razones. Una de ellas es que en poder del concursado se encuentre bienes de dominio ajeno, que son reclamados por sus dueños. El derecho de separación que contempla este artículo es una facultad que asiste al acreedor ex iure dominio para reivindicar los bienes que se encuentren en poder del concursado. Es consecuencia ineludible de lo previsto en el artículo 79.1 LCon y guarda cierta analogía con la acción reivindicatoria al exigir la acreditación del dominio o de la propiedad sobre el bien y la identificación de la cosa cuya entrega se solicita. La Ley no señala plazo para su ejercicio, pues a diferencia de la masa pasiva, que si debe ser fijada de modo definitivo, en el patrimonio del concursado pueden entrar y salir bienes durante todo el procedimiento concursal*”.

sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención siendo entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos¹⁰³⁷.

La exigencia acerca de la conservación de los bienes que serán depuestos a sus legítimos titulares será ampliada, tanto al propio deudor como a la administración concursal – exigencia reconocida por el art. 35.1 en el ejercicio del cargo y que se reconoce además a cualquier omisión acerca de alguna conducta que impida la posterior restitución del bien.

En el caso de bienes que son objeto de derecho de ejecución especial, esto es, aquellos créditos con privilegio especial (art. 90 LCon), integrarán la masa, con la excepción acerca de buques y aeronaves, siendo los demás ejecutables en el concurso. Con lo obtenido, a través de la ejecución se procederá a la liquidación y satisfacción del titular del derecho de garantía.

Hablar de reducción es también referirnos por ende al concepto de desafección de bienes y derechos, los cuales tienen por finalidad la satisfacción de aquellos acreedores que hayan visto perjudicados o defraudadas sus expectativas de cobro. La desafección requerirá una declaración expresa de la administración concursal, surtiendo efectos desde la comunicación suficiente al deudor. Así, no se trataría de un acto de disposición, debido a que su fin no es la transmisión, modificación o la extinción del bien, por tanto lo que se logra es la desaparición de la intervención o de la sustitución sobre el objeto; es decir, el concursado recupera la administración y disposición sobre el bien quedando ligado a su esfera jurídica, sin que ello suponga que de los frutos alcanzados este pueda subrogarse, debiendo formar estos beneficios como parte de la masa.

3.4 Separación de bienes de la masa activa

El derecho de separación que la Ley Concursal otorga al acreedor, parte de lo previsto en el art. 80 de la LCon en el que: *“Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder*

¹⁰³⁷ La prueba acerca de la propiedad ajena resultará bastante estricta para fundamentar la entrega de la posesión al tercero, aunque para ello se encuentre reconocido por el art. 448 del CCiv en cuanto al poseedor del bien en concepto de dueño, se reconozca a su favor la presunción legal de que posee con justo título; además de lo prescrito por el art. 38 de la Ley Hipotecaria (BOE n° 58, de 27 de febrero de 1946) cuando a efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos”.

La separación, por tanto, se enfocará a través de un objeto debidamente identificado encontrándose en poder del concursado¹⁰³⁸, siendo necesario que el interesado hubiera procedido a realizar una reclamación previa a la administración concursal, encontrándose con una respuesta negativa a dicha pretensión, contra la cual se podrá plantear incidente concursal. Respecto al carácter subjetivo de la separación, deberá tenerse en cuenta que quien ejercerá la acción será el titular de los bienes.

Cuando el bien se encontrare incluido en el inventario, el titular del bien tendrá dos vías para tutelar su legítima solicitud, por un lado, impugnar el inventario (art. 96.1), en un plazo de diez días a contar desde la notificación de la presentación del informe de la administración concursal, y por otro lado, se podrá ejercitar el derecho de separación establecido en el art. 80 de la Ley Concursal de forma independiente¹⁰³⁹.

3.5 Contenido del inventario

El inventario deberá contener la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe como bien reza el art. 82 de la Ley Concursal, continúa la misma norma e indica que cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación (*ex art. 82.2 LCon*).

Así, el inventario, constituirá dentro el procedimiento, una relación de los bienes y derechos pertenecientes al concursado e integrantes de la masa activa, esto a través de una relación

¹⁰³⁸ Entre la acción de separación y la acción reivindicatoria existe una analogía, que justifica que se exija acreditar el dominio o la propiedad sobre el bien, así como la identificación de la cosa.

¹⁰³⁹ *Vid.* SAP Madrid de 12 de marzo de 2010 [JUR 2010/21302] que señala: “*Para que pueda prosperar la pretensión de separación de determinado bien o derecho de la masa activa es preciso que concurra el requisito de la determinación e identidad de los bienes o derechos que se pretendan separar*”. También, SAP Burgos de 15 de septiembre de 2010 [JUR 2010/343225]; SAP Zaragoza de 7 de septiembre de 2010 [JUR 2010/334637].

ordenada y detallada de cada uno de ellos que permita establecer la estimación de su valor¹⁰⁴⁰, aunque debemos señalar que la elaboración de este documento va más allá de una simple fijación de los bienes en poder del concursado con el inicio del procedimiento, y que pueden abarcar incluso aquella posibilidad en que los acreedores, y el propio deudor evite cualquier abuso por la propia administración concursal, debido a que su consulta permitirá apreciar cualquier omisión no justificada de alguno de los bienes y derechos que se encuentren en poder del deudor¹⁰⁴¹.

En su contenido, el inventario deberá adjuntar aquellos derechos reales o de crédito que el concursante ostente sobre bienes muebles –*mobiliarios, mercaderías, títulos valores*-, inmuebles, fungibles o no fungibles, corporales o no; además de los derechos de propiedad industrial e intelectual¹⁰⁴². Dentro los principios establecidos en la formación del inventario se encuentra que la inclusión de un bien o de un derecho de crédito a favor de la concursada dentro del inventario no supondrá un pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del concursado sobre los bienes o derechos frente a un tercero. Es por esta razón, que a diferencia de la lista de acreedores, el inventario no pretende determinar con exactitud la masa activa, sino que exclusivamente persigue informar a los acreedores en cuanto a la precisión de la capacidad del concursado que oriente de esta manera hacia una solución negociada o liquidatoria.

Compartimos la opinión de PAÑEDA¹⁰⁴³ cuando reconoce que existe un *desfase temporal entre el inventario de la masa activa aportado por el deudor en el momento de la solicitud*

¹⁰⁴⁰ Vid. NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, op. cit., p. 75.

¹⁰⁴¹ Sobre este asunto, cfr. PAÑEDA USUNARIZ, F., “La formación de la masa activa del concurso”, op. cit., p. 290. “Si bien es cierto que el propio art. 82.3 de la LCon hade referirse al valor de los bienes y derechos del inventario, y el valor que tenga cada uno de ellos, es decir, su valor individualizado, parecerá razonable que se añada también el valor del conjunto patrimonial o de las unidades productivas (art. 149.1.1º de la LCon), o de la aprobación de un convenio con cesión en bloque (art. 100.2 II LCon). La necesidad de tal valoración del conjunto patrimonial radica en el valor superior que representa la unidad productiva en su conjunto frente a la suma de cada uno de sus elementos que la componen”.

¹⁰⁴² Vid. ROJO, A. “Artículos 6 y 7 de la Ley Concursal”, op. cit., p. 262.

¹⁰⁴³ PAÑEDA USUNARIZ, F., “La formación de la masa activa del concurso”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 289.

de concurso y el presentado junto con el informe por la administración concursal, de tal manera que no existirá, en la mayoría de los casos, coincidencia en los bienes y derechos incluidos en ambos (ex art. 6.2.3º y 82.1 LCon), debiendo en todo caso, aquel activo del patrimonio del deudor no declarado, ser nuevamente incluido en la memoria elaborada por la administración concursal, bien a través de una relación de litigios que puedan afectar a los bienes o mediante acciones de reintegración que deberán ejercitarse (ex art. 82.4 LCon).

El carácter de la conformación de la masa activa ha planteado un serio debate en los Juzgados de lo mercantil¹⁰⁴⁴ en lo que respecta a la inclusión en el inventario acerca del derecho de cobro o devolución del Impuesto del Valor Añadido (en adelante IVA) a favor del concursado, a lo que la Agencia Estatal de Administración Tributaria se oponía manteniendo, que la devolución deberá ser reconocida y aprobada a través de un determinado procedimiento administrativo regulado por el art. 115 de la Ley del IVA, donde se regula un procedimiento de inspección para la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para las devoluciones tributarias¹⁰⁴⁵. Así se deberá elaborar la correspondiente Acta en prueba de los hechos que motivan su formalización, y que derivará en el correspondiente acuerdo administrativo que resulta de suma importancia para la devolución de un derecho líquido, cierto y exigible¹⁰⁴⁶. Por tanto, la postura adecuada en

¹⁰⁴⁴ Vid. PAÑEDA USUNARIZ, F., “La formación de la masa activa del Concurso”, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁴⁵ Respecto a la inclusión de los derechos de crédito derivados de devoluciones de Hacienda, dada la exigencia legal de tal devolución sea fijada por la Administración Tributaria Vid. SAP Burgos de 15 de septiembre de 2010, sobre la que se establece: “*Mientras la Administración Tributaria no reconozca la existencia y cuantía de una devolución tributaria, no puede calificarse como un derecho de crédito líquido y exigible, sino como condicional. Nada impide, no obstante, que pueda figurar como información a los acreedores, de una eventual y futura deuda tributaria a ingresar o devolver, de acuerdo con las previsiones de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE nº 312, de 29 de diciembre de 1992) a lo que no se opone el art. 96.2 LCon, debido a que tal información afecta a la eventual inclusión o exclusión de unos derechos, cuya efectividad está condicionada*”.

¹⁰⁴⁶ Acerca de estos procedimientos de devolución Vid. SAP de Barcelona de 21 de enero de 2011, que declara compatible la inclusión de bienes y derechos dentro del inventario, con la existencia de un posible litigio sobre los mismos en un juicio declarativo dentro del concurso o fuera de él (arts. 50, 51 y 54 de la LCon). Así también la sentencia SAP de Burgos de 15 de diciembre de 2010 mantiene una posición distinta en la que propugna la exclusión del crédito del inventario hasta que no se haya comprobado administrativamente su existencia, con lo que estaríamos frente a créditos condicionales para designar aquellos frente a la Administración Tributaria y que estén pendientes de reconocimiento por los órganos de la Administración Tributaria.

relación a la devolución o no de los créditos, será aquella en que prevalezca la compatibilidad de la inclusión de bienes y derechos dentro del inventario por considerar a estos no como derechos sustantivos, sino más bien informadores, pudiendo su inclusión, no modificar la titularidad del mismo¹⁰⁴⁷.

En el momento en que la administración concursal confeccione el inventario, sea este mediante un concurso voluntario (*ex art. 6.2.3º LCon*) o necesario (*ex art. 21.1.3º. LCon*), en aplicación del art. 82 de la LCon, deberá elaborarlo a la mayor brevedad posible conteniendo en este una relación y avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha del cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe¹⁰⁴⁸. Este avalúo de bienes deberá llevarse a cabo a través del arreglo al valor del mercado (art. 82.3 LCon), ello excluye la posibilidad de que la administración concursal valore los elementos patrimoniales en función al precio de adquisición o del coste de producción. La fijación del valor del mercado como criterio de valoración de los elementos inventariados contribuye a reafirmar que la finalidad del inventario no es conocer la situación económica financiera del concursado, sino evaluar la masa activa del deudor a efectos de su eventual liquidación¹⁰⁴⁹.

Cabe la posibilidad de entender a la masa activa en su estructura y contenido como un sinónimo de activo de balance pero esto no resultará exactamente cierto debido a que podrían existir bienes y derechos que no figuren en el mismo, bien porque se trate de

¹⁰⁴⁷ En caso de impugnación de los créditos y en función a los argumentos que se planteen, será el propio Juez del concurso quien entrará a conocer acerca del fondo de la cuestión, pudiendo practicar cualquier tipo de prueba sobre la procedencia del crédito, dictando sentencia relativa al mantenimiento o exclusión de este crédito. En aplicación al art. 86 *ter* 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 8.1 de la LCon, el Juez del concurso carece de competencia objetiva para la ejecución del título debiendo el concursado dirigirse ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda para así poder reclamar su crédito.

¹⁰⁴⁸ *Vid.* SJM de Asturias de 1 de marzo de 2005, donde en el inventario se incluirá única y exclusivamente los derechos que hayan nacido a la vida jurídica con anterioridad a la fecha de cierre.

¹⁰⁴⁹ En ese sentido, *vid.* NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, *op. cit.*, p. 86. “*Afirma que la aplicación del valor del mercado como criterio de avalúo de los bienes y derechos inventariados mantiene ciertos riesgos, apuntando a aquellos valores objetos de cotización, siendo que la existencia de un precio de cotización oficial impide cualquier arbitrariedad. Y si bien para la mayor parte de los elementos patrimoniales no existe un precio exacto de referencia, en todo caso deberá ser aceptado de común acuerdo tanto por un tercero, como las partes interesadas*”.

cuentas de orden no reflejadas, como avales prestados por el deudor, consejeros u otros o por la reincorporación de bienes que no figuren en el período anterior a dos años y que podrán reincorporarse al activo mediante los actos de reintegración que pretenda la administración concursal previstas en el art. 71 de la LCon.

Resulta curioso que, precisamente en el Código de Comercio, no exista una definición acerca del inventario limitándose a establecer que el libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa. Así también el Plan General de Contabilidad referirá su actuación, no al libro de inventarios sino sólo a las cuentas anuales¹⁰⁵⁰.

Los bienes y derechos que entren a formar parte de la masa activa lo hacen a través de la misma configuración jurídica que poseían con anterioridad a la apertura del procedimiento, es lo que viene a denominarse una alteración de orden subjetiva sobre la esfera del deudor y que lo expusimos con anterioridad¹⁰⁵¹. Sin embargo, ante este tratamiento existen dos excepciones previstas en la normativa concursal acerca de la copropiedad de los bienes y que se producen, una de ellas acerca de los bienes conyugales (art. 77 LCon) cuando en el caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos privativos del concursado. Así también, en el caso de sociedad ganancial dentro el matrimonio se incluirá en la masa, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. Una segunda excepción al tratamiento jurídico de los créditos en copropiedad se da en materia de cuentas distintas, establecida en el art. 79 de la LCon en el que los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal, pudiendo esta última presunción debatirse

¹⁰⁵⁰ Vid. ROJAS I GRAELL, J., *Administración concursal de empresas. Guía orientativa de actuación profesional*, op. cit., p. 10.

¹⁰⁵¹ Un ejemplo acerca de la posición subjetiva del inventario sobre los bienes radica en la posibilidad que si el deudor poseía la propiedad sobre un bien inmueble en común con otras personas (art. 392 CCiv), la administración concursal tendrá los mismos derechos (uso, disfrute, adquisición proporcional de los frutos, facultad de separación) siendo sometida a los mismos deberes (contribución proporcional a la conservación, respeto al derecho de los demás comuneros) y en idéntica proporción, que el concursado con anterioridad a la apertura de la insolvencia. Vid. TIRADO, I., “Masa activa”, *op. cit.*, pp. 2007 y 2008.

debido a la actividad probatoria del cotitular de la cuentas en la que se establecería un posible derecho de separación.

3.5.1 Bienes y derechos incluidos en el inventario

El inventario deberá contener la descripción detallada de cada uno de los bienes y derechos pertenecientes al deudor¹⁰⁵² debiendo ser valorados según el criterio que al efecto utiliza la norma, que es la del mercado debiendo en todo caso ser matizado¹⁰⁵³ teniendo en cuenta los derechos y gravámenes, siempre que directamente les afecten e influyan en su valor, en la medida en que disminuyen o afectan al valor de tales activos, así como las garantías reales y embargos, sin que se establezca ello a través de una simple agrupación o características que la compongan¹⁰⁵⁴.

Partiremos por establecer que en el contenido de la masa activa la integrarán todos los bienes inmuebles que pertenezcan al concursado en el momento de apertura del concurso, en esta categoría se diferencia los bienes inmuebles por naturaleza – *suelo rústico o urbano*-; los bienes inmuebles por incorporación –*edificios, caminos, construcciones adheridas*-; bienes inmuebles por destino (*ex art. 353 CCiv*) –*estatuas, relieves de uso ornamental*-; bienes inmuebles por analogía –*concesiones administrativas, licencias de explotación*-. En otro orden, se integran dentro del patrimonio de la insolvencia aquellos derechos reales comunes que se recogen en la norma civil, como señala TIRADO¹⁰⁵⁵ a

¹⁰⁵² Acerca de la valoración de los bienes en el inventario, *cfr.* MALAGÓN RUIZ, P., “Estructura del Informe e inventario de la masa activa” en MARTÍN MOLINA, P.; GONZÁLEZ BILBAO, E.; CARRE DÍEZ-GALVÉZ, J. y MAZA MARTÍN, J. (Coords.), *La reforma de la Ley concursal analizada por especialistas*, Madrid, FUNDIECO, 2012, pp. 258 y ss., señala: “la valoración de los bienes no se hace con arreglo a criterios contables, por lo que habrá de prescindirse de las reglas de valoración y principios de contabilidad generalmente aceptados respecto a la valoración de la masa activa, cuando el deudor sea empresario mercantil. De todas formas, si bien el valor de mercado debe servir como guía para la valoración de los bienes, según el art. 82.3 de la LCon, el mismo se verá influido por las circunstancias del sector de actividad del deudor, la propia naturaleza del bien o el volumen de la oferta y la demanda”.

¹⁰⁵³ *Vid.* MALAGÓN RUIZ, P. “Estructura del informe e inventario de la masa activa”, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁵⁴ *Vid.* MERCADAL VIDAL, F., “Artículos 1 al 7” en SAGRERA TIZÓN, J., SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I., Barcelona, Bosch, 2004, pp. 20 y ss.

¹⁰⁵⁵ TIRADO, I., “Masa activa”, *op. cit.*, p. 2010.

través de la servidumbre, las rentas o pensiones vitalicias o hereditarias cuando graven con carga real una cosa inmueble, las hipotecas, los usufructos, los censos, las anticresis y aquellos incluidos a través de partes comunes de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal (*ex art. 396 CCiv*).

En este sentido, a través del inventario deberá indicarse específicamente la localidad en que los bienes inmuebles se encuentran situados, complementándose a través de los datos que consten en el Registro de la propiedad. Resulta importante establecer cualquier gravamen, trabas y cargas que afecten a los bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación y que serán aportados al inventario por la administración concursal (*ex art. 82. 2 LCon*)¹⁰⁵⁶ y, que serán especialmente oportunas cuando se trate de alguno de los bienes afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial (*art. 90 LCon*).

En relación a los bienes muebles, entran a formar parte de la masa activa la rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias (*vid. ex art. 336 del CCiv*), así como los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios. En este caso, se hará una distinción entre aquellos bienes muebles fungibles y no fungibles, Los primeros, pertenecientes a aquellos de los que no puede hacerse uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; y la segunda especie que corresponderán a todas las demás (*ex art. 337 CCiv*).

Dentro este cúmulo de bienes muebles, ingresan también en la masa activa aquellas acciones o participaciones representativas de la condición de socio de una sociedad capital, quedando la administración del concurso vinculada a las restricciones estatutarias de transmisibilidad de acciones.

¹⁰⁵⁶ *Cfr.* MALAGÓN RUIZ, P. “Estructura del informe e inventario de la masa activa”, *op. cit.*, p. 260, señala que: “*Si bien el valor del mercado debe servir como guía para la valoración de los bienes, según el art. 82.3 LCon, el mismo se verá influido por las circunstancias del sector de actividad del deudor. Un ejemplo de ello son las participaciones de societarias de que pueda ser titular el concursado, su valoración ha de tener en cuenta el valor de todos los elementos que integran aquella; Además, como entidad que opera en el tráfico económico, la valoración de la misma ha de hacerse de forma global, haciendo abstracción de sus elementos aislados*”.

Resulta interesante para nuestro estudio fijar aquella valoración de bienes y derechos integrantes del inventario de una empresa en concurso, en el que se podrá aplicar el criterio de liquidación con el fin de determinar su valor en el mercado, que como bien hemos expuesto, será el de aplicación por parte de la administración concursal, sin que con ello se pretenda excluir las pautas del Plan General de Contabilidad, así apoyándonos en la guía propuesta por ROJAS¹⁰⁵⁷ tendremos:

1. *Accionistas por desembolsos no exigidos, debiendo la administración concursal valorar los importes nominales pendientes de los indicados desembolsos.*
2. *Gastos de establecimiento e inmobilizaciones inmateriales. Entendido este último para los derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero en el que se atenderá a la proporción que resulte de comparar el valor del mercado con el importe de la deuda con la entidad financiera reduciendo de ella la suma de los gastos financieros diferidos; siendo que si el valor del bien excede de la deuda neta con la entidad se consignará dicho valor en el activo del balance y en caso contrario se eliminará el bien del activo y la deuda con la entidad financiera del pasivo.*
3. *Inmobilizaciones materiales. Las mismas que figurarán por su valor de mercado con la oportuna tasación pericial.*
4. *Inmobilizaciones financieras. Que se configuran en aquellas materializadas en títulos cotizados (renta variable) o créditos concedidos (renta fija) figurarán por sus valores de mercado extraídos del mercado de valores.*
5. *Las acciones propias.*
6. *Gastos a distribuir en varios ejercicios.*
7. *Existencias. Establecidas por su valor de liquidación en el mercado.*

¹⁰⁵⁷ ROJAS I GRAELL, J., *Administración concursal de empresas. Guía orientativa de actuación profesional*, op. cit., p. 11.

8. *Deudores. Donde figurarán por sus valores actuales y probables de cobro. Los créditos fiscales derivados de impuestos anticipados o de créditos por compensación de pérdidas figurarán en el inventario si el deudor no ha solicitado la liquidación y se darán de baja en caso contrario.*
9. *Inversiones financieras temporales.*
10. *Tesorería, por el disponible real. Y, para aquellas partidas no plenamente disponibles atendiendo a la naturaleza y plazo temporal de las trabas o retenciones que pudiera existir.*

En cuanto a los “derechos” relacionados en el inventario y que presentan complejidad en relación a su naturaleza, conformarán la masa activa aquellos derechos de adquisición preferente que pertenezcan al deudor en el momento de la declaración del concurso; por otro lado se encuentran aquellos derechos de retracto legal del concursado copropietario de una cosa común quien podrá usar del retracto¹⁰⁵⁸ en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos (*ex art. 1522 CCiv*); los derechos de adquisición preferente de un inmueble regulados por la legislación de arrendamientos urbanos (*ex art. 25 Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre, BOE nº 282 de 25 de noviembre de 1994, en adelante LAU*) así como el arrendamiento sobre local de negocio, que tiene carácter patrimonial y puede subarrendarse sin necesidad del consentimiento del arrendador (*ex art. 32.1 LAU*).

Habrà de entender que forma parte del patrimonio del concurso, todas las pretensiones que se deriven de la posición jurídica de la administración concursal, con independencia de su origen en la situación que ocupaba el deudor antes del concurso; por tanto, la administración concursal, si así lo permite el régimen jurídico podrá transmitir su posición acreedora y exigir el cumplimiento de los contratos o solicitar su resolución¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ Definición acerca del retracto legal que brinda el Código Civil en su artículo 1521: “*Es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere*”.

¹⁰⁵⁹ *Vid. TIRADO, I., “Masa activa”, op. cit., p. 2012.*

Por último, en relación a los derechos del deudor, cabe hacer mención a uno de los debates que ciertamente ha generado bastante polémica en relación a la inclusión o no de los bienes objeto de los contratos de arrendamiento financiero y que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal, logra zanjar introduciendo el art. 82.5 LCon: *cuando los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado.*

Así, la controversia surgida ha sido el resultado de la interpretación de este tipo de contratos tanto en el ámbito jurídico como económico. Al imponer el Plan General de Contabilidad acerca de los “arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar”, la inclusión en el activo del bien por el mismo importe que figura en el pasivo financiero, indujo a confusión¹⁰⁶⁰, a la hora de configurar el inventario, puesto que la administración concursal, entendía que el bien sobre el que recaía el *leasing* debía figurar como un activo en el inventario¹⁰⁶¹.

En el ámbito jurídico, se consideraba que, al no haberse ejercitado la opción de compra que preveía el contrato, no se había adquirido aún por el arrendatario la propiedad sobre el bien y, por tanto, no podía incluirse en el inventario de la masa activa.

¹⁰⁶⁰ PAÑEDA USUNARIZ, F., “La formación de la masa activa del concurso”, *op. cit.*, p. 293.

¹⁰⁶¹ El artículo 1597 del CCiv que expone: “*Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude aquél cuando se hace la reclamación*”. Este artículo, que llevado a sede concursal, conduciría a una situación en la que se tendría a un concursado con expectativas de cobro de un tercero. La polémica surgida recae en que el concursado contratista no es parte procesal en el procedimiento en el que se ejercita la acción directa del art. 1597 del CCiv. En este sentido PAÑEDA USUNARIZ, F., “*La formación de la masa activa del concurso*”, *op. cit.*, p. 299, reconoce que de conformidad con la actual configuración de la acción directa del citado artículo, no resulta apropiada la suspensión del procedimiento en los términos en los que introduce la reforma, al no gozar de fundamento sustantivo alguno, debiendo haber optado el legislador por permitir la continuación de este tipo de procedimientos dirigidos frente al dueño de la obra. No obstante, si mantenemos la necesidad ineludible de modificar la situación existente con anterioridad a la reforma y, de esta manera, evitar las consecuencias sumamente perjudiciales que el ejercicio de esta acción provoca en el activo de la sociedad concursada y la lista de acreedores, hubiera sido aconsejable abordar la armonización entre las normas desde una perspectiva sustantiva, incidiendo de manera más profunda en la naturaleza de la acción, configurándola más como una acción subrogatoria del artículo 1111 CCiv, en la que el titular de la acción ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, y no como su propio crédito”.

Otro de los problemas acerca de la configuración directa en el ámbito de los efectos sobre las acciones individuales tiene relación con la suspensión de la acción directa prevista en el art. 51 bis 2 LCon cuando: *“Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedará en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución”*.

Esta suspensión conduce a que la concursada no pueda hacer efectivo su derecho de crédito a consecuencia de la medida de suspensión que adopta el legislador en defensa de su derecho y en beneficio del resto de los acreedores. Ante esta declaración, PAÑEDA¹⁰⁶² propone una vía que creemos se ajusta debidamente a la práctica dada por la *“facultad que tiene el juez de instancia ante el que se plantee la prejudicialidad civil de no decretar la suspensión del curso de actuaciones por diversas razones entre las que caben las teleológicas, debido a que no resultaría adecuado que la propia medida de suspensión del procedimiento del subcontratista vetara el ejercicio de la acción por el contratista del concurso”*. Así las cosas, el legislador ha querido proteger al acreedor subcontratista en los términos a que se refiere el art. 51.bis 2 LCon, acordando la suspensión de un procedimiento de incierta reanudación, bien por la satisfacción de su crédito vía liquidatoria o convencional o por la realización del derecho por el propio contratista en el procedimiento de beneficio de los acreedores.

3.5.2 Los bienes conyugales en el inventario

En relación al concurso de persona casada¹⁰⁶³, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado (ex art. 77.1 LCon)¹⁰⁶⁴. En el caso de

¹⁰⁶² Vid. PAÑEDA USUNARIZ, F., “La formación de la masa activa del concurso”, *op. cit.*, p. 301.

¹⁰⁶³ Acerca de los bienes conyugales en el inventario, *vid.* YAÑEZ VIVERO, F., “Repercusiones de la reforma concursal en el régimen económico matrimonial”, en *Aranzadi Civil*, nº 20, 2002; ÁLVAREZ OLALLA, P., “Comentario al artículo 77 de la Ley Concursal” en BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R. (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, 2004, p. 928; ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los arts. 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 99 y ss.; MAGRO SERVER, V.

mantener un régimen económico de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso (*ex art. 77.2 LCon*). Para llevar a cabo esta relación de actos será necesario que la administración concursal lleve adelante un juicio acerca de la calificación del pasivo del concursado¹⁰⁶⁵.

La doctrina viene a señalar que el precepto citado supedita la inclusión en el inventario de los bienes gananciales y comunes que deban responder de obligaciones del concursado¹⁰⁶⁶ por lo que, cuando los bienes comunes no deban soportar las deudas contraídas por el concursado, tales bienes no deberían formar parte del inventario.

Por su parte, el art. 86.4 de la LCon dispone que *el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la administración concursal expresará, respecto a cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común*. Esta fijación del carácter común o privativo de la deuda deberá determinarse con

”La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal” en *La Ley*, nº 6213, p. 1622.

¹⁰⁶⁴ En el Derecho anterior, la composición del patrimonio concursal de la persona casada bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales dependía del carácter mercantil o civil del deudor, es decir, de si el procedimiento a que daba lugar la quiebra o el concurso de acreedores del mismo. En el caso de la quiebra, se integraban dentro del patrimonio concursal los bienes privativos del quebrado, así como los gananciales adquiridos con las resultas del comercio ejercido y, en el caso de que no hubiese oposición expresa del cónyuge del comerciante, lo demás bienes gananciales. *Vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁶⁵ *Vid.*, CUENA CASAS, M., “Persona casada” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 2166 y 2167.

¹⁰⁶⁶ Sobre esta línea, *vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Concursal*, Barcelona, 2006, p. 40; BERMEJO GUTIERREZ, “Sociedad de Gananciales, patrimonios separados y concurso”, *ADC*, 2009; BLANQUER UBEROS, R., “Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones” en OLIVENCIA RUIZ, M. (Dir.), *La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial*, nº 59, 2005, p. 224.

arreglo a las normas del Código Civil¹⁰⁶⁷ (art. 1373 del CCiv), en este entendido, todos los regímenes matrimoniales de comunidad, como el de gananciales, los bienes comunes no sólo responden de las deudas comunes, sino y subsidiariamente de las deudas privativas.

Con la opción de política legislativa adoptada por la Ley Concursal (art. 77.2), de liquidación facultativa del cónyuge del concursado coordinada con lo que resulte del convenio o de liquidación, si bien se evitará que el cónyuge *in bonis* pueda salir beneficiado con los bienes que debían responder de las deudas contraídas por el cónyuge del concursado, se mantiene el riesgo, al existir una pluralidad de patrimonios, de la posibilidad de que se realicen operaciones fraudulentas entre los mismos y que tendrán un difícil control.

En cuanto al régimen de separación de bienes, y donde se integran en el patrimonio concursal o masa activa los bienes propios del concursado, también se deberá regular las presunciones de donación del cónyuge concursado a su cónyuge, así como los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia realizadas por los cónyuges.

Esta presunción de donación y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges que recoge el artículo 78 de la Ley Concursal señala que *“Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso”*.

Esta disposición presenta una doble presunción en la posibilidad de probar o no el origen de los fondos como bien lo expone BELTRÁN¹⁰⁶⁸ cuando: El cónyuge concursado adquiere

¹⁰⁶⁷ Vid. CUENA CASAS, M., “Persona casada”, *op. cit.*, p. 2167.

bienes a título oneroso y emplea como contraprestación el patrimonio del concursado, se presume la donación de la totalidad de la contraprestación empleada para la adquisición a título oneroso realizado por el cónyuge¹⁰⁶⁹. La presunción se podrá desvirtuar mediante la prueba de que los fondos no fueron donados, sino entregados por otro título distinto (préstamo, compraventa, permuta). Por ello, la administración concursal, una vez que se presume la donación, podrá ejercitar la acción rescisoria prevista en el art. 71.1 LCon, siempre que la adquisición tuviese lugar en los dos años anteriores a la fecha de declaración¹⁰⁷⁰.

Cuando la procedencia de la contraprestación no pueda probarse, se presumirá que fueron donados en su mitad por el concursado, siempre que la adquisición de bienes se haya hecho en el año anterior a la declaración. Presunción que podrá ser desvirtuada por la prueba que haga el cónyuge del concursado de haber adquirido con su patrimonio privativo¹⁰⁷¹

3.5.3 Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia

Es posible que los cónyuges, bajo el régimen de separación de bienes, hayan podido adquirir bienes con pacto de supervivencia, en este sentido, los bienes que obtengan conjuntamente y por mitad los cónyuges pasarán a ser de la titularidad del que sobreviva en el caso de fallecimiento de cualquiera de ellos, así, el artículo 78.3 de la LCon reza que: *“Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se*

¹⁰⁶⁸ BELTRÁN, E., “Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, p. 164.

¹⁰⁶⁹ *Vid.* SAP Madrid de 20 de abril de 2012 [JUR 2012/177237].

¹⁰⁷⁰ En caso de sobrepasar los dos años, pero no sobrepasando el límite de cuatro (art. 1299 CCiv) se tendrá que ejercitar la acción rescisoria general por fraude de acreedores de los artículos 71.6 de la Ley Concursal y 1297.1 CCiv.

¹⁰⁷¹ *Vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, p. 156.

tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será del precio de adquisición actualizado conforme al índice de los precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor del mercado". Sin duda, el precepto otorga al cónyuge *in bonis* la facultad de adquirir la totalidad del bien siempre que pague la mitad de su valor a la masa. Con ello, estaríamos frente al derechos de separación; esto con arreglo a aquellas valoraciones establecidas en el mismo precepto, del que se trate una vivienda habitual, en cuyo caso será el precio actualizado, y en los demás casos, será que el de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor del mercado determine el juez¹⁰⁷².

3.6 Los saldos de cuentas en entidades de crédito

Se deberá incluir en el inventario el saldo acreedor de las cuentas corrientes en entidades de crédito de las que el concursado sea titular individual además de la totalidad de aquellas cuentas pluripersonales en las que el concursado figure como titular (art. 79 LCon). Esta inclusión deberá hacerse a cargo de la administración concursal.

Lo que pretende el legislador no es prejuzgar el alcance del derecho de crédito concursado, sino dejar claro que la cuantía de los respectivos derechos se debe determinar en función del negocio jurídico que configura la relación interna que vincula a los titulares de la cuenta¹⁰⁷³. La ausencia de prueba o en su caso, cuando resulte imposible determinar el origen de los fondos, se presume que el crédito se encuentra dividido en tantas partes iguales como titulares figuren en la cuenta¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² Vid. GALÁN LÓPEZ, C., "La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge" *RDCP*, nº 1, 2004, pp. 216 y ss.

¹⁰⁷³ Vid. MUÑOZ PLANAS, J., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 20 y 21.

¹⁰⁷⁴ Vid. artículo 393 del Código Civil en el que el concurso de los partícipes, "tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad".

Con el artículo 79 de la LCon el legislador se aparta de esta regla y pasa a establecer que la totalidad del saldo acreedor existente en el momento en que la declaración pertenece íntegramente al concursado¹⁰⁷⁵.

Llegados hasta aquí, hay que subrayar que nuestra intención es de ponderar aquellos aspectos más viables que integran la masa activa y que deben ser analizados por la administración concursal en su informe

4. DETERMINACIÓN DE LA MASA PASIVA

4.1 Concepto de la masa pasiva

La formación de la masa pasiva resulta un elemento esencial del concurso de acreedores, esto es así porque la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, prescribe que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores constituye la regla general del concurso¹⁰⁷⁶.

Por esta razón, la masa pasiva constituirá aquel número de acreedores que deben ser satisfechos con el procedimiento concursal. Para este fin, se encomienda a la administración concursal la delimitación a través de una llamada “lista de acreedores” donde se deberá incluir el importe del crédito y el nivel de jerarquía de los mismos, por ende este documento deberá reflejar la identidad de los acreedores, así como la estructura y composición de los créditos¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ Vid. MADRAZO, J., “artículo 79” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Madrid, 2004, pp. 1425 y ss.

¹⁰⁷⁶ FLORES SEGURA, M., “La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores” en *RDCP*, nº 38, 2016, pp. 11 a 64.

¹⁰⁷⁷ Una de las consecuencias de la declaración del concurso consiste en que todos los acreedores necesariamente quedan integrados en el concurso, de manera que se impide el ejercicio separado de su crédito al margen del procedimiento concursal. Vid. LEÓN SANZ, F., “Masa Pasiva”, en BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J., (Dirs.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 2017.

La Ley Concursal no establece un concepto propio acerca del significado de la masa pasiva siendo necesario aproximarnos hacia una distinción en la categoría de los créditos¹⁰⁷⁸ para entender su noción, entre aquellos créditos concursales por un lado, y por otro, los créditos contra la masa, créditos extraconcursales devengados y pendientes de pago. Por lo tanto, esta lista estará conformada de forma exclusiva por los créditos que integran la masa pasiva¹⁰⁷⁹.

Frente a este panorama normativo creemos que se produce una confusión, al regularse la masa pasiva, incluyendo dentro del mismo Capítulo, los créditos contra la masa, generando una discusión debido a su régimen diferente. Así, el art. 84.1 LCon apunta: “Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa”. Así, las deudas concursales o créditos concursales, forman la masa pasiva debida ya que estos existen antes de la declaración de concurso y porque además son reconocidas como tales en el proceso concursal¹⁰⁸⁰.

Esta relación de créditos contra la masa, aporta una información fundamental al concurso, sobre todo al titular de créditos que desea conocer la cuantía de estos, así como el importe de los devengados. Por ello, se deberá partir, también, de que aún los titulares de créditos contra la masa son tan acreedores del concursado como lo son los titulares de créditos concursales¹⁰⁸¹.

Así, una vez declarado el concurso, la administración concursal procederá a la delimitación de la masa pasiva a través de la elección de todos los acreedores del deudor (acreedores

¹⁰⁷⁸ Acerca del concepto de la masa pasiva, *cfr.* LEÓN SANZ, F., “Masa Pasiva”, *op. cit.*, p. 2019, señala: “*El debate sobre la naturaleza jurídica de la masa pasiva en la quiebra en el Código de Comercio no se plantea en la Ley Concursal o no se hace en los mismos términos en la regulación vigente. Con el Código de Comercio, había sido objeto de discusión si la masa pasiva se podía calificar como una comunidad de bienes cuyo objeto común son los créditos, una comunidad de suerte, una sociedad o incluso un ente transitorio*”.

¹⁰⁷⁹ *Vid.* NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁸⁰ *Vid.* ARROYO, I. y MORRAL, R., *Teoría y práctica del derecho concursal...*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁸¹ Acerca de la masa pasiva *vid.* STS de 13 de julio de 2016 [RJ 2016/3392]; STS de 18 de marzo de 2016 [RJ 2016/863]; STS de 21 de julio de 2014 [RJ 2014/4783]; STS de 15 de julio de 2014 [RJ 2014/4532]; STS de 26 de noviembre de 2012 [RJ 2013/185].

concursoales), a aquellos que tienen derecho a concurrir y dentro de los cuales será necesario establecer una graduación de los mismos, en orden de prelación que corresponda. Esta primera operación se denomina como examen o reconocimiento de créditos; la segunda, clasificación a graduación de créditos. Una vez hecha la graduación, en el supuesto de no aprobarse un convenio, tendrá lugar la liquidación y el pago a los acreedores según el orden que les corresponda¹⁰⁸².

Esta determinación, reconocimiento y cuantía, así como la clasificación de créditos serán satisfechos con cargo a la masa activa del concurso de aquellos créditos que consten en la lista de acreedores. Una vez dictado el auto judicial que pone fin a la fase común del concurso, aquellas posiciones de crédito que se fijan en la lista de acreedores devendrán inatacables, así, los acreedores que figuren en la relación de incluidos tendrán derecho, a participar en la fase de convenio o de liquidación como a cobrar las cantidades establecidas, en función de la clasificación de su crédito.

4.2 Delimitación de la masa pasiva

La observancia y utilidad de la masa pasiva en el concurso se traduce en la diferenciación de los créditos contra el concursado de las deudas contra la masa, esta diferenciación se encuentra debidamente reflejada en el artículo 84 de la LCon. La consideración atribuida a los acreedores parte de la esfera en que estos son titulares de los créditos contra el concursado anteriores a la fecha de declaración del concurso, extendiéndose para su consideración a un crédito patrimonial debido a que estos deberán ser computables en dinero (art. 88 LCon), desde el momento en que el acreedor concurre ante el procedimiento posee la condición de “acreedor concursal”, debiendo ejercitar su derecho, así como su reconocimiento como tal debiendo su crédito incluirse en la lista de acreedores según establece el art. 94 de la LCon.

Esta incorporación de los acreedores se produce a través de lo dispuesto en el art. 49 de la LCon donde: declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa

¹⁰⁸² *Vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal, op. cit.*, p. 185.

pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes. Por ello, la normativa no admite que un acreedor, a título individual pueda proceder a ejercitar acciones de ejecución, apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, que se establece en el art. 55 de la LCon¹⁰⁸³. Se trata por tanto del sometimiento implícito del acreedor hasta la solución del mismo –*convenio o liquidación*- a través, como hemos señalado, la incorporación de estos en la lista de acreedores.

Existe una excepción planteada a la figura del art. 49 LCon antes citado, donde se dirige la posibilidad de liquidación separada de los acreedores titulares de una garantía real sobre buques o aeronaves (art. 76.3 LCon). En cambio, a los acreedores con garantía real se le reconocen como titulares de un privilegio especial desarrollado por el art. 90 de la LCon.

Toda esta integración de créditos pertenecientes a la masa pasiva se regula en el Capítulo III, Sección primera de la LCon referida a la composición de la masa pasiva artículos 84 al 94 de la LCon, estableciendo una diferencia entre créditos con privilegio general, créditos con privilegio especial, créditos ordinarios y créditos subordinados. Clasificación que ha resultado fundamental para así determinar la ordenación de prelación y preferencia en el cobro en fase de liquidación, así como la participación en la toma de decisiones acerca de la aprobación del convenio¹⁰⁸⁴.

4.3 Comunicación de créditos

Hemos atendido a la importancia con la que una vez declarado el concurso se produce una serie de actos llevados por la administración concursal hacia la satisfacción ordenada de los acreedores a través de la clasificación, reconocimiento y cuantía de sus créditos.

¹⁰⁸³ Vid. BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Artículo 178”, *op. cit.*, p. 2661, acerca de los efectos de la conclusión del concurso vienen a señalar que se contempla la facultad de los acreedores de iniciar acciones ejecutivas cuando la causa de conclusión del concurso sea la inexistencia de bienes y derechos. Sin embargo, consideran que el legislador ha hecho referencia a ese supuesto por ser paradigmático, pero sin pretender excluir la posibilidad de iniciar acciones ejecutivas en otros casos en los que el deudor continúe respondiendo tras la conclusión del concurso.

¹⁰⁸⁴ Por su parte, el art. 146 de la LCon expone algunas modificaciones acerca de los créditos concursales, además de aquellos establecidos en el Capítulo II del Título III de la LCon, en el que la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

Para llevar adelante esta labor, la administración concursal, en función del ya citado artículo 49 de la Ley Concursal precisará tener conocimiento de los créditos que se incluirán dentro de la lista de acreedores, con la importancia que se tiene de estar unidos a la masa pasiva.

El conocimiento de estos créditos no se producirá de forma automática en la lista de acreedores, sino que corresponderá a la administración concursal depurar la información recabada acerca de esos créditos¹⁰⁸⁵ –clasificación, importe, vencimiento-. Esta labor se realizará a través de la comunicación de créditos que se encuentra regulado en el artículo 85 de la LCon modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Esta comunicación de créditos¹⁰⁸⁶ se realizará en el plazo de un mes¹⁰⁸⁷ a través de los siguientes requisitos:

- 1) *Se deberá formalizar por escrito firmado por el acreedor, por cualquier en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración concursal*¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ Acerca de la conformación de la lista de acreedores, *cf.* HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicación de créditos”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 514. Señala: “La existencia de algunos créditos puede haber llegado a través de la propia solicitud del concurso, especialmente si de un concurso voluntario se trata, ya que el art. 6.2.4º de la LCon requiere acompañar a la solicitud la relación de acreedores. En el concurso necesario, el acreedor solicitante ha de expresar el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento además de la situación actual de los créditos de los que fuera titular”.

¹⁰⁸⁶ En este sentido habrá que distinguir dos situaciones, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011: el primero, a través del cual el acreedor comunica su crédito una vez expirado el plazo de un mes, pero antes de que venza el plazo de que dispone la administración concursal para elaborar y presentar su informe conforme a lo establecido al art. 74 LCon configurando este crédito como subordinado; por otro lado, podrá existir el supuesto en que el acreedor comunique su crédito agotado el plazo con que cuenta la administración concursal para presentar su informe no pudiendo ser considerado este como crédito concursal debido a su falta de comunicado.

¹⁰⁸⁷ *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, A., “La formación de la masa pasiva” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho concursal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 255. Afirma que: “la nueva normativa acoge un nuevo sistema que, de facto, supone una parcial vuelta a la comunicación directa de los créditos de la Administración Concursal, que era pieza fundamental del sistema de insinuación de créditos en la figura de la quiebra”.

- 2) *La comunicación podrá presentarse en el domicilio designado al efecto el cual deberá estar en la localidad en la que tenga su sede el juzgado, o remitirse a dicho domicilio. También podrá efectuarse la comunicación por medios electrónicos¹⁰⁸⁹. El domicilio y la dirección electrónica señalados a efectos de comunicaciones serán únicos y deberán ser puestos en conocimiento del juzgado por la administración concursal al tiempo de la aceptación del cargo. Por tanto, no será precisa la firma del letrado ni del procurador.*
- 3) *En cuanto a las menciones que deberá contener la comunicación nos encontramos frente a que esta: expresará nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales. También se señalará un domicilio o una dirección electrónica para que la administración concursal practique cuantas comunicaciones resulten necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan al domicilio o a la dirección indicada.*
- 4) *Se acompañará copia, en forma electrónica en caso de que se haya optado por esta forma de comunicación, del título o de los documentos relativos al crédito. Salvo que los títulos o documentos figuren inscritos en un registro público, la administración concursal podrá solicitar los originales o copias autorizadas de los títulos o documentos aportados, así como cualquier otra justificación que considere necesaria para el reconocimiento del crédito.*
- 5) *En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración*

¹⁰⁸⁸ Vid. BERMEJO, N., “Artículo 85 Ley Concursal”, en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 1525 y ss.

¹⁰⁸⁹ La exigencia de un medio electrónico en las que efectuar la comunicación de créditos deberá responder a los criterios establecido por el art. 29.6 LCon en el que: “La dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones”.

concurzal de cada uno de los concursos. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido.

Así, el objeto acerca de la comunicación de créditos comporta que todos ellos podrán serlo, cualquiera sea la calificación que puedan merecer, por ello, el art. 86.2 de la LCon, artículo dirigido principalmente a la administración concursal señala que la comunicación comporta que se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueren firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos.

4.3.1 Comunicación extemporánea de los créditos

Con la promulgación de la Ley 22/2003 concursal se consagra el principio de acceso universal al concurso¹⁰⁹⁰ en el entendido de que la carga de la comunicación de crédito no condiciona absolutamente su reconocimiento, debiendo la administración concursal reconocer todo tipo de créditos que resulten de los libros y documentos del deudor.

La aplicación del artículo 85.1 LCon antes de su reforma por la Ley 38/2011, contenía la exigencia de la debida comunicación de créditos en el plazo de un mes con carga a los propios acreedores, bajo responsabilidad de que el crédito se convierta en subordinado, o en

¹⁰⁹⁰ Vid. GALLEGO SÁNCHEZ, A., “La formación de la masa pasiva”, *op. cit.*, p. 359.

caso de que el acreedor comunique su crédito agotado en el plazo con el que cuenta la administración concursal para presentar su informe no siendo considerado como crédito concursal¹⁰⁹¹.

La reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 con el art. 96 *bis* LCon que regula las comunicaciones posteriores de crédito ha consistido en abrir un plazo de comunicación que, una vez vencido – un mes-, da paso a que la administración concursal elabore la lista de acreedores que se contendrá en su informe. Este problema surge, por ejemplo, en los casos de acreedores extranjeros que ostentan créditos nacidos como consecuencia del suministro de mercancías a una sociedad española. El desconocimiento de la situación concursal conlleva a la falta de comunicación del crédito, esto ha significado que la sociedad extranjera inicie una reclamación judicial en su país que se pretende ejecutar en España, sea por la vía del exequátur o la de la ejecución del título judicial europeo¹⁰⁹².

Estos créditos serán reconocidos conforme a las reglas generales y en su clasificación se estará a lo dispuesto por el art. 92.1º salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza¹⁰⁹³. Por tanto, la subordinación del crédito por comunicación tardía no será excluida de la masa pasiva, aún este se presente posterior al informe de la administración concursal e incluso en trámite de impugnación del art. 96 de la LCon.

Por tanto, la Ley Concursal pretende resolver aquella comunicación tardía, si bien con limitaciones. Así, como hemos ido apuntando, se podrán presentar comunicaciones desde la

¹⁰⁹¹ Vid. SJM nº1 de Madrid, de 25 de mayo de 2005 donde señala: “*El Juzgado de lo mercantil acuerda no haber lugar a la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores confeccionada por la administración concursal. Entiende el tribunal que se trataría, el caso enjuiciado, de falta de insinuación de su crédito, esto es, bien no comunicado, bien comunicado con posterioridad a la finalización del plazo para la entrega del informe para la administración concursal debiendo entender en este caso, que el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, quedando privado de todos los derechos que el reconocimiento de crédito le confería al concursado*”.

¹⁰⁹² Vid. ARROYO, I. y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal*, op. cit., p. 157.

¹⁰⁹³ El art. 96 *bis* de la Ley Concursal abre un plazo de diez días siguientes a la puesta en manifiesto de los textos definitivos para presentar oposición a la decisión de la administración concursal, dando vía a través del incidente concursal.

conclusión del plazo de impugnación de la lista de acreedores hasta la presentación de los textos definitivos. En principio estos créditos deberán reconocerse como subordinados y en caso de desconocimiento, se clasificarán según su naturaleza¹⁰⁹⁴.

4.4 Reconocimiento de créditos

La atribución que la Ley Concursal otorga, en primera instancia, a la administración concursal en el reconocimiento de créditos y de manera eventual al juez en la que este último podrá tomar conocimiento a través de vía de impugnación, consistirá prácticamente en la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de cada uno de los créditos comunicados expresamente por cualquiera de las vías previstas en la Ley¹⁰⁹⁵. Es lo que viene a denominarse a través de la doctrina como un procedimiento declarativo reducido al no ser meramente informativos¹⁰⁹⁶, sino que la inclusión de estos créditos en la masa pasiva, despliega efectos intraconcursales¹⁰⁹⁷.

Por otro parte, si bien con la reforma operada con la Ley 38/2011, se pretende flexibilizar el sistema rígido de clasificación de créditos, reconociendo aquellos que hayan sido comunicados hasta la presentación de los textos definitivos. Esta expresión de “textos definitivos” acuñados por la propia legislación concursal resulta relativa debido a que el artículo 97 de la LCon regula la posibilidad de ciertas modificaciones posteriores después de la impugnación prevista en el artículo 96 de la misma Ley, con la salvedad de quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos aunque sí podrán

¹⁰⁹⁴ Vid. STS DE 17 DE MARZO DE 2016 [RJ 1151] apunta: “(...) Los créditos pueden ser incluidos por el juez del concurso en la lista de acreedores al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo, porque en este último caso no existe duda alguna sobre la procedencia de su inclusión”.

¹⁰⁹⁵ ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, op. cit., p. 651.

¹⁰⁹⁶ Vid. DÍAZ MORENO, A., “El tiempo de la comunicación y la clasificación de créditos” *ADC*, nº 20, 2010, pp. 39 a 64; SASTRE PAPIOL, S., “La masa Pasiva: Prelación de créditos y privilegios”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004, p. 185.

¹⁰⁹⁷ Vid. GALLEGO SÁNCHEZ, A., “La formación de la masa pasiva”, op. cit. p. 364.

recurrir las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones¹⁰⁹⁸. Así, el propio art. 97.3 de la LCon señala que: “El texto definitivo de la lista de acreedores, además de en los demás supuestos previstos en esta ley, podrá modificarse en los siguientes casos: *i)* Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el art. 96 *bis.* *ii)* Cuando se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos. *iii)* Cuando se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal y *iv)* Cuando se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista a los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía¹⁰⁹⁹.”

4.4.1 El reconocimiento forzoso de créditos

A través del art. 86.2 LCon, precepto modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el legislador ha optado por imponer un reconocimiento forzoso del crédito en determinados supuestos a diferencia de lo que ocurre con los demás supuestos donde, la administración concursal, deberá verificar la legitimidad de cada crédito, debiendo en todo caso ser incluidos en el pasivo, sin comprobación alguna adicional acerca de su existencia.

¹⁰⁹⁸ Vid. SAP de Murcia de 9 de enero de 2007 en relación a la expresión del planteamiento de pretensiones de modificación del contenido de estos documentos señala: “*Se opta por aceptar la interpretación extensiva y por ello entender que el art. 97.1 LCon impide al deudor de un concursado oponer en el declarativo que corresponda cualquier cuestión relativa a la discusión en el juicio ordinario de un crédito que pudo y debió ser impugnado en el seno del concurso. Lógicamente esta afirmación deberá ser matizada en el sentido de que las consecuencias de esta falta de impugnación que prevé el art. 97.1 LCon sólo operan en el caso de que el interesado, haya tenido efectivo conocimiento de la existencia de la deuda y su inclusión en el inventario de la masa activa del concursado, pues no puede llevarse la interpretación de la norma hasta el punto de excluir cualquier tipo de posibilidades de defensa del deudor en relación a una deuda sobre la que no ha tenido opciones de impugnar*”.

¹⁰⁹⁹ Vid. STS de 13 de mayo de 2011, [RJ 2011, 3859] acerca de las dudas surgidas acerca del incidente de impugnación de la lista de acreedores como vía adecuada para comunicar los créditos donde la sentencia del Tribunal Supremo reconoce: “*La nueva redacción del artículo 92.1º de la LCon disipa las dudas que se había planteado, clarificando que se permite el reconocimiento de créditos concursales aun cuando su impugnación no se haya llevado a cabo sino con la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores concursales. Y donde el Juez podrá acordar la inclusión en la lista de acreedores concursales de aquellos créditos que, no habiendo sido comunicados de ninguna manera con anterioridad ni conocidos por la administración concursal, hayan sido comunicados al impugnar la lista de acreedores concursales*”.

Estos créditos en los que no corresponde a la administración concursal enjuiciar acerca de su realidad, aunque sí su calificación, viene determinado por el título o registro en el cual se encontrasen incorporados o por las características del acreedor en función a:

- i) Hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes. En este sentido, como señala GALLEGO¹¹⁰⁰ la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial¹¹⁰¹ *“otorga funciones al Secretario Judicial que antes correspondían al Juez, e introduce como nueva resolución el decreto, que en ocasiones pone fin al procedimiento. Con la introducción del resolución procesal establecido en el art. 86.2 LCon, se incluyen como crédito de reconocimiento forzoso los créditos reconocidos por Decreto”*¹¹⁰².
- ii) Los que consten en documento con fuerza ejecutiva¹¹⁰³, y que se representan mediante el art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹⁰⁴ donde la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Aquí entrarán a formar parte los títulos como: Sentencias de condena firme; laudos y resoluciones arbitrales; resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso; escrituras públicas; pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes; títulos al portador o nominativos.

¹¹⁰⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, A., “La formación de la masa pasiva”, *op. cit.*, p. 366.

¹¹⁰¹ BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009.

¹¹⁰² Vid. SAP de Lugo de 4 de julio de 2008 donde: *“aun estando recurrida en suplicación la sentencia de los social, la administración concursal necesariamente tenía que haber incluido unos créditos reconocidos por sentencia aunque estos no fueran firmes porque tales créditos se incluirán necesariamente, no por discrecionalidad de la Administración”*.

¹¹⁰³ Vid. SJM nº 4 de Barcelona de 11 de diciembre de 2006, *“Se rechaza que los pagarés sean documentos dotados de fuerza ejecutiva a efectos de reconocimiento forzoso de créditos por la administración concursal. Aunque la demanda de juicio cambiario correspondiente a los pagarés y demás títulos cambiarios presenta similitudes con la demanda ejecutiva, tales títulos no aparecen incluidos en el art. 517 de la LECiv como documentos que llevan aparejada ejecución”*.

¹¹⁰⁴ BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

- iii) Los reconocidos por certificación administrativa¹¹⁰⁵. Los mismos que tratan acerca de una traslación en el ámbito concursal del principio de ejecutividad inmediata y de presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos¹¹⁰⁶ recogidos en los artículos 34 al 36 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹⁰⁷. Así, el reconocimiento forzoso, como de la previsión de la de impugnación por la administración concursal de los actos administrativos, a través de la normativa específica, se deduce que no podrán entrar a conocer en vía concursal de la procedencia de tales créditos¹¹⁰⁸.
- iv) Los asegurados con garantía real inscrita en Registro Público¹¹⁰⁹.
- v) Los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.

¹¹⁰⁵ Vid. SJM nº 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005 en la que se afirma: “La Agencia Tributaria está sometida, como un acreedor más, a las reglas del proceso concursal y no puede pretender a través de sucesivas certificaciones que sus créditos se vayan determinando a su conveniencia. La insinuación de los créditos se hace una sola vez y debe referirse al monto de los créditos vigentes en el momento de la declaración del concurso. A partir de ahí, a la Administración, como a cualquier otro acreedor lo que le cabe es: a) impugnar la lista de acreedores si estima que se ha incurrido en algún error por parte de la administración concursal en su confección. b) poner de manifiesto las circunstancias ulteriores a la declaración de concurso que hayan podido determinar cambios en la lista, para que se introduzcan en ellas las correcciones a que hubiera lugar”.

¹¹⁰⁶ Vid. SAP de Madrid de 8 de mayo de 2009 cuando señala: “(...) no compete a este tribunal la revisión de actos administrativos que hayan podido adquirir firmeza al margen del proceso concursal, pues el examen de la regularidad de las actas tributarias supone una cuestión a dilucidar en vía administrativa y, en su caso, ante la jurisdicción revisora de la misma, que lo es la contencioso-administrativo”, también SAP de Barcelona, sección 15ª, de 10 de noviembre de 2008: “ El artículo 86.2 LCon dispone que se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos reconocidos por certificación administrativa. No obstante, la administración concursal podrá impugnar, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos”.

¹¹⁰⁷ BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015.

¹¹⁰⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, A., “Formación de la masa pasiva”, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁰⁹ Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Artículos 84 al 97 Ley Concursal” en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, p. 681.

4.4.2 Supuestos especiales de reconocimiento de créditos

Con el artículo 87 de la Ley Concursal nos encontramos frente a supuestos especiales de reconocimiento de créditos que en líneas generales corresponderá a efectos específicos que el reconocimiento produce en cuanto a ciertas distinciones de créditos.

Estos supuestos especiales se clasificarán en tres grupos en función a: i) Créditos cuya existencia se halla pendiente de un acontecimiento futuro e incierto; ii) Créditos de Derecho Público no conformados en el momento de su reconocimiento y iii) Créditos garantizados con un patrimonio adicional¹¹¹⁰.

4.4.2.1 Créditos condicionales

Estos créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubieren sido decisivos. (Art. 87.1 LCon)

Este tipo de créditos además de su condición resolutoria contemplan la posibilidad de que se adopten medidas cautelares destinadas a evitar las consecuencias del pleno reconocimiento que la Ley atribuye a los créditos sometidos a condición suspensiva y a los litigios, cuando el Juez considere probable el cumplimiento de la condición resolutoria¹¹¹¹.

4.4.2.2 El reconocimiento de créditos bajo condición resolutoria

Cuando el reconocimiento de créditos se realiza bajo condición resolutoria, la relación obligatoria comenzará a producir sus efectos desde el momento de la celebración del negocio, como si se tratara de una obligación pura hasta que se determine el suceso condicionante que le ponga fin. En otras palabras, la naturaleza de la condición resolutoria no impide el desenvolvimiento actual del derecho de crédito. Por ello, mientras la

¹¹¹⁰ Vid. FRIGOLA RIERA, A., “Reconocimiento de créditos”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 2518.

¹¹¹¹ FRIGOLA RIERA, A., *Ibidem*, p. 2518.

condición resolutoria no se cumpla, no deberá existir impedimento para que el crédito se desenvuelva como cualquier otro crédito concursal no condicionado y sin embargo, la incertidumbre acerca de su existencia aconsejará a que se adopten ciertas previsiones a sabiendas de poder ser cumplida la condición resolutoria.

Si bien el artículo 87.1 de la LCon ha de disponer que estos créditos sean reconocidos con atribución a sus titulares de la totalidad de los derechos que la propia Ley Concursal confiere al común de acreedores concursales. Así, el acreedor concursal con crédito de condición resolutoria gozará de aquellos derechos de adhesión y de voto a propuesta de convenio.

Habrà que destacar dos requisitos de los cuales, una vez cumplida la condición, el acto o decisión en que haya intervenido el acreedor titular del crédito a condición resolutoria sea anulable, esto es: que en el acto o decisión haya intervenido, adherido o votado el acreedor titular del crédito bajo condición resolutoria o, por otro lado, que la actuación, adhesión o voto del acreedor titular del crédito bajo condición resolutoria haya sido decisiva¹¹¹².

4.4.2.3 Créditos de Derecho Público de las Administraciones Públicas objeto de recurso en vía administrativa o judicial

A través del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, se introduce que el reconocimiento de créditos de derecho público se mantenga, incluso, aunque la resolución administrativa tenga su ejecutividad cautelarmente suspendida¹¹¹³ así, la opción de clasificar los créditos de derecho público

¹¹¹² El art. 87.1 de la LCon da cuenta que una vez se haya tenido cumplimiento la condición resolutoria, el acreedor concursal titular del crédito condicionado, que hubiera percibido cantidades a cuenta de su crédito, deberá restituirlas a la masa activa.

¹¹¹³ A través del Real decreto Ley 3/2009 se incorpora la previsión de que: *“Los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía”*.

recurridos en vía administrativa o jurisdiccional serán tomados en cuenta como créditos sometidos a condición resolutoria en lugar de litigiosos o contingentes¹¹¹⁴.

Con todo, y aunque en la redacción originaria del artículo 87.2 LCon se atribuía a los créditos de las Administraciones públicas y sus organismos públicos, como créditos bajo condición resolutoria, aun cuando fueran recurridos por vía administrativa o jurisdiccional, ha tropezado con la dificultad acerca de la suspensión cautelar de su eficacia que era capaz de producir, así lo señala FRIGOLA¹¹¹⁵ apoyado en la SAP de Asturias de 9 de noviembre de 2007 [JUR 2008, 66962] en la que se consideró que: *“incluso en el supuesto de la vía jurisdiccional abierta ante la jurisdicción contencioso-administrativa es posible igualmente conseguir mutar el reconocimiento del crédito bajo condición resolutoria a la de crédito contingente si el recurrente obtiene la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo de que se trate”*. Por ello, la reforma de 2009, ha tratado de evitar los efectos que produciría la suspensión cautelar del crédito público impugnado en vía contencioso-administrativo, resolviendo que el tratamiento de dichos créditos sería el de créditos bajo condición resolutoria¹¹¹⁶.

4.4.2.4 Créditos reconocidos bajo condición suspensiva y litigiosa

El artículo 87.3 de la Ley Concursal establece que dichos créditos *se encuentran sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión de voto y de cobro*.

La condición de crédito litigioso según el art. 1535 del Código Civil se otorga desde la contestación de la demanda, sin embargo con la aplicación del principio de perpetuación de la jurisdicción, establecido por los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

¹¹¹⁴ Vid. SAP de Las Palmas, Sección 4ª, del 10 de marzo de 2010.

¹¹¹⁵ FRIGOLA RIERA, A., “Reconocimiento de créditos”, *op. cit.*, pp. 2522 y 2523.

¹¹¹⁶ Vid. DEL PUERTO CABRERA, L., “El crédito tributario contra la masa y su aplazamiento” en *RDCP*, nº 24, 2016, pp. 419 a 428.

entendiendo que sólo se exige la presentación de la demanda, ya sea en la fecha de declaración del concurso o con anterioridad a la presentación del informe¹¹¹⁷.

El crédito litigioso será sometido a la condición del resultado del litigio. En este caso, la administración concursal deberá valorar todas aquellas circunstancias, incluida la trascendencia del crédito, debiendo quedar inscrito en el informe de la administración concursal todas las condiciones que puedan afectar como por ejemplo aquellos créditos sometidos a condición resolutoria.

4.4.2.5 Los créditos afianzados por un tercero relacionado con el deudor

Aquellos créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de un tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación de pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador. (*ex art. 87.6 LCon*).

La discusión doctrinal en torno a la subrogación del pago en la manera que resulte menos gravosa para el concurso¹¹¹⁸ contradijo dos posiciones: la primera que considera que la referencia hecha hacía “estos créditos” expresados en la norma ha querido representar a aquellos créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de un tercero. Frente a esta posición que vino a corregir esta interpretación se inclinaba la mención al término “estos créditos” como el precepto que quería referir a los créditos de los que sea titular el fiador

¹¹¹⁷ *Vid.* SJM nº 5 Madrid de 22 de diciembre de 2009 [JUR 2010, 92776], que considera acerca de los créditos litigiosos no sólo aquellos créditos cuya discusión se halle en los Tribunales con anterioridad a la declaración del concurso, sino también aquellos créditos sometidos a procedimientos “*que se hayan iniciado con posterioridad a la declaración del concurso, pero con anterioridad a la presentación del informe de la administración concursal*”.

¹¹¹⁸ BELTRÁN, E. y PRENDES, P. “El reconocimiento de créditos” en *Los problemas de la Ley Concursal* (I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia), Madrid, Thomson Civitas, 2009. PINTO RUÍZ, J. “La aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal (literalidad y justicia del caso concreto)”, *ADC*, nº 19, 2010, REDONDO TRIGO, F., “Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 710, 2008.

una vez haya pagado el acreedor principal, doctrina que vino a reconocer el legislador con la reforma del art. 87.6 LCon mediante el Decreto Ley 3/2009¹¹¹⁹.

4.5 Estructura y contenido de la lista de acreedores

Sabemos que el crédito concursal no existe hasta que este no se encuentra reconocido, en ese sentido podremos identificar la masa pasiva tras la presencia de sucesivos documentos que darán soporte a la identificación, reconocimiento y clasificación de los créditos en el concurso¹¹²⁰.

Así, el artículo 6.2.4º de la Ley Concursal, en un primer momento viene a señalar que en el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará su estado de insolvencia actual o inminente, debiendo acompañar un documento en que exista una relación de acreedores, después la administración concursal, adjuntará al informe dicha lista, pudiendo ser modificada en caso de impugnación presentada por cualquier interesado.

Por otro lado, el informe de la administración concursal deberá también venir acompañado de la lista de acreedores (*ex art. 75.2.2º LCon*), referida a la fecha de solicitud del concurso, que comprenderá una relación de los incluidos y otra de excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente (*ex art. 94 LCon*).

4.5.1 La relación de acreedores presentada por el deudor

Mediante la solicitud voluntaria del concurso el deudor deberá presentar junto a su escrito una relación de sus acreedores establecido por el art. 6.2.4º de la Ley Concursal. Procediendo en caso de concurso necesario un requerimiento del juez en el auto de declaración del concurso para que este aporte dicha relación juntamente con los documentos presentes en el art. 6 de la LCon y con el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto (*ex art. 21.1.3º LCon*).

¹¹¹⁹ *Vid.* SJM nº 5 de Madrid de 22 de marzo de 2005 [AC 2005, 741], también SJM nº 10 de Santander de 16 de marzo de 2007 [JUR 2007, 368547].

¹¹²⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Lista de acreedores”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II., Navarra, Thomson-Civitas Aranzadi, 2012, p. 1984.

Debemos tomar en cuenta que no corresponderá al deudor, mediante la entrega de esta documentación, la clasificación de los créditos –privilegiados, ordinarios y subordinados– siendo función propia de la administración concursal, conforme al art. 89 de la LCon, así, mediante la inclusión del crédito, lo que supondrá es un reconocimiento de deuda que producirá los efectos que le son propios¹¹²¹, en especial la interrupción de las prescripciones de las acciones del acreedor¹¹²². Todo ello porque estamos frente a un documento provisional donde la administración concursal determinará la inclusión y exclusión de los créditos y su clasificación.

4.5.2 La lista de acreedores elaborada por la administración concursal

La obligación de la administración concursal de acompañar al informe de la administración concursal la lista de acreedores corresponderá en función de tres aspectos básicos que inciden en: la comunicación expresa realizada por los acreedores tras el auto de declaración de la apertura de concurso, los datos que resulten de los libros y demás documentos del deudor y aquellas informaciones que consten en el concurso por cualquier otra razón (*ex* art. 86.1 LCon)

Aunque hemos ido reparando en la necesidad e importancia de la conformación de la masa pasiva, debemos apuntar el efecto directo en el que el acreedor podrá participar en el procedimiento, percibiendo, en su caso, la cantidad que le corresponda o del crédito pretendido, conforme a la situación de la masa pasiva¹¹²³.

¹¹²¹ ROJO, A., *Comentario de la Ley Concursal*, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., (Dir.), Madrid, Civitas, 2004, p. 265.

¹¹²² En relación a la interrupción de la prescripción de los créditos, *Vid.* JUAN y MATEU, F., *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, p. 1112 quien viene a reconocer que con independencia de lo establecido en el artículo 60 LCon se establezca que la prescripción de las acciones contra el deudor quedará interrumpida desde la declaración hasta la conclusión del concurso, debido a que el reconocimiento de la deuda es una causa típica de interrupción de la prescripción (art. 1973 CCiv.).

¹¹²³ *Vid.* artículo 178.2 LCon donde: “Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”.

Por otra parte, y esto ha resultado común en la práctica, la redacción de la cual se encuentra sujeta la lista de acreedores puede acarrear una descoordinación entre la fecha del plazo para la entrega del informe de la administración concursal –dos meses, contados a partir de la fecha en la que se produzca la aceptación al cargo de la administración concursal (*ex art. 74.1 LCon*)- y, aquel plazo establecido para la comunicación de los créditos por parte de los acreedores (*ex art. 21.1.5º LCon*)¹¹²⁴.

4.5.3 La relación de los acreedores incluidos

Una vez comunicado los créditos, la administración concursal procederá a su reconocimiento o su exclusión en relación a cada uno de los créditos, de aquellos que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor. Debiendo dejar en todo caso una constancia de la naturaleza y características de los créditos.

La referencia acerca de los sujetos acreedores presenta una perspectiva sistematizadora, debido a que sería imposible que una misma persona pudiera figurar tanto en la relación de acreedores incluidos como de los excluidos, entendiendo esta relación en donde se deberá incluir aquellos derechos de crédito o pretensiones obligatorias cuya satisfacción, tras la declaración de concurso, vaya a quedar sometida a las normas de procedimiento concursal¹¹²⁵. Por tanto, no deberán formar parte de esta relación de créditos aquellos que carezcan de contenido patrimonial, para cuya satisfacción no se llevará a cabo con cargo al patrimonio del concursado.

4.5.3.1 Identidad de los acreedores

Mediante una aplicación del todo lógica el artículo 94.2 de la LCon establece un criterio sistemático donde se exprese la identidad de cada uno de los acreedores. Cabe aquí hacer mención acerca del acreedor persona física o jurídica, en el primer supuesto, deberá hacerse

¹¹²⁴ *Vid.* RECALDE CASTELLS, A., *Comentario de la Ley Concursal*, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., (Dir.), Madrid, Civitas, 2004, p. 1353.

¹¹²⁵ *Vid.* NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, *op. cit.*, p. 120.

contar su nombre y apellidos, además del documento de identidad. Cuando se trate de persona jurídica, se deberá consignar su razón social o denominación. Junto a estos datos se deberá, así mismo consignar de forma individualizada todos los créditos que se hayan reconocido, debiéndose especificar la causa de cada uno de los créditos.

Con todo, el legislador, ha pretendido brindar la posibilidad en que cualquier interesado pueda enjuiciar la justificación por la que un crédito concreto ha sido incluido en la lista de acreedores. En este sentido GARRIDO¹¹²⁶ considera que tal interpretación “*resulta conforme con las normas generales del art. 1261 del Código Civil, y que sólo tiene relevancia a efectos del ejercicio de acciones de reintegración; en cambio, resulta indiferente para la determinación del contenido de los derechos de los acreedores concursales*”.

Una vez realizada la identificación de los acreedores, deberán ser consignados de manera individual todos aquellos créditos que se les hubiere reconocido. Así, el art. 94.2 LCon señala que en la lista deberá especificarse la “causa” de cada uno de los créditos. En este entendido será la administración concursal quien deberá precautelar que no lleguen a omitirse o evitar cualquier duda en relación a que un crédito sea calificado como privilegiado.

4.5.3.2 La cuantía de los créditos

En relación a la cuantía de los créditos, estos deberán ser mencionados con cada uno de los créditos de manera que se puedan cuantificar de forma global el pasivo del concurso imprescindible para el desarrollo del procedimiento del concurso tras el cierre de la fase común¹¹²⁷.

La importancia de la cuantificación es tal que la inobservancia de ésta, no se podría calcular el *quórum* necesario para la constitución de la junta de acreedores, la misma que se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al

¹¹²⁶ GARRIDO, J., “Artículos 89 al 97 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 1688.

¹¹²⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Lista de acreedores”, *op. cit.*, p. 1984.

menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados (*ex art. 116.4 LCon*), así como para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta debiendo precisar las mayorías requeridas (*art. 124 LCon*).

Por todo lo anterior, la cuantificación acerca de los valores del total de la masa pasiva y del valor de cada uno de los créditos sólo será posible cuando todos los créditos hayan sido cuantificados de manera de obtener una misma unidad de medida, por tanto este parámetro no podrá ser otro que la moneda en curso legal (*art. 88 LCon*)¹¹²⁸

Compartimos la opinión de NOVAL¹¹²⁹ donde señala que habrá que tomar en cuenta aquellas singularidades que presentan la consignación de créditos con intereses en la lista de acreedores, siendo precedida por dos reglas establecidas en el *art. 92.3º* de la LCon acerca de la subordinación para aquellos créditos por intereses de cualquier clase, donde se incluyen los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Y, por otro lado, la regla de suspensión de devengo de intereses, legales o convencionales que se impone tras la fecha de declaración de concurso (*art. 59.1 LCon*). De ambas normas se distinguen dos grupos de intereses: los devengados con anterioridad a la fecha de declaración del concurso y otros posteriores. Siendo los primeros calificados como subordinados.

La doctrina, por su parte, establece que en tales supuestos figurará en la lista de acreedores dos créditos de forma separada: el correspondiente al principal y el crédito subordinado por los intereses¹¹³⁰. Estos intereses podrán ser llegados a pagar dentro del concurso con arreglo al *art. 59.2* de la LCon cuando el concurso llegue a una solución de convenio que no

¹¹²⁸ *Vid.* CORDERO LOBATO, E., “Artículo 84 de la Ley Concursal”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Tecnos, 2004, p. 969.

¹¹²⁹ NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, *op. cit.*, p. 124.

¹¹³⁰ *Vid.* MONTÉS PENADÉS, V., “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *ADC*, nº 1, 2004, p. 72; MORÁN BOVIO, D., “Obligación de intereses en la Ley Concursal”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. III., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 3003.

implique quita, podrá pactarse con él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional. Luego, será la administración concursal quien deba señalar en la lista de acreedores cuales créditos se encuentran afectados por la suspensión del devengo de intereses, así como el tipo de interés.

4.5.3.3 El vencimiento del crédito

Las referencias temporales en función al crédito resultan de gran ayuda a la hora de valorar su reconocimiento, cuantía o calificación, ante ello, la administración concursal, una vez que tenga conocimiento del crédito deberá indicar la fecha de origen del mismo así como el vencimiento de cada uno de ellos. Esto en atención de sustentar la calificación de algunos créditos, es lo que BERMEJO¹¹³¹ viene a poner de relieve cuando, en ocasiones la fecha de origen puede llegar a ser posterior a la declaración de concurso: por ejemplo, una indemnización por incumplimiento de un contrato ejecutado por una de las partes.

4.5.3.4 Las garantías de los créditos

La garantía es entendida como aquel mecanismo que de forma convencional o legal asigne el riesgo a un tercero que bien lo asumirá de forma plena o lo compartirá con el deudor, respondiendo con su propio patrimonio –garantía personal-. Pero cabrá además la posibilidad de que el deudor o un tercero vincule un bien o derecho de su patrimonio al cumplimiento de la deuda, de modo que una vez vencido el crédito y si el deudor no paga, puede el acreedor cobrar el valor adeudado a través del valor del bien que incluso podría apropiárselo, en este caso estaríamos frente a una garantía real¹¹³².

¹¹³¹ BERMEJO GUTIERREZ, N “Artículo 85 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 1537.

¹¹³² Acerca de las garantías reales en el concurso, *cf.* GARCÍA VICENTE, J., “Garantías Reales” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p., 1628. Apunta que: “en ocasiones el derecho de propiedad sobre un bien o derecho se emplea como mecanismo de garantía, como ocurre en el arrendamiento financiero o en la reserva de dominio o con la llamada fiducia cum creditore o venta en garantía, cuya disciplina es

La oponibilidad de que cualquier tercero pueda desconocer su existencia o de la posibilidad de que la garantía siga al bien o derecho gravado con independencia de patrimonio en el que se encuentre hacen que las garantías disfruten de estas condiciones, y que en el caso de concurrencia con otros acreedores en el concurso, el acreedor con garantía real dispone de una preferencia que se sujeta con prelación a otros acreedores al pago de la deuda garantizada, concediéndole la característica de un crédito con privilegio especial según lo establecido en el artículo 90 de la LCon, siendo posible su pago con cargo a los bienes y derechos afectos¹¹³³, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva, como norma el artículo 155.1 de la LCon.

Como tendremos la oportunidad de analizar, el acreedor con privilegio especial conserva sus facultades y derechos con indiferencia de que haya o no concurso, por tal motivo se establece una inmunidad frente al concurso o de resistencia de la garantía¹¹³⁴. Así, en la lista de acreedores deberán constar las garantías reales a través de las cuales se hubiera pretendido reforzar las posibilidades de que el acreedor viese realizado su derecho de crédito.

El artículo 94.2 de la LCon hace una referencia acerca de los créditos de manera genérica sin distinguir de aquellas reales constituidas sobre el patrimonio del deudor o sobre el patrimonio de terceros. De hecho, el acreedor, en la comunicación correspondiente a cada crédito, podrá señalar si su crédito corresponde o contiene algún privilegio especial, si esto

principalmente jurisprudencial y que tiene notables puntos de fuga en razón de la tipicidad de las causas de preferencia, la inasible doctrina sobre el negocio simulado y la interpretación que se sostenga sobre el preciso alcance de la prohibición de pacto comisorio”.

¹¹³³ La Ley Concursal no resulta uniforme en el uso respecto al concepto de garantía real debido a que a veces la describe como un gravamen o carga (arts. 6.2.3º y 82.2 y 82.3 LCon), puesto que la garantía se soporta aunque no sea el deudor concursado titular de bien gravado (art. 56.4 LCon). El rasgo principal es el de tratarse de una afección sobre los bienes. A veces de emplea la noción de garantías en general, sin distinguir, entre personales y reales. *Vid.* BLANQUER UBEROS, R., *Las garantías reales en el concurso*, Navarra, Thomson Civitas, 2006, p. 67; también PANTALEÓN, F., “La clasificación de créditos” en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 340.

¹¹³⁴ GARCÍA VICENTE, J., “Garantías Reales”, *op. cit.*, p. 1628.

resultare así deberá indicar los bienes o derechos sobre los que recaiga y en su caso, los datos registrales correspondientes (art. 85.3 LCon).

No obstante, la obligación de señalar el bien sobre el que recae el privilegio especial podría traer ciertos problemas como señala GARRIDO¹¹³⁵ donde puede suceder *que el bien objeto del privilegio no se encuentre en el patrimonio del deudor en el momento de la apertura del concurso, ni en el momento de la formación de la lista de acreedores, lo que podrá deberse a que dicho bien haya sido transmitido por el deudor en el período anterior al concurso.*

Con todo, la administración concursal deberá dejar constancia en la lista de acreedores aquellas garantías reales presentadas por el propio concursado, debiendo delimitar y precisar dicha garantía como información fundamental para cualquier persona interesada en comprobar la calificación atribuida a su crédito por parte de la administración concursal, quedando la vía posible de la impugnación en caso de que el acreedor considere que se omitió la debida referencia a su crédito.

En relación a aquellos créditos con garantías constituidas sobre bienes de terceros o tutelados por garantías personales prestadas por terceros, resultará dudoso que en la lista de acreedores deba precisarse los bienes sobre los que recae la garantía real o la identidad del tercero que garantiza el crédito, debido a que la propia administración concursal carece de la facultad en relación con esos bienes o respecto de los terceros.

4.5.3.5 La calificación jurídica de los créditos

Dentro la estructura y contenido de la lista de acreedores establecido en el art. 94.2 de la LCon, la norma exige que se haga constar la calificación jurídica de los créditos, de donde habrá que añadir la posición que corresponda en la graduación de créditos, es decir clasificar el crédito según sea este un crédito con privilegio especial, general, ordinario o

¹¹³⁵ GARRIDO, J., “Artículo 94 de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 1691.

subordinado¹¹³⁶ (art. 89 LCon), indicando necesariamente los motivos que justifican esa determinada clasificación.

Por otro lado, deberá indicarse si estos créditos reconocidos tienen un carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal (art. 87.3 LCon). Precisamente, los créditos litigiosos y sometidos a condición suspensiva ostentarán el carácter de contingente –reconocidos sin cuantía propia, quedando en suspenso los derechos de adhesión, voto y cobro de sus titulares-. En el caso de créditos condicionales, en tanto no se cumpla la condición sus titulares gozan de los mismos derechos que los titulares de créditos no condicionales ni contingentes.

La administración concursal, por su parte, deberá señalar en la lista de acreedores la condición del crédito, sea bien contingente o condicional, además de la justificación del carácter de esta acerca de si es un crédito litigioso, si está sometido a una condición suspensiva o resolutoria.

El artículo 87.3 de la LCon da cuenta acerca del significado y composición de los créditos contingentes expresando que: *“Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación”*. No obstante, y pese a la incertidumbre generada en el pago de los créditos contingentes, mientras el resultado de la resolución judicial no sea favorable para el acreedor o no se cumpla la condición, no constituye un pasivo concursal, esto supondrá que el titular del crédito pueda valorar si acepta la cuantificación de su derecho realizada por la administración concursal, o, por el contrario decide impugnarla. En caso de que alguno de

¹¹³⁶ El artículo 89.2 de la LCon ordena que: *“Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”*.

estos créditos generase intereses, la administración concursal deberá consignar de forma separada los intereses de cada uno de los créditos.

4.5.3.6 Los créditos del concursado persona casada

En los casos en que el deudor sea persona casada en régimen de gananciales o en cualquier otro régimen de participación, la lista de acreedores deberá confeccionarse de forma separada de aquellos créditos que sólo pueden hacerse efectivos sobre el patrimonio del concursado. De esta manera se procederá a diferenciar dos tipos de crédito en función de los bienes que responden del cumplimiento. Por un lado, tendremos a los créditos que pueden hacerse efectivos exclusivamente sobre el patrimonio del concursado¹¹³⁷, por otro lado, los créditos gananciales: de su satisfacción responde no sólo el patrimonio personal del concursado, sino también de forma solidaria los bienes gananciales del matrimonio¹¹³⁸.

Entonces, la cuantía del pasivo será el resultado de la suma precisamente entre los créditos exclusivos del deudor y los créditos gananciales resultantes, no pudiendo estos últimos ser objeto de un doble cómputo, sin que esto logre afectar a la adhesión de sus titulares.

Ahora bien, cuando nos referimos al caso de un concursado que a la vez sea comerciante casado, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 6 CCiv), consentimiento que se presume prestado cuando se ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo.

¹¹³⁷ Los bienes gananciales no responden de las deudas derivadas de la actividad mercantil del concursado, siempre que el cónyuge *in bonis* no haya prestado su consentimiento al sometimiento de esos bienes a las responsabilidades derivadas del ejercicio del comercio, o que no se trate de bienes gananciales adquiridas a resultas del comercio. Así, el art. 1373 del Código Civil, viene a señalar: “Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla”.

¹¹³⁸ Vid. NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, op. cit., p. 138; también MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal” *Diario La Ley*, nº 6213, 2005, p. 1613.

4.5.3.7 La relación de acreedores excluidos

La lista de acreedores, además de contener los créditos reconocidos, deberá incluir una relación elaborada por la administración concursal acerca de los acreedores excluidos a través de una descripción identificativa y justificativa, tal como lo expresa el artículo 94.3 de la LCon cuando señala que: la relación de los excluidos expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de exclusión.

La comunicación en todo caso, deberá realizarse de forma individual, lo que llevará a que los sujetos afectados puedan aceptar o no la exclusión realizada por la administración concursal, dejando así de lado la indefensión que podría causar la no comunicación de la lista confeccionada.

Como bien describe el art. 94.3 de la Con la administración concursal deberá establecer las razones en virtud del cual no se procede a reconocer estos créditos, debiendo tomar en cuenta que al momento de plantear la exclusión procederá una eventual impugnación por parte del titular del crédito quien se dirigirá en última instancia a solicitar la corrección e inclusión del mismo.

5. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA ACTIVA

Tradicionalmente se ha venido considerando créditos contra la masa a aquellos que se contraían por la administración de la quiebra. Y así se ha mantenido en la Ley Concursal 22/2003, pero con algunas excepciones que han supuesto unas disfunciones de orden temporal como teológica, como lo explica GURREA¹¹³⁹ acerca de los treinta últimos días de salarios de los trabajadores anteriores a la declaración de concurso; horarios de letrado, arancel procurador y otros gastos realizados en la solicitud del concurso; el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación (“*fresh money*”). Por tanto, no existen características comunes a todos los créditos contra la masa respecto a sus requisitos, que no

¹¹³⁹ GURREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el derecho español” en ROJO, A. y CAMPUZANO, A., *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1781

signifique separar a alguno de ellos para que se pueda dar la homogenización de estas características¹¹⁴⁰. Así, este tipo de créditos son los que genera el propio procedimiento concursal¹¹⁴¹ y que se derivan de las costas y gastos judiciales del concurso y de aquellas obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración¹¹⁴².

La importancia de estos créditos constituye el denominado coste del concurso, además que suscitan, como describe BELTRÁN¹¹⁴³, *“importantes cuestiones tales como un conflicto con los viejos acreedores –los concursales–, que son destinatarios naturales del concurso abierto, que pueden ver reducido su grado de satisfacción como consecuencia de la irrupción de nuevos acreedores”*. Para PEDREIRA¹¹⁴⁴ los créditos contra la masa son aquellos créditos que se definen como *créditos extraconcursales del deudor concursado, nacidos en general con posterioridad a la declaración del concurso y derivados principalmente de los gastos del propio proceso concursal o de la actividad desarrollada por el deudor o la administración concursal tras la mencionada declaración*.

¹¹⁴⁰ Vid. GARCÍA PITA, J., *Los créditos contra la masa*, ADC, nº 3, 2004, p. 35.

¹¹⁴¹ Acerca de los créditos contra la masa en la legislación anterior, *cfr.* SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Créditos contra la masa tras la reforma de la Ley 38/2011” en AA.VV., *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, FUNDIECO, 2012, p. 303, quien afirma que: *“Estos créditos se entendían como aquellas deudas que contraían los administradores concursales en interés común de los acreedores y que se satisfacían fuera del procedimiento de ejecución universal. Se caracterizaban así por su extraconcursalidad “Son deudas separables de la masa patrimonial” y que “no deben sujetarse a la disciplina del proceso concursal, sino que deben hacerse efectivas con independencia de la suerte seguida por este”; Prededucibilidad (consecuencia de lo anterior, pagándose a su vencimiento); y generación posterior a la apertura del procedimiento concursal”*.

¹¹⁴² *Cfr.* GURREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el derecho español” *op. cit.*, p. 1773, reconoce que: *“(…) A pesar de las numerosas reformas de la Ley concursal, el legislador español no parece haber sabido fijar con precisión la posición de los créditos contra la masa como gastos derivados del concurso de acreedores y gastos necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial o, cuando menos, de los activos del deudor, que no es más que la aplicación de la clásica distinción entre gastos de la masa y obligaciones de la masa, basada en el derecho germánico (...), y decimos que no ha sabido o, talvez, no ha podido fijar adecuadamente la posición de los créditos contra la masa, posiblemente, como consecuencia de la gran presión ejercida por determinados lobbies (...) El principal motivo de esta disfuncionalidad es el abandono parcial de la doctrina y la jurisprudencia consolidadas durante años, que han sido forjadoras de la teoría en la que se fundamentan las deudas de la masa”*.

¹¹⁴³ BELTRÁN, E., “Créditos contra la masa” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 877.

¹¹⁴⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, A., “Créditos contra la masa” en NIETO DELGADO, C. (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 385.

Con todo, los créditos contra la masa podemos definirlos como las deudas generadas posteriores a la declaración del concurso en concepto de gastos y obligaciones contraídas en el desempeño de la actividad empresarial y procesal del deudor concursado, a la vez que la propia Ley Concursal la alude como una pluralidad de créditos heterogéneos de difícil reducción a un concepto unitario y cuya inclusión responde a políticas legislativas¹¹⁴⁵. El listado acerca de los créditos contra la masa viene expresado en el artículo 84.2 de la LCon. Por tanto, estos créditos serán aquellos que no forman parte de la masa pasiva que en aplicación del art. 49 de la LCon se constituye como consecuencia de la declaración del concurso¹¹⁴⁶. Este tipo de créditos, al no integrarse dentro de la masa pasiva del concurso, deberán ser satisfechos con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, es decir que, disfrutan de una cierta prioridad respecto de los créditos concursales (art. 154.2 LCon).

5.1 Naturaleza de los créditos contra la masa

La naturaleza de los créditos contra la masa se determinará a través de la referencia a la masa concursal de la que toma nombre. Si bien, el concurso se compone en función a dos masas: masa pasiva y masa activa, la característica fundamental de los créditos contra la masa surge en la prioridad de su satisfacción¹¹⁴⁷, por ello, la naturaleza de su categoría se fundamenta en la preferencia del crédito¹¹⁴⁸.

La Ley Concursal establece una clara contraposición entre los créditos concursales con los cuales se abre el concurso y que integran la masa pasiva (arts. 49 y 84.1 LCon) y los créditos contra la masa, que llegan a constituir el coste del concurso, cuya naturaleza resulta distinta a los créditos concursales debido a que se pagarán directamente con cargo a la masa

¹¹⁴⁵ GARCÍA PITA, J., *Los créditos contra la masa*, ADC, n° 3, 2004, p. 35.

¹¹⁴⁶ Las expresiones utilizadas por la Ley y la doctrina para referirse a los créditos contra la masa han resultado variadas: deudas de la masa (art. 183.3° LCon), créditos con cargo a la masa, créditos postconcursoales, créditos extraconcursoales, créditos predeuducibles. Muy al margen de su expresión deberá estarse a las características fundamentales del crédito.

¹¹⁴⁷ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T.V., Bogotá, Ed. Temis, 1987, p. 74.

¹¹⁴⁸ BELTRÁN, E., “Créditos contra la masa”, *op. cit.*, p. 878.

activa, pudiendo considerarse como créditos extraconcursoales¹¹⁴⁹. El artículo 84 de la LCon da cuenta de la contraposición manifiesta entre las dos categorías de créditos exponiendo en su contenido los créditos concursales y créditos contra la masa. Así también la administración concursal esta llamada por Ley que junto a la lista de acreedores deberá presentar una relación separada en la que se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengada y pendiente de pago, con indicación de los vencimientos (art. 94.4 LCon).

De la característica propia de los créditos contra la masa surge que es preciso satisfacer con preferencia los gastos que el propio concurso genera como aquellas nuevas obligaciones que surjan, de otro modo, el deudor concursado no podría obtener crédito, principalmente porque nadie estuviera en disposición a financiar una empresa concursada si para la recuperación del crédito hubiera que recurrir con los demás acreedores¹¹⁵⁰.

La base acerca de la prioridad de los créditos contra la masa se considera a partir de la extraconcuralidad que en buena parte habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LCon) y tan solo la administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación, sin embargo, no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social¹¹⁵¹.

5.2 Tratamiento jurídico de los créditos contra la masa

La desvinculación de los créditos contra la masa de la masa pasiva, viene reflejado en la propia ordenación del procedimiento, reconduciendo todo lo relativo a las deudas de la

¹¹⁴⁹ Acerca de la identificación y posición de los créditos contra la masa frente a los créditos concursales *Vid.* SJM nº 1 de Málaga de 14 de julio de 2008.

¹¹⁵⁰ BELTRÁN, E., “Créditos contra la masa”, *op. cit.*, p. 880.

¹¹⁵¹ Esta categoría podría verse alterada, cuando se trataría de privilegiar a ciertos acreedores anteriores a la declaración de concurso. Por ejemplo, así sucede con ciertos créditos salariales, con quienes ostenten contra el concursado un derecho a la restitución de su prestación en caso de rescisión del contrato por haber sido realizado en perjuicio de la masa activa, así como con contratos en el concurso.

masa a la sección tercera, referida a la determinación de la masa activa, y no a la sección cuarta, relativa a la determinación de la masa pasiva (art. 183.3º y 4º de la LCon).

El tratamiento jurídico, como hemos ido señalando, acerca de los créditos contra la masa no comparten el establecido para los créditos concursales. Así el régimen jurídico al que se someten los créditos contra la masa ofrecen diversas singularidades como: estas son pagaderas a su vencimiento, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del procedimiento concursal, tutelándose a través de acciones declarativas y ejecutivas comúnmente previstas por la legislación.

Dentro de las proposiciones vinculadas al carácter no concursal de los créditos contra la masa seguida por PEDREIRA¹¹⁵² tenemos:

1. *Los créditos contra la masa no se someten a las reglas sobre comunicación (art. 85 y 96 bis LCon), reconocimiento (arts. 86 y 87 LCon) y clasificación (arts. 89 a 92 de la LCon), propias de los créditos concursales*¹¹⁵³.
2. *Los créditos contra la masa no forman parte de la lista de acreedores que ha de unirse al informe de la administración concursal (arts. 75.2.2º y 94.1 LCon). Además de ser objeto de una relación separada (art. 94.4 LCon) donde se detalla y cuantifica los créditos de la masa devengados y pendientes de pago con indicación de sus vencimientos (art. 96.5 LCon).*
3. *El incidente concursal establecido en el art. 96 de la LCon no resultará adecuado para el ejercicio de acciones relativas a los créditos contra la masa puesto que el incidente se dirige a impugnar el inventario o la lista de acreedores. Los créditos contra la masa, como hemos podido estudiar no forman parte de la lista de acreedores. Así se podrá, sin embargo, acudir a este trámite incidental cuando se*

¹¹⁵² PEDREIRA GONZÁLEZ, A., “Créditos contra la masa”, *op. cit.*, p. 386.

¹¹⁵³ *Vid.* SAP Madrid 28ª de 20 de noviembre de 2009, donde se discute la aplicación de categorías propias de los supuestos especiales de reconocimiento, aludiendo en concreto a la posibilidad de créditos contra la masa contingentes. *Vid.* también SJM nº 1 de Málaga de 14 de julio de 2008.

pretenda que algún crédito reconocido y clasificado como concursal deba ser reputado por la masa.

- 4. No son de aplicación a los créditos contra la masa los preceptos relativos a los efectos del concurso sobre los créditos en particular (Título III, Capítulo II, Sección 3ª, arts. 58 a 60 LCon), por tanto, la prohibición de compensación, la suspensión del devengo de intereses o la interrupción de la prescripción. En la práctica se ha cuestionado la posibilidad de compensar créditos contra la masa cuando existen otros créditos contra la masa previamente vencida y pendiente de pago, es lo que viene a retratar la SJM n° 1 Bilbao de 18 de octubre de 2007.*
- 5. Los créditos contra la masa no se ven afectados por las soluciones del concurso. Esto es así porque estos créditos se irán pagando a sus respectivos vencimientos cualquiera sea su naturaleza y estado del concurso. En caso de convenio sus titulares no quedarán vinculados por el mismo (art. 134 LCon), de ahí que carezcan de legitimación para presentar propuestas (art. 113 LCon); adherirse a ellas (art. 103, 108 y 115 bis LCon) o asistir a la junta (art. 118 LCon). Tampoco pueden oponerse a la aprobación del convenio (art. 128 LCon).*

En caso de apertura de la liquidación no se aplican a los créditos contra la masa los efectos de vencimiento anticipado y conversión en dinero (art. 146 LCon), y se satisfarán con prededucción, de modo que, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa.

5.3 Enumeración legal de los créditos contra la masa

La importancia que el legislador otorga a los créditos contra la masa ha sido reconocida mediante la incorporación de forma detallada en el art. 84.2 de la LCon, numeración que no atiende de forma circunstancial a la distinción de gastos y obligaciones.

*1º Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional*¹¹⁵⁴.

Si bien estos créditos no se deben a costes del procedimiento concursal ni se forman con posterioridad a la declaración del concurso, poseen una característica de razones político legislativas, denominándose también como créditos sintéticos o por voluntad legal. En su estructura, este crédito se limita a los salarios por trabajo efectivo, es decir aquel trabajo por cuenta ajena que retribuya este trabajo efectivo¹¹⁵⁵.

Por otro lado, la Ley 38/2011 incorpora una regulación expresa acerca de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en aquellos créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario. Por tanto, este Fondo se subrogará en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y en los términos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (*ex art. 84.5 LCon*).

2º Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas.

¹¹⁵⁴ Estos créditos se constituyen como una opción política legislativa de dudosa oportunidad y corrección, que utiliza la técnica de la prededucción para conceder la mayor preferencia posible a determinados créditos de carácter salarial que no nacen antes de la declaración del concurso ni surgen por necesidades del concurso. *Vid. BELTRÁN, E., “Créditos contra la masa”, op. cit., p. 884.*

¹¹⁵⁵ De los créditos por salarios se excluyen aquellas percepciones no salariales, como son las cantidades percibidas por el trabajador respecto a las indemnizaciones o por gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y aquellas correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. *Vid. PEDREIRA GONZÁLEZ, A., “Créditos contra la masa”, op. cit., p. 390.*

Con la Ley 38/2011 se modifica la expresión anterior acerca de costas y gastos judiciales “ocasionados” por la nueva redacción que exige que estos sean “necesarios”, contemplándose así la característica propia de gastos de justicia. En este sentido, resulta de interés el criterio en relación a la retribución de la administración concursal como referencia para la limitación en la retribución de otros profesionales como el Procurador. Que en su caso, se establece que la cuantía global por derechos devengados no podrá exceder de trescientos mil euros (Real Decreto 1/2006, de 13 de enero, por el que se modifica el arancel de los derechos de los procuradores de los tribunales, aprobado por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *BOE* nº 24, de 28 de enero de 2006); y que en los procesos concursales, la base para regular los derechos que se devenguen será el sesenta por cien del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores presentada por la administración concursal.

Si bien en el orden temporal, hay algunos gastos que son anteriores a la declaración del concurso y otros, que son necesarios y de pago inmediato dentro del desarrollo del proceso. En resumen, se trata de gastos necesarios para el impulso del concurso¹¹⁵⁶.

3º Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos.

Como regla general, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose, ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos, y hasta la firmeza de la sentencia, como bien lo expone el artículo 51.1 de la LCon. Así también en casos de mera intervención de las facultades de administración y disposición del concursado, este conservará la capacidad de para actuar en tales juicios (art. 51.3 LCon) siendo las costas y

¹¹⁵⁶ *Vid.* GUREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el derecho español”, *op. cit.*, p. 1792.

gastos ocasionados por su asistencia y representación créditos contra la masa, siempre que tales juicios respondan al interés de la misma.

En relación a los juicios que se inicien por el concursado o por la administración concursal en interés de la masa, según establece el art. 54 de la LCon las costas y gastos judiciales ocasionados por su representación serán consignados como créditos contra la masa. Por otro lado, en aquellos litigios iniciados por la administración concursal, cuando el deudor opte por apersonarse y defenderse de forma separada, las costas que se impondrán al deudor no tendrán la consideración de deudas de la masa (*ex art. 54.3 LCon*).

4º Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad.

La regulación del derecho de alimentos del concursado ha sido objeto de una profunda modificación por la aprobación de la Ley 38/2011 que introduce reformas acerca de la restricción del ámbito de alimentos¹¹⁵⁷, al considerarse como crédito contra la masa limita de sobremanera la garantía de los acreedores en contra de las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CCiv). Por ello, la masa debe ser

¹¹⁵⁷ En la regulación anterior de manera expresa no se supeditaba el derecho de alimentos al estado de necesidad, limitándose el art. 47 LCon a señalar que: “*Durante la tramitación del concurso el deudor persona natural tendrá derecho de alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto en caso de liquidación*”. Así, la jurisprudencia no ha supeditado el derecho de alimentos al estado de necesidad del concursado. Se han dado situaciones que han marcado verdaderos escándalos cuando las cifras económicas se acercan a los setenta y cinco mil euros mensuales. Por tanto, el derecho a reclamar alimentos con cargo a la masa requiere de un auténtico estado de necesidad en el alimentista, primero debería estar reclamado a las personas que legalmente están obligadas a prestarlos y, en caso de no obtenerlos, hacerlos efectivos en sede concursal. *Vid. CUENA CASAS, M, “Alimentos” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., Enciclopedia de Derecho Concursal, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 259.*

subsidiaria para atender a las necesidades del concursado y derecho de alimentos, de interpretación restringida¹¹⁵⁸.

De los créditos por alimentos cabe distinguir: los alimentos del concursado persona natural, quien en aplicación del artículo 47.1 LCon, cuando este se encuentre en estado de necesidad, tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 25.3 LCon –declaración de concurso de dos personas que sean pareja de hecho inscrita¹¹⁵⁹-.

La relación de los créditos por alimentos, requiere de dos exigencias para su reconocimiento: que el concursado se encuentre en estado de necesidad; y que existan en la masa activa se encuentren bienes suficientes a cubrir sus necesidades. En este caso, será la administración concursal, quien en caso de intervención establezca la cuantía y la periodicidad de la cuantía; en el supuesto de que se produjera la suspensión del concursado, será el Juez del concurso, quien una vez oído al concursado y a la administración concursal señale la cuantía pudiendo modificar la cuantía, así como la periodicidad de la misma. Acerca de la apertura de liquidación, se producirá la extinción del derecho de alimentos a cargo de la masa activa, matizando la Ley 38/2011 que se excluiría esta cuando fuera imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado (*ex art. 145.1 LCon*).

En el caso del deber legal de alimentación por parte del deudor hacia otras personas, estos serán obtenidos con cargo a la masa activa, siempre y cuando hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez quien determinara la periodicidad y la cuantía (*ex art. 47 LCon*). Respecto a estos alimentistas son los parientes enumerados en el artículo 143 del CCiv,

¹¹⁵⁸ CUENA CASAS, M, “Alimentos”, *op. cit.*, p. 255.

¹¹⁵⁹ *Vid.* CUENA CASAS, M., “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores” *ADC*, nº 20, 2009, pp. 65 y ss. también, SANTANA PÁEZ, E. y SENENT MARTÍNEZ, S., “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, *ADC*, nº 12, 2007, pp. 165 al 175; YAÑEZ VIVERO, F., “¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?”, *Actualidad Civil*, nº 19, 2007, pp. 2209 a 2227.

bien podría haberse optado por la extinción de alimentos en este caso, ya que el deudor carece de capacidad económica (*ex art. 152.2º CCiv*) pero en vista de que el Juez de lo mercantil carece de tal competencia para decretar la extinción (*ex art. 8 LCon*), debiendo solicitarlo ante el juez civil en lo previsto por el art. 54 de LCon en relación al ejercicio de acciones del concursado.

Si bien, tal como describe el art. 47 de la LCon, sólo tendrán la consideración de créditos contra la masa las prestaciones alimenticias autorizadas por el Juez del concurso y por lo tanto, que venzan y sean exigibles después de la declaración de concurso. Este precepto pudiera verse alterado cuando el concursado hubiera dejado de pagar pensiones alimenticias fijadas por resolución judicial, en este caso, como señala DE ÁNGEL YÁGUEZ¹¹⁶⁰ se trataría de un crédito concursal que habría de ser insinuado y clasificado en el concurso con arreglo a las normas generales, careciendo el mismo de cualquier clase de privilegio, incluso, puesto que los alimentistas son personas especialmente relacionadas con el concursado, por virtud de lo dispuesto 93.1 y 92.5º de la LCon, tales créditos tendrán la consideración de subordinados¹¹⁶¹.

5º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.

¹¹⁶⁰ DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., y HERNANDO MENDIVIL, J., “Comentario al artículo 47 de la Ley Concursal”, en PRENDES CARRIL, P., *Efectos de la declaración de concurso*, T.II., Pamplona, 2009, p. 153.

¹¹⁶¹ *Cfr.* CUENA CASAS, M., “Alimentos”, *op. cit.*, p. 271, “(...) se deberá tener en cuenta que incluso si el concursado está separado judicialmente y debe alimentos, su todavía cónyuge es considerado persona especialmente relacionada con el deudor cualquiera sea el tiempo que lleven separados, dado que no es aplicable el plazo de dos años que contempla el art. 93.1º LCon para el caso de separación”.

El artículo 44.1 de la LCon en relación a la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial viene a señalar que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que el deudor viniera ejerciendo el concursado, siendo el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, acordar mediante auto el cese y suspensión de la actividad. Ante ello, la continuidad de la actividad del concursado establecerá que se generen créditos de diversa naturaleza. En este caso, irán a cargo de la masa activa siempre que cumplan requisitos de temporalidad y de funcionalidad, que definirán la categoría conceptual.

De los diferentes tipos de crédito que pueden generarse por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, siendo que la Ley Concursal se centra en los créditos laborales, por ende, esta expresión de créditos laborales comprende, precisamente los derivados de la relación laboral y no sólo de los créditos salariales.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, nº 36/2011, de 10 de febrero ha venido a mantener que la interpretación que sostiene que la calificación de los créditos derivados de salarios de tramitación e indemnización por despido depende de la fecha en la que se produjo la extinción del contrato de trabajo, que no es otra que la fecha de comunicación del despido. A dicha fecha deberá atenderse para calificar los créditos derivados de la declaración del despido como improcedente, ambos de naturaleza indemnizatoria.

6º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

En el momento de la declaración del concurso, si el contrato ha sido ejecutado en su integridad por la parte *in bonis* estando pendiente sólo el cumplimiento del concursado, el contratante cumplidor tendrá un crédito concursal que deberá comunicar en el concurso (*ex art. 85 LCon*) para su reconocimiento y clasificación (*ex arts. 86 al 89 LCon*), no siendo

susceptible de compensación, salvo que los requisitos de compensabilidad concurrieran antes de la declaración del concurso (*ex art. 58 LCon*)¹¹⁶²; si el crédito devengara intereses, legales o convencionales, se suspenderá su curso (*ex art. 59 LCon*); si llevara parejo un derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa, también quedará en suspenso (*ex art. 59 bis LCon*). Desde la declaración del concurso hasta su conclusión se interrumpirá la prescripción de las acciones contra el deudor derivadas del crédito (*ex art. 60 LCon*). Así, este crédito, una vez reconocido y clasificado por la administración concursal, concurrirá con los demás acreedores del deudor anteriores a la declaración para participar de la solución convenida o del remanente de la liquidación¹¹⁶³.

Ahora bien, en torno a la normativa expresada por el art. 84.6 LCon resultarán créditos contra la masa las que se deriven de prestaciones a cargo del concursado en obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y que continúen en vigor tras la declaración del concurso, teniendo en consideración que los supuestos de continuación de los contratos tras la declaración de concurso serán: la continuación por disposición legal (*ex art. 61 LCon*), y la continuación por disposición judicial, con arreglo a la enervación de la resolución y acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso (*ex art. 62.3 LCon*).

En este último caso, cuando el juez decida acerca de la resolución del contrato promovida por la administración concursal o por el concursado, se acordará las restituciones que procedan o en su caso las indemnizaciones que hayan de satisfacerse con cargo a la masa. La importancia de este concepto ha hecho que su estudio distinga, por una parte las indemnizaciones que hayan de satisfacerse con cargo a la masa, de modo que el crédito restitutorio sea un crédito concursal y por otro, el crédito indemnizatorio que será entendido como un crédito contra la masa¹¹⁶⁴. En contra, esta distinción para la jurisprudencia, ha sido

¹¹⁶² *Vid.* SÁNCHEZ PAREDES, M., “Contratos y concurso” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 722 y ss.

¹¹⁶³ *Vid.* MARTÍNEZ ROSADO, J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003 de julio, concursal) AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T.I., Madrid-Barcelona, 2005, p. 657. También SÁNCHEZ PAREDES, M., “Contratos y concurso”, *op. cit.*, p. 723.

¹¹⁶⁴ *Vid.* MONSERRAT, A., “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, *ADC*, nº 14, pp. 95 a 96.

pensada para los contratos de tracto sucesivo y con prestaciones fraccionadas¹¹⁶⁵, cuando dichas prestaciones, de forma aislada, son susceptibles de satisfacer el interés del acreedor. No obstante como señala MARTÍNEZ¹¹⁶⁶ “(...) cuando el incumplimiento hubiera sido anterior y posterior a la declaración de concurso y las prestaciones fraccionadas no fueran divisibles y susceptibles de satisfacer separadamente el interés del acreedor, tanto el crédito por la restitución cuanto el crédito indemnizatorio que proceda podrían considerarse a cargo de la masa”.

7º Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado.

Acerca de los pagos de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, cabe distinguirlos como créditos concursales con cargo a los bienes y derechos afectos, bien de ejecución separada o colectiva (*ex art. 155.1 LCon*). Así, cuando la garantía recaiga sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, y en tanto no transcurra un año desde la declaración del concurso o exista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración del concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta para atender su pago con cargo a la masa y sin la realización de los bienes y derechos afectos¹¹⁶⁷.

En relación a los créditos por rehabilitación de contratos o enervación, la administración concursal en aplicación del artículo 68 de la LCon podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres

¹¹⁶⁵ *Vid.* SAP Barcelona 15ª de 19 de junio de 2009 [JUR 2009, 400184].

¹¹⁶⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso”, *ADC*, nº 13, pp. 74 y ss.

¹¹⁶⁷ *Vid.* PEDREIRA GONZÁLEZ, A., “Créditos contra la masa”, *op. cit.*, p. 400.

meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa.

Por otro lado, el mismo tratamiento se otorgará a los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso (art. 69 de la LCon). En ambos casos, la administración concursal, deberá, antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación, y asuma los pagos futuros con cargo a la masa¹¹⁶⁸.

8º Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito.

Mediante la aplicación del artículo 71.1 de la Ley Concursal, resultan rescindibles aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Por tanto, la sentencia que estime la acción, declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. El propio artículo 73.3 de la LCon viene a reconocer que el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado. A todo ello, si la sentencia declarara la mala fe en el acreedor, el crédito concursal quedará afecto a los créditos subordinados.

¹¹⁶⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, A. *Ibidem.*, p. 401.

9º *Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención.*

La intervención supondrá que el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de la administración concursal mediante su autorización o conformidad (art. 40.1 LCon). En este entendido, aquellos actos del deudor que acometa en contra de lo dispuesto en función del artículo 40.7 LCon serán anulables a instancia de la administración concursal y cuando esta no hubiese convalidado o confirmado, pudiendo cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción de convalidación o confirmación del acto.

10º *Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2009 citado por PEDREIRA¹¹⁶⁹ da cuenta que dentro de las obligaciones nacidas de la ley destacan las tributarias, que siguiendo al criterio del devengo fija en: los créditos por el Impuesto del Valor Añadido (IVA) contra el deudor por hechos imposables anteriores a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión de plazo para la liquidación, constituyendo créditos concursales. Así también los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, constituyéndose en créditos concursales.

En relación a las obligaciones nacidas de responsabilidad extracontractual esta se limita a aquellas que se deriven de las actuaciones del concursado, que en caso de personas jurídicas, responderán de los daños causados en el ejercicio de sus funciones.

¹¹⁶⁹ PEDREIRA GONZÁLEZ, A., “Créditos contra la masa”, *op. cit.*, p. 403.

11° *El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta.*

En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5.

Esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

12° *Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración.*

El legislador pretende no mantener un listado cerrado acerca de los créditos contra la masa, por ello, y aunque no se mencione en el mismo, deberá tomarse en consideración lo reseñado en el art. 34.1 de la LCon cuando se apunta de que la administración concursal tendrá derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades de crédito a que se refiere el art. 27.6 LCon¹¹⁷⁰.

Si bien a partir de la Ley Concursal es cuando la retribución del órgano de la administración concursal se pone en tela de juicio, en lo referente a su vencimiento o devengo, habiendo casos en que se ha tenido que devolver la retribución percibida por su trabajo por considerarse algún crédito público con vencimiento anterior al del profesional designado por el juzgado.

6. LOS CRÉDITOS CONCURSALES

En el marco de actuación de la Ley Concursal, debemos hacer mención a uno de los principios inspiradores del procedimiento concursal como lo es la *pars conditio creditorum*. Éste es el punto central sobre el que se asientan los procedimientos colectivos, aunque en la práctica sea conocido que este principio resulta irrealizable. Ahora bien, no por tal razón debemos tener presente que, una de las claves de la estructura del procedimiento concursal

¹¹⁷⁰ *Vid. Supra*, Capítulo II, numeral 5.

se fundamenta en el interés que representa la determinación de los gastos del concurso que deben ser satisfechos de forma preferente sobre los créditos concursales, y que estudiaremos en las próximas líneas¹¹⁷¹.

Para la interpretación acerca de la clasificación de créditos, debemos partir introduciendo la Exposición de Motivos de la Ley Concursal donde: se constituye una de las innovaciones más importantes introducidas por la norma, en cuanto reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se estima que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de configurar la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas. Estas excepciones planteadas vienen a ser de carácter positivo o negativo, en relación con los créditos ordinarios.

Acerca de las excepciones positivas estas se concretan en privilegios, especiales o generales, por motivo de las garantías de que disfruten los créditos o de la causa y naturaleza de estos. A los acreedores privilegiados, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios.

Otra mención acerca de los créditos recogida en la Exposición de Motivos son acerca de los créditos subordinados, y que son aquellos créditos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio, por su naturaleza sancionadora o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado).

De esta manera, el artículo 89 de la LCon clasifica los créditos incluidos en la lista de acreedores, a efectos del concurso, en: privilegiados (art. 90 y 91 LCon), ordinarios y

¹¹⁷¹ El planteamiento que domina toda esta materia en la Ley Concursal acerca de los créditos es la tendencia a la reducción de privilegios crediticios, y la progresiva limitación de las prerrogativas de los créditos de las Administraciones públicas. *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 110.

subordinados (art. 92 LCon). Siendo establecida la clasificación de los créditos se contiene en los arts. 89 a 93 y la lista de acreedores en el art. 94 LCon.

6.1 Los créditos privilegiados

Este tipo de créditos se mantienen dentro el concurso por una razón, causa y justificación funcional como bien expone VEIGA¹¹⁷² y que resulta una herramienta o instrumento que permite la tutela del crédito, una tutela conflictual que permite discriminar y jerarquizar e incluso degradar a los acreedores concurrentes con un patrimonio deficitario y, que, al mismo tiempo, permite reducir los costes de la transacción en la contratación de garantías dentro de los que es una mayor o menor aversión al riesgo.

El privilegio como tal, desarrolla un rol importante en la fase ejecutiva del concurso, a través del reparto del activo donde asegura la prelación en el ámbito predeterminado por el legislador. Esto es, anteponerse y preordenarse en el cobro ante la concurrencia de otros acreedores¹¹⁷³, esta preferencia va a consistir en el refuerzo de la tutela ordinaria del derecho de crédito a través de la adición de un nuevo derecho de naturaleza personal que se ejerce no ya frente al deudor sino frente a los acreedores de éste¹¹⁷⁴.

En cuanto el objeto privilegiado no recae sobre el precio obtenido por la realización del bien afecto al crédito privilegiado sino sobre el neto de dicha liquidación, de esta manera, el crédito privilegiado mantiene su prevalencia para cobrar con preferencia tanto en situaciones de concurrencia concursal como en las de tercería. En el momento que el

¹¹⁷² VEIGA, A., “Clasificación de Créditos”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 452.

¹¹⁷³ Vid. DÍAZ MORENO, A., “El tiempo de comunicación y la clasificación de los créditos”, *ADC*, nº 20, 2010, pp. 39 a 64; GUILARTE ZAPATERO, V. “Créditos con privilegio especial” en SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIERREZ (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T.II., Lex Nova, 2005, pp. 1788 y 1789; también RÍOS SALMERÓN, B. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M., “Créditos con privilegio especial” en AA.VV. (SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIERREZ Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II., Lex Nova, 2005, pp. 1792 y ss.

¹¹⁷⁴ Vid. al respecto, SJM nº 2 de Bilbao de 19 de diciembre de 2006: “(...) la autenticidad de la causa de crédito por la forma ad solemnitatem, basa de preferencia en la codificación, con la preconstitución de titulación y publicidad, caso de las garantías reales; de fundamento fundacional, que responde al bien común institucionalizado, caso de los créditos salariales y para-salariales de autores y trabajadores por cuenta propia, fiscales y de Seguridad social”.

crédito es exigible, la existencia de este crédito va a resultar indiferente para el deudor ya que el privilegio no le vincula en el momento del pago, salvo, como bien señala BLASCO¹¹⁷⁵ “*el pago se haga en fraude o se trate de un pago simulado, siendo entonces ya no una cuestión de privilegio, sino de fraude de acreedores incluso ordinarios o de nulidad por simulación*”.

En el supuesto de que el crédito preferente no se comunique en tiempo y forma, el acreedor deberá asumir el perjuicio de la inacción de la presentación de su crédito, esta pasividad sin duda beneficiaría al resto de los acreedores preferentes como ordinarios. No cabe duda, que este tipo de créditos rompen, como bien lo señalamos líneas atrás con el principio de la *pars condicio creditorum* siendo que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo, aunque también es cierto que el acreedor privilegiado puede renunciar en el concurso a su preferencia (art. 123.2 y 134.2 LCon) donde: el acreedor privilegiado que vota a favor de una determinada propuesta, toda vez que resulte aceptada por la junta y que el juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio.

Los créditos privilegiados se clasifican, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, que según el art. 90 los clasifica en:

1º *Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.*

2º *Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado*¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁵ BLASCO GASCÓ, F., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Cizur Menor, 2004, p. 91.

¹¹⁷⁶ Acerca de los créditos garantizados, *cfr.* ROMERO SANZ DE MADRID, *Derecho Concursal*, *op. cit.*, pp. 191 y 192, viene a reconocer que: “*la redacción del precepto puede plantear dudas interpretativas en el ejercicio del privilegio. En efecto, dada la vigencia del art. 1884 del CCiv, que reconoce al titular de un derecho de realización del inmueble sobre el que recae, en la hipótesis de ejercicio por el acreedor anticrético del privilegio que le otorga la Ley Concursal, la preferencia sólo puede recaer sobre los frutos del inmueble gravado, no sobre el inmueble, en franca contradicción con el citado artículo del Código Civil*”.

3° Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

4° Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

5° Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

6° Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Del conjunto de créditos con privilegio especial el legislador elimina alguno de los privilegios tradicionales, aunque como bien lo expone la profesora CANDELARIO¹¹⁷⁷ crea a su vez otros nuevos que no se reducen a los que la citada norma denomina como tales, dado, por un lado, que los créditos contra la masa son verdaderos privilegios que ocupan el rango superior en la jerarquía de preferencias y, por otro, que la introducción de la categoría de créditos postergados convierte en privilegiados todos los ordinarios.

En otro orden, la LCon establece una nueva diferencia entre privilegio e hipoteca, al establecer mediante el artículo 56.4 LCon 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.

Si bien la hipoteca y la prenda resultan ser garantías reales y su naturaleza corresponde a un derecho de preferencia, precisamente son estas preferencias las que producen una confusión en la norma, tanto en la asignación de privilegio como de derecho real de garantía, esto es

¹¹⁷⁷ CANDELARIO MACÍAS, I., *Lecciones de Derecho Concursal, op. cit.*, p. 111.

así porque la Exposición de Motivos manifiesta que: “*naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial*”. Esto es así en la Ley Concursal y como ejemplo el artículo 90 LCon donde se regulan los Créditos con Privilegio Especial, y se refiere prácticamente a créditos hipotecarios, anticréticos y pignoratícios.

Para aquellos créditos mencionados en los números 1º a 5º puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores (*ex art. 90.2 LCon*). Por su parte, el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza (*ex art. 90. 3 LCon*).

En relación a los créditos con privilegio general, el art. 91 de la LCon viene a reconocer estos como:

1º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

2º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3° Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

4° Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

5° Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4º de este artículo.

Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

6.º Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

7º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Resulta interesante apreciar que la rebaja de estos créditos privilegiados en relación a los especiales viene dada porque el interés público que representan los créditos de determinadas instituciones públicas no fundamentan su preferencia sobre los restantes acreedores en cuanto que acaban con la masa activa, impiden la continuación de la empresa, sacrifican a los acreedores no privilegiados comportando un daño fiscal importante en el que hace que sólo unos acreedores logren satisfacerlo.

Respecto a los privilegios públicos –créditos de Hacienda Pública y de la Tesorería General de la Seguridad Social- (art. 91.2 y 4 LCon) mantienen su carácter, aunque con distintos matices incorporados por la Ley 38/2011, en este sentido lo que se busca es que estos créditos con privilegio público menoscaben la satisfacción de los acreedores ordinarios y de forma global al ámbito de la empresa en concurso.

En general, debemos apuntar, además de lo expuesto, que aquellos créditos con privilegio lo que posibilitan son los acuerdos de refinanciación y no tengan la apreciación de créditos contra la masa, como créditos con garantía general (*ex art. 91.6 LCon*).

6.2 Los créditos ordinarios

En relación a los créditos ordinarios, la Ley Concursal no ofrece una mención como tal, estableciéndose así por exclusión que estos créditos carecen de privilegio, sea este especial o general, y que tampoco sean subordinados o legalmente postergados en el cobro.

Son también créditos ordinarios aquellos créditos comunes, que son satisfechos tras la prededucción de los créditos contra la masa y el pago de los créditos con privilegio especial y con privilegio general, y que se satisfacen sin prelación ni preferencia alguna entre sus titulares¹¹⁷⁸.

6.3 Los créditos subordinados

La terminología empleada para este tipo de créditos constituye bien, una relación de dependencia¹¹⁷⁹ o bien una clasificación inferior de los demás créditos¹¹⁸⁰. A esta categoría pertenecen aquellos acreedores morosos, ello bien, porque existan especiales relaciones con

¹¹⁷⁸ *Vid.* VEIGA, A., “Clasificación de créditos”, *op. cit.*, p. 460.

¹¹⁷⁹ *Vid.* FERRÉ FALCÓN, J., “Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado” en *RDCP*, nº 34, 2015, pp. 21 a 32.

¹¹⁸⁰ MONTÉS, E., “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *ADC*, nº 1, 2004, pp. 49 y ss.

el concurso que logren justificarlo; o por ser accesorios siendo conveniente introducirlos en dicha categoría¹¹⁸¹.

La subordinación de créditos sólo será posible respecto de los que tienen naturaleza concursal. En este sentido, no caben subordinarse los créditos contra la masa, con ello se logra resguardar de que el deudor termine apropiándose del valor residual que quede en el patrimonio del concursado en el supuesto en que exista un remanente tras la satisfacción del resto de los acreedores. De lo contrario, obtendría más valor del que le hubiera correspondido, debido a que se quedaría con un valor residual de un patrimonio sin deudas.

Dentro la clasificación reconocida por la Ley Concursal en su artículo 92¹¹⁸² se consideran créditos subordinados a:

¹¹⁸¹ Vid. STS de 30 de septiembre de 2010, [JUR 670/2007] que manifiesta: “La categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social. Para configurar el privilegio general establecido en el art. 91.4 LCon, y calcular el cincuenta por ciento del importe a que la norma se refiere, no cabe tomar en cuenta los créditos comprendidos en los arts. 90, 91 y 92 de la misma Ley”.

¹¹⁸² Acerca de las modificaciones introducidas con la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal cfr. GIMÉNEZ RAMÓN, R., “Créditos subordinados” en MARTÍN MOLINA, P; GONZÁLEZ BILBAO, E. y CARRE DÍEZ-GÁLVEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 295 y ss., viene a señalar: “(...) acerca de que la revisión que se introduce no es radical, en materia de créditos subordinados, que supone adentrarnos en el ámbito de la clasificación de créditos, las modificaciones que se introducen son puntuales y atinentes, esencialmente, a qué créditos merecen dicha clasificación, no variando el concepto ni las consecuencias generales anudadas a esta clase de créditos. En consecuencia, podemos seguir diciendo: i) Constituyen una excepción negativa al principio de igualdad de trato de los acreedores (son el equivalente a un privilegio negativo o anti-privilegio). ii) Su naturaleza es diversa, en unos casos se toma en consideración su carácter accesorio (intereses), en otros su naturaleza sancionadora (multas), sin faltar aquellos basados en la mala fe del acreedor o, simplemente, en decisiones de política legislativa (determinadas personas vinculadas con el deudor en razón de una presunción de aprovechamiento de su situación o un conocimiento previo de la misma) o relacionadas con la diligencia de su titular a la hora de integrarlos en el procedimiento concursal (comunicación tardía). iii) Su postergación en relación con el resto de acreedores conlleva que carezcan de voto a propósito del convenio que pueda presentarse a la generalidad de acreedores y que sean los últimos que se abonen (si es que llegamos a este punto pues rara vez llegan a satisfacerse los ordinarios previamente en su totalidad), haya convenio o liquidación.

No obstante, siguen equiparándose al resto de créditos a propósito de lograr el pasivo adherido preciso para que resulte admitida una propuesta anticipada de convenio o, aunque en sede preconcursal, al objeto de alcanzar acuerdos de refinanciación del art. 71.6 de la Ley Concursal que queden a cubierto de las acciones rescisorias o de reintegración o que sean susceptibles de homologación en los términos de la Disposición Ad. 4ª de la misma Ley, con excepción de los acuerdos de grupo en relación con préstamos y créditos entre sociedades integrantes del mismo, equivalencia ésta que no debe de extrañar si se tiene presente que uno de los objetivos de la reforma es potenciar estos mecanismos, con la que casa por tanto perfectamente”.

1° Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

2° Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.

3° Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.

4° Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

5° Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1° cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1° y 3° que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario.

6° Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

7º Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Dentro la jerarquía clasificatoria de los créditos subordinados, estos llevan aparejado el menor valor de todos los créditos, es decir que cobrarán el crédito del remanente existente en la masa, siempre y cuando exista bienes suficientes.

Con el Real Decreto 3/2009 se vienen a incorporar nuevas categorías de créditos subordinados, con la intención de penalizar a los morosos al incluir los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el incumplimiento del contrato¹¹⁸³.

Con la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, se modifica también el art. 92 en su punto 5º cuando se exceptúa la regla acerca de los créditos subordinados cuando se trate de créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso teniendo la consideración de crédito ordinario.

Con todo, este conjunto de créditos subordinados que expone la norma concursal, concluimos que su satisfacción se verá incluso subordinada y condicionada a los créditos ordinarios, y que a la vez se encontrarán supeditados a la existencia de liquidez. Así el art. 158 LCon resulta tajante cuando reconoce que el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Por tanto, el pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el art. 92 LCon y, en su caso, a prorrata de cada número.

¹¹⁸³ Vid. STS de 5 octubre de 2010 [JUR 243/2010] donde: “A los efectos de la subordinación del crédito del socio derivada del artículo 93.2.1º LCon, en su redacción anterior al RDL 3/2009, lo relevante es que tal condición concurra en el momento de la declaración de concurso. La regulación posterior a la reforma se limita a exigir que la condición de socio sea previa al nacimiento del derecho de crédito a su favor”.

7. LA IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO Y LA LISTA DE ACREEDORES

La importancia acerca de la presentación del inventario y de la lista de acreedores para una posterior tramitación del procedimiento concursal ha resultado ser sin duda indispensable, debido a que ambos documentos fijan la sustancia del concurso incidiendo en los derechos del concursado. La información que ha sido suministrada por los interesados es tan relevante en la elaboración del informe de la administración concursal que incluirá a estos no de manera superficial sino a través de un control estricto¹¹⁸⁴.

Así, una vez presentado y llevado a cabo la publicidad del informe, se abre la posibilidad de su impugnación. La impugnación se llevará a cabo por un cauce establecido en la propia Ley Concursal, el incidente concursal previsto en el art. 95.6 LCon¹¹⁸⁵.

7.1 Objeto de la impugnación

Cuando nos referimos a la impugnación, por lo general, asociamos el término a una “impugnación del informe” como tal, siendo que en realidad, lo que el art. 96.1 LCon viene a restringir en su objeto, es la impugnación del inventario y la lista de acreedores¹¹⁸⁶, con ello, se contempla que no todo el contenido del informe de la administración concursal a que se refiere el art. 75 de la LCon tendrá el mismo alcance y naturaleza; de este modo que mientras la determinación de la masa activa y pasiva llevan aparejado un contenido sustantivo, en cuanto fija de modo definitivo y sin perjuicio de su impugnación, tales masas, permitiendo la continuación del proceso concursal por cualquiera de sus cauces,

¹¹⁸⁴ Vid. SAP de Alicante 8 de octubre de 2014 [JUR 2015/54417], “La norma concursal está indicando que no es dable impugnar una corrección no basada en sentencia dictada en incidente de impugnación, siendo su razón de ser que de autorizarse las modificaciones unilaterales por la administración concursal al margen de aquél proceso impugnativo, cada texto resultante de dicha corrección sería provisional y razonablemente exigiría la reapertura el plazo impugnativo del art. 96”, también, vid. STS de 26 de marzo de 2015 [RJ 2015/2135]; SAP Madrid de 27 de junio de 2014 [AC 2014/1959].

¹¹⁸⁵ A través del incidente concursal no sólo se impugna el informe de la administración concursal, sino que es la vía procesal para interponer una acción de reintegración (arts. 71 y ss. LCon), resolver un contrato (arts. 61.2 y 62 LCon) o conocer de un derecho de separación o una composición controvertidos (arts. 80 y 58 LCon). Vid. MUÑOZ PAREDES, A., “Impugnación del inventario y la lista de acreedores”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 500 y 501.

¹¹⁸⁶ Aunque la literalidad del Capítulo IV del Título IV de la Ley contemple la descripción: “De la publicidad y de la impugnación del informe”, lo cierto es que lo que se impugna no es el informe como tal, sino los documentos complementarios del inventario y la lista de acreedores.

bien sea convenio o liquidación, el resto del informe de la administración concursal y sus anexos contienen opiniones, valoraciones, juicios, apreciaciones o estimaciones subjetivas de la administración concursal.

Debemos tomar en cuenta que la aplicación del artículo 96 LCon no abarca la impugnación íntegra del inventario y de la lista de acreedores, y que su sentido abarca exclusivamente a determinados contenidos de esto, así, la impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos (*ex art. 96.2 LCon*). En cuanto a la impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o la exclusión de créditos, así como la cuantía o la clasificación de los reconocidos (*ex art. 96.3 LCon*).

Resulta interesante traer a colación la SJM núm. 3 de Barcelona de 27 de febrero de 2006 citada por MUÑOZ¹¹⁸⁷ que interpreta la impugnación como uno de los momentos de mayor trascendencia del procedimiento concursal porque en el: *i)* El Jue puede fiscalizar a instancia de los interesados la actuación de la administración concursal en la decantación de las masas; *ii)* El informe de la administración concursal supone la culminación de la fase común y, por regla general supone un lapso procesal necesario para conocer cuál es el verdadero destino del concurso y para conciliar si los datos facilitados por el concursado respecto de su activo y pasivo se corresponden con la situación real de dichas masas; *iii)* Porque el trámite de impugnación es uno de los “cuellos de botella” del procedimiento que normalmente compromete el normal desarrollo del procedimiento ya que la tramitación de las impugnaciones demora la apertura de las fases de liquidación o convenio.

Si bien el artículo 96.2 y 3 LCon viene a reconocer los límites en cuanto al alcance la impugnación, la jurisprudencia¹¹⁸⁸ ha ido perfilando de algún modo el límite en el cual esta impugnación se produce, así, no podrán ser impugnadas aquellas afirmaciones vertidas por la administración concursal en relación a la exposición motivada establecida en el art. 75.3 LCon, sin perjuicio que la misma pueda ser objeto de modificación. Tampoco serán objeto

¹¹⁸⁷ MUÑOZ PAREDES, A., “Impugnación del inventario y la lista de acreedores”, *op. cit.*, pp. 501 y 502.

¹¹⁸⁸ *Vid.* SAP Barcelona, Sección 15ª, de 6 de abril de 2011.

de impugnación la relación de litigios o acciones que preceptivamente acompañan al inventario, ni los juicios de valor acerca de su viabilidad, riesgos, o posibilidades de financiación¹¹⁸⁹.

7.2 Legitimación activa y pasiva

Si bien contamos con un plazo establecido para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que serán de diez días a contar desde la notificación de la resolución por el que se tenga presentado el informe y se le dé publicidad (art. 96.1 LCon), es importante determinar la legitimación activa de quien detente la solicitud de impugnación, en primer lugar, las partes personadas en el procedimiento, quienes podrán impugnar tanto el inventario como la lista de acreedores.

Con el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo el art. 96 LCon deja de lado su redacción original acerca de la legitimación activa para la impugnación que puede detentar cualquier “interesado”, pasando a señalar que serán “las partes personadas”. Aunque el mismo artículo en su parte final reconozca que los “demás interesados”, gozarán de un plazo de diez días desde la última publicación del informe de la administración concursal.

Por lo que hace al concursado, la aptitud o condición que se le exige es que dentro de los extremos de su impugnación suponga un verdadero tipo de perjuicio o gravamen, aunque este no resulte necesariamente de forma directa. De modo que en ningún caso cabe reconocer la legitimación activa de la concursada para postular un reconocimiento a varios de sus acreedores de créditos por un importe mayor o con calificación superior al determinado en el informe de la administración concursal, debido a que ningún beneficio para el concursado puede suponer un incremento de la masa pasiva y una mejora en la calificación de algunos de los créditos que integran dicha masa, en detrimento de los restantes de inferior categoría¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ Vid. SJM nº 1 de Oviedo de 23 de julio de 2010.

¹¹⁹⁰ Vid. SAP Madrid, Sección 28ª, de 4 de diciembre de 2008.

Ahora bien, en relación a la legitimación pasiva, la impugnación debe dirigirse en todo caso contra la administración concursal, y en todo caso contra la concursada, sin perjuicio de que puedan aparecer, como demandados, determinados acreedores cuando la resolución del incidente les afecte de forma directa, en cuyo caso necesariamente han de ser emplazados para contestar la demanda.

7.3 La tramitación de las impugnaciones

Como hemos mencionado, la impugnación se sustancia a través del incidente concursal. En su tramitación el juez de oficio, en vista de las impugnaciones presentadas, podrá resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes (*ex art. 96.5 LCon*).

Se harán constar expresamente las diferencias entre el inventario y la lista de acreedores inicialmente presentados y los textos definitivos, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos contra la masa devengados, pagados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

En el momento de la presentación al juez del informe con las modificaciones y la relación de créditos contra la masa, la administración concursal comunicará telemáticamente estos documentos a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.

Si bien esta tramitación resulta muy general, el inciso cuarto del art. 96 LCon viene a reconocer que cuando las impugnaciones afecten al menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad.

Por último, Todas las impugnaciones deberán hacerse constar, inmediatamente después de su presentación, en el Registro Público Concursal. Igualmente, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que hubiere finalizado el plazo de impugnación, se publicará en dicho Registro una relación de las impugnaciones presentadas y de las pretensiones deducidas en cada una de ellas (*ex art. 96.6 LCon*)

7.4 La Falta de impugnación

La falta de impugnación del inventario y de la lista de acreedores en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones (*ex art. 97.1 LCon*).

Ahora bien, si esta falta de impugnación procede de quien haya sido calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes.

En todo caso, la falta de impugnación produce un efecto preclusivo, el mismo que no afecta de igual modo al contenido del inventario y la lista de acreedores, es decir, si un tercero observa como un bien de su propiedad es incluido en el inventario y no impugna, no por ello perderá el dominio, tanto por el carácter informativo como porque la vía para separar el bien de la masa no es propiamente el cauce del artículo 96 LCon, sino el art. 80 LCon, cuyo ejercicio no se encuentra sometido a un plazo preclusivo. Distinto es el caso en que lo incluido no sea un bien sino un derecho de crédito contra un tercero. Si el tercero no impugna, la falta de impugnación y la preclusión a ella asociada no implica que haya de tenerse dicho crédito por cierto y exigible¹¹⁹¹.

¹¹⁹¹ *Vid.* STS 28 de septiembre de 2010, cuando: “No cabe extender el efecto preclusivo derivado de la falta de impugnación mediante el incidente concursal a las personas incluidas por la administración concursal en la relación de deudores del concursado, ni cabe equiparar estos deudores con los acreedores a los efectos del

8. EVALUACIÓN DE PROPUESTAS DE CONVENIO

Dentro la estructura del informe de la administración concursal, además de ir aparejado el inventario de la masa y la lista de acreedores, deberá acompañarse el escrito de evaluación de las propuestas de convenio establecido en el art. 75.2.3º LCon siendo competencia de la administración concursal su elaboración, en este sentido, pasaremos a identificar el contenido de los mismos.

8.1 La regulación de la propuesta de convenio

A través del Título V de la Ley Concursal se establece lo que viene a denominarse la fase de convenio y de liquidación, las cuales regulan las dos vías solutorias al concurso de acreedores. Por un lado, la conservativa, que viene a representarse en el convenio y por otro, la liquidativa propia de la liquidación. Con ello, se permite que el concurso, a través de ciertas medidas flexibles permite que el procedimiento logre finalizar en una u otra vía. Constituyendo así la función esencial del concurso que es la satisfacción de los acreedores.

En lo que respecta a la propuesta de convenio, cual es el tema que nos interesa, el convenio es el proceso por el que se forma la voluntad colectiva de los acreedores que será seguido dentro del propio proceso concursal en todas sus fases, desde el planteamiento de la propuesta, hasta la aceptación y la posterior aprobación¹¹⁹².

El art. 115.2 de la LCon logra establecer que aquellos escritos de evaluación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirán a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75, y los emitidos con posterioridad se pondrán de manifiesto en la

art. 97.1 LCon, ni siquiera en el caso de que los deudores conozcan la inclusión en la masa activa del concurso”.

¹¹⁹² Acerca del convenio concursal, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., “Comentario del art. 100 de la Ley Concursal. Contenido de la propuesta de convenio” en AA.VV., PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDEZMA, C., ALONSO UREBA, A., y ALCOVER GARAU, G. (Coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. I., Madrid, 2004, pp. 978 al 981; GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentario del art. 99 de la Ley Concursal. Requisitos formales de la propuesta de convenio” en AA.VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I., Madrid, 2004, p. 1129; JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, Madrid, 2012, pp. 16 y 17; BENITO DE LOS MOZOS, I., “Comentario del art. 99 de la Ley Concursal. Requisitos formales de la propuesta de convenio” en AA.VV. *Comentario práctico de la nueva Ley Concursal*, Madrid, 2012, p. 566.

Oficina judicial desde el día de su presentación y serán comunicados por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.

El convenio se produce a través de un procedimiento complejo en el que se integran actos cuyo origen constituye un negocio jurídico además de acto de carácter jurídico privado para luego culminar con la debida homologación judicial, acto de carácter jurídico público.

La propuesta de convenio deberá ajustarse a lo establecido en el art. 100 de la LCon como mandato imperativo de la Ley, esto es, deberá tener un contenido básico y necesario. Por ello la literalidad de la norma podría descartar toda duda sobre la validez de una propuesta que se aleje de dicho contenido calificado como necesario.

Mediante el Real Decreto-Ley 11/2014 se modifica el sistema actual del convenio establecido en el art. 100 de la LCon, a partir del reconocimiento, donde su finalidad es la de facilitar en la mayor medida posible la actividad empresarial, manteniendo las proposiciones de quita y espera, presentes en la Ley 22/2003 Ley Concursal y constituyendo así el contenido necesario de la propuesta de convenio.

Es así que con la nueva redacción del artículo 100.1 LCon desaparecen los límites legales expresamente establecidos en la quita y espera y, por lo tanto, la autorización judicial a las propuestas que los excedieran.

Estas modificaciones se deben principalmente a la continuidad y la flexibilidad que deberá contener el convenio como vías de actuación, es decir, que todos estos cambios deberán de alguna forma facilitar la reestructuración de la deuda y la refinanciación, es por ello que se eliminan estas restricciones.

8.1.1 La quita y espera a través de nuevos límites

Cuando hacemos referencia a la eliminación de aquellos límites legales de la quita y espera estamos hablando acerca de la libertad del deudor para poder diseñar un acuerdo con sus acreedores en función a las circunstancias específicas de su situación actual.

El art. 100.1 de la LCon reformula el contenido anterior en la Ley 22/2003 acerca de la limitación al contenido necesario en la proposición de convenio señalando que serán las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio como señala el art. 124.1 LCon. Al respecto SÁNCHEZ-CALERO¹¹⁹³ viene a señalar que la disposición ha avanzado en la exigencia de mayorías de pasivo en función de cuál sea el contenido necesario de la propuesta¹¹⁹⁴, formulándose así un límite general a la espera de diez años.

Por otro lado, la reforma, cuando modifica el contenido necesario del convenio, no olvida cuando dispensa al Juez del concurso de una autorización que tenía como principal riesgo requerir un pronunciamiento discrecional, en el que destacaba un criterio de oportunidad económica antes que una justificación normativa¹¹⁹⁵.

8.2 La tramitación ordinaria del convenio

La propuesta del convenio deberá contener alguna proposición relativa a la reducción o quita del importe de los créditos ordinarios o con relación a la espera, en otras palabras, al plazo para el cumplimiento de los mismos, siendo este el contenido básico y presumible de

¹¹⁹³ SÁNCHEZ-CALERO, J., “El contenido necesario de la propuesta de convenio”, *op. cit.*, p. 1917.

¹¹⁹⁴ *Vid.* art. 124 LCon acerca de las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio serán consideradas: a) *El 50 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de propuesta anticipada y de tramitación escrita, los acreedores deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos, según sea el caso, de los artículos 108 y 115 bis.* b) *El 65 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100.*

¹¹⁹⁵ SÁNCHEZ-CALERO, J., “El contenido necesario de la propuesta de convenio”, *op. cit.*, p. 1917.

un convenio dando lugar a la clasificación de los convenios como remisorios, dilatorios o mixtos¹¹⁹⁶.

Además de quitas o esperas, la propuesta de convenio podrá contener proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles.

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis.

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁶ Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La naturaleza jurídica del convenio concursal”, en ROJO, A. y CAMPUZANO, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, T.II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1892.

¹¹⁹⁷ La novedad que introduce el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. De medidas urgentes en materia concursal (BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014, así como la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE nº 125, de 26 de mayo de 2015) van referidas a aquellas

Manteniendo la estructura antes citada, la propuesta de convenio deberá formularse por escrito y será firmada por el deudor o, en su caso, los acreedores ponentes, o en su caso por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas el Secretario judicial dará traslado a las partes personadas.

En caso de que la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además por los comprometientes o sus representantes con poder suficiente.

Conviene precisar que la tramitación acerca del convenio es un proceso en el que se distinguen tres fases: la propuesta de convenio como tal, su aceptación por los acreedores y la aprobación judicial.

La Ley Concursal al respecto distingue entre la tramitación ordinaria de la propuesta de convenio y la tramitación anticipada. En relación a la primera, la aprobación del convenio comienza con la fase de naturaleza contractual, que se encuentra presidida por los intereses privados donde se enmarca la propuesta de convenio presentada al final de la fase común en la que tienen lugar la determinación de la masa activa y pasiva, o durante la fase de convenio (art. 113 LCon)

Una vez que la propuesta ha sido admitida a trámite y dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el Juez admitirá a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta Ley. De apreciar algún defecto, dentro del mismo plazo dispondrá que se notifique al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo. Si estuviese solicitada la liquidación por el concursado, el Secretario judicial rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta (art. 114 LCon).

proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos.

8.2.1 La tramitación anticipada del convenio

La propuesta anticipada puede definirse como aquella presentada por el deudor en la que la aceptación por los acreedores se realiza durante la fase común del concurso, sin necesidad de proceder a la apertura de la fase de convenio, ni la celebración de la junta de acreedores¹¹⁹⁸.

En este sentido, sólo el deudor podrá presentar la propuesta, sin que exista la posibilidad de participación de los acreedores. El art. 105 de la LCon establece limitaciones en cuanto a la presentación del convenio anticipado así: No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos: i) haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos, alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio. ii) haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. iii) si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobare que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁸ GONZÁLEZ TREMOLS, A., “Propuesta anticipada de convenio” en BELTRÁN E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 2449, también, DE LA CUESTA RUTE, J., “A propósito de la función del convenio en el concurso”, *ADC*, nº 4, Madrid, 2005, pp. 7 al 63; FONT SERVERA, J., “La propuesta Anticipada de Convenio”, *RDCP*, nº 3, Madrid, 2005, pp. 149 a 168; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J., “Comentarios a los arts. 98 a 136 de la Ley Concursal” en PALOMO OLMEDA (Dir.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, Madrid, 2003, p. 168.

¹¹⁹⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, J., “La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal” *Revista de Derecho Mercantil*, nº 251, enero-marzo, 2004, pp. 199 y ss., *vid.* también JACQUET YESTE, T., “Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio”, *RDCP*, nº 4, 2006, pp. 227 a 245, ROJO, A., *El convenio anticipado*, Civitas, 2004.

En caso de que no procediera la aprobación anticipada del convenio el juez requerirá de inmediato al deudor para que, en plazo de tres días, manifieste si solicita la apertura de la fase de convenio o desea solicitar la liquidación. En la fase de convenio, el deudor podrá mantener o modificar la propuesta anticipada de convenio o formular otra nueva (*ex art. 110.1 LCon*).

En relación al plazo de presentación de la propuesta anticipada de convenio, este a través de concurso voluntario se presentará con el mismo escrito de solicitud extendiéndose hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. En el supuesto de concurso necesario, el plazo será el mismo que en el voluntario, la presentación podrá realizarse desde la misma declaración de concurso, siendo necesario que el deudor presenta la relación de acreedores. Presentación que deberá realizarse en el plazo de diez días desde la notificación del auto de admisión a trámite del concurso (*ex art. 21.1.3º LCon*).

8.3 Aprobación del convenio

La junta de acreedores es uno de los instrumentos previstos en la legislación concursal para que los acreedores manifiesten su voluntad en relación con la posible solución del concurso mediante convenio¹²⁰⁰ y, por ello, se constituye en uno de los mecanismos concursales establecidos para tratar de componer los distintos intereses de los acreedores con vistas a lograr una solución común mediante la cual se logre la finalidad concursal tal como lo afirma CURTO¹²⁰¹. Debiendo a dicho fin someterse a la voluntad mayoritaria de los acreedores, en función a las condiciones establecidas en el art. 111 de la LCon¹²⁰².

¹²⁰⁰ A diferencia de lo que ocurría en el Derecho concursal anterior, la junta de acreedores deja de ser un órgano necesario del concurso para ocupar una posición subsidiaria. Así la Exposición de Motivos de la Ley Concursal establece que sólo el juez y la administración concursal son órganos necesarios del concurso. *Vid. ALONSO ENCISO-MUÑIMER, M^a, “El convenio concursal” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), Derecho Concursal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 521 y ss.*

¹²⁰¹ *Vid. CURTO POLO M., “Junta de acreedores” en BELTRÁN, E. y GARCÍA.-CRUCES, J., (Dirs.), Enciclopedia de Derecho Concursal, T. I., Navarra, 2012, p. 1942.*

¹²⁰² LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La tramitación escrita del convenio” en GARCÍA-CRUCES, J., LÓPEZ SÁNCHEZ, J., (Coords.), *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Madrid, Aranzadi, 2009, pp. 115 y ss.; PORFIRIO CARPIO, L., *La junta de acreedores*, Madrid, Thomson Civitas, 2008; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La junta de acreedores en la nueva legislación

La junta de acreedores se convocará una vez se produzca la apertura de la fase de convenio, debido a que su competencia es debatir y en su caso, aprobar las propuestas de convenio que se presenten. Así, cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio conforme a lo establecido en la sección precedente, el Juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina Judicial los textos definitivos de aquellos documentos, dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta (*ex art. 111.1 LCon*).

El Juez del concurso, mediante auto ordenará convocar la junta de acreedores de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la LCon. El Secretario judicial fijará el lugar, día y hora de la reunión en los términos que prevé el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la notificación de la convocatoria se expresará a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3.

Cuando el número de acreedores exceda de 300 el auto podrá acordar la tramitación escrita del convenio, fijando la fecha límite para presentar adhesiones o votos en contra en la forma establecida en el artículo 103 y 115 bis.

Así, para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta de acreedores serán necesarias las siguientes mayorías: *i)* El 50 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. *ii)* El 65 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a

concurzal”, *RDCP*, nº 3, 2005, pp. 65 y ss.; SALA REIXACHS, A., “Comentario al art. 116 de la Ley Concursal” en SAGRERA TIZÓN, J.; SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. 2, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 1308 y ss.

la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100 (*ex art.* 124 LCon).

Además de las mayorías expresadas en el art. 124 LCon existirán unas reglas especiales que atribuirá un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características será preciso además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. A estos efectos, no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios.

Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta con los requisitos y en la forma establecida en la Ley Concursal. Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la Oficina judicial. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista (art. 108 LCon).

8.4 El escrito de evaluación sobre el contenido de la propuesta de convenio

Las consideraciones descritas anteriormente acerca del convenio servirán de pauta para intentar delimitar el alcance de la obligación que la Ley Concursal en su artículo 75.2.3º impone a la administración concursal, debiendo este órgano emitir el escrito de evaluación de todas las propuestas de convenio, sean estas anticipadas u ordinarias. Cabe aquí hacer mención a que el legislador de forma imprecisa y genérica utiliza la expresión “convenio” sin delimitar si esta es ordinaria o anticipada, debiéndonos remitir a lo dispuesto en el art. 107 LCon para establecer la propuesta que deberá ser evaluada, en este sentido, reza la norma que cuando la “propuesta anticipada” de convenio sea admitida a trámite, el

Secretario Judicial dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación.

A todos los efectos, resultará indiferente que la propuesta de convenio haya tenido su origen en los acreedores o concursado, debiendo la evaluación ser necesaria y tomar en consideración el carácter bien sea anticipado o de la propuesta. Tendremos entonces que: cuando se trate de una propuesta anticipada de convenio el deudor –debido a que es a quien corresponde presentarla- deberá tener en consideración ciertas referencias temporales como a) La presentación de la propuesta deberá ser presentada antes de que concluya el plazo de comunicación de créditos, y b) la administración concursal dispone de un plazo para la presentación del informe, dentro este plazo, deberá también valorar la propuesta de convenio en un plazo no superior a diez días.

La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad que la acompañe. En caso de que la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviera reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe¹²⁰³. Tendremos entonces que una propuesta de convenio anticipada deberá unirse al informe de la administración concursal cuando su valoración sea favorable y también aunque la valoración de la propuesta haya sido desfavorable o en su caso con reservas pero el juez decida continuar con su tramitación tal como establece el artículo 107.2 LCon.

¹²⁰³ En relación al control judicial de aquella propuesta observada, *cf.* DÍAZ MORENO, A., “Artículo 128 de la Ley Concursal” en ROJO, A. y BELTRÁN, E., (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 2164 y 2165, donde apunta que: “*Resulta cuestionable la oportunidad de ese control judicial de la propuesta anticipada de convenio. Presumiblemente, esa intervención del juez no es sino una manifestación más de la especial agilidad que el legislador ha querido conferir a la tramitación de las propuestas anticipadas de convenio. De tal forma que, una vez obtenidas las adhesiones necesarias, la aprobación judicial del convenio no se demore por la formulación de oposiciones a la aprobación judicial del convenio por estimar que éste resulta objetivamente inviable. Sin embargo, conviene poner de relieve que las competencias reconocidas al juez en el art. 107.2 LCon exceden con mucho las del art. 128.2 LCon, donde el juez no puede examinar de oficio la viabilidad del convenio y, de otra, que el juez únicamente puede rechazar la aprobación judicial del convenio cuando esta sea objetivamente inviable*”.

En cuanto al tratamiento de la propuesta ordinaria de convenio en el escrito de evaluación, es una tarea que no necesariamente podrá coincidir en el tiempo, es decir, tras la presentación del informe y durante el tiempo de presentación y resolución de impugnaciones, podrán ser presentadas aquellas propuestas de convenio ordinarias, debiendo ser objeto de evaluación en un plazo de diez días¹²⁰⁴.

Del análisis de ambas propuestas –*anticipada y ordinaria*- tendremos que el escrito de evaluación de la propuesta ordinaria de convenio no tiene la misma función que el atribuido al de una propuesta anticipada, puesto que en principio, ante las propuestas ordinarias, el juez no debe dictar ninguna resolución en relación a la continuación de la tramitación de esa propuesta. En este sentido, todas las propuestas ordinarias presentadas a trámite deberán ser sometidas a deliberación y votación de la junta como lo reconoce el art. 121 LCon¹²⁰⁵.

En consecuencia, antes de que la administración concursal aproxime un juicio acerca de las propuestas de convenio deberá tener un previo conocimiento de la situación patrimonial del deudor, disponiendo tanto del inventario como la lista de acreedores, porque sin ello, sería una tarea difícil valorar acerca de la correspondencia entre la propuesta de convenio y el plan de pagos.

8.4.1 Estructura y contenido del escrito de evaluación

Mediante el escrito de evaluación de propuesta de convenio, la administración concursal le corresponde establecer aquella idoneidad de la propuesta de convenio presentada desde una

¹²⁰⁴ Cuando el requisito temporal no logre cumplirse, el escrito de evaluación de las propuestas se entregará unos días o incluso unas semanas después de la fecha de presentación del informe. Ante tales supuestos la administración concursal deberá ajustarse al plazo establecido en el art. 115 LCon. Desde el día en que le sea presentado al Juez el escrito de evaluación de las propuestas de convenio, éste debe ponerse de manifiesto en la Secretaría del Juzgado al concursado y aquellos legitimados para su consulta, *vid.* NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal, op. cit.*, p. 168.

¹²⁰⁵ Al respecto, *vid.* art. 121.4 de la LCon donde: “*En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes*”.

doble perspectiva: un plan de pagos y, en su caso el plan de viabilidad (*ex art. 107.2 LCon*). En ambos casos el órgano concursal deberá ceñirse al reconocimiento de los recursos que hayan sido puesto de manifiesto en el plan de pagos o en el plan de viabilidad, como recursos y bienes objeto de la continuación de la actividad empresarial del concursado.

El contenido del escrito de evaluación deberá atenderse, como bien hemos mencionado, en función a parámetros establecidos en los arts. 107 y 115 de la LCon, tanto si se trata de una propuesta de convenio anticipado como ordinario¹²⁰⁶. La diferencia principal y relevante es el resultado de que este convenio sea desfavorable o que contuviere reservas, situaciones que a priori servirían como referente, tanto para los acreedores como para el deudor y el Juez del concurso. No cabría la duda que manteniendo una posición desfavorable induciría a buena parte de los acreedores a votar en contra de la propuesta, o en su caso no se adherían a ella¹²⁰⁷.

Si el resultado es una pluralidad de propuestas de convenio, la administración concursal deberá evaluar de manera individual cada una de ellas, debiendo presentar las mismas junto al informe de la administración concursal, pudiendo mantenerse en un único documento. En todo caso debemos tomar en cuenta que la presentación conjunta de las propuestas de convenio nunca deberá ir en detrimento de la validez y aunque estas presenten un contenido diverso, la evaluación de la administración concursal no debería contener diferencias sustanciales.

¹²⁰⁶ *Vid.* ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, 2007, p. 241.

¹²⁰⁷ *Vid.* SJM nº 1 de Málaga de 10 de noviembre de 2008, donde señala: “(...) se viene a acreditar que la propuesta sobre viabilidad patrimonial es estrictamente necesaria para la memoria y para las formalidades del concurso y que la ley señale propuesta significa que ésta deberá realizarse por el concursado y que debería analizarse la viabilidad patrimonial, o en su caso, de no existir, solicitar la liquidación y plantear plan de liquidación. De otra forma se obviaría lo previsto legalmente en cuanto a convenio o liquidación como soluciones normales al concurso”.

9. EL PLAN DE LIQUIDACIÓN

9.1 Introducción

Durante la apertura de la fase de liquidación, la administración y gestión del patrimonio, además de la planificación de la liquidación deberá ser asumida por la administración concursal¹²⁰⁸. Esto es así, desde la aplicación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre donde se da una nueva redacción al artículo 142 de la Ley Concursal, acerca de la apertura de la liquidación, en el sentido de que esta la podrá solicitar el deudor, los acreedores o la propia administración concursal¹²⁰⁹. Con ello, se logra abrir una legitimación activa en la que, partiendo del deudor¹²¹⁰, este podrá hacerlo en cualquier momento del concurso, con lo que se elimina aquella práctica acerca de la distinción entre la liquidación ordinaria y la liquidación anticipada, y la referencia hacia los supuestos de no mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio¹²¹¹, así como los casos en que fueran los acreedores los

¹²⁰⁸ Vid. AJM nº 2 de Madrid de 23 de Mayo de 2005 [AC 2005/907], también, AJM nº 1 de Cantabria de 10 de diciembre de 2007 [JUR 2008/38594].

¹²⁰⁹ Por su parte, el artículo 145 de la LCon viene a determinar los diversos efectos sobre el deudor que se deriva de la fase de liquidación, donde cabe hacer mención que este, se encontrará suspendido durante toda la fase de liquidación de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, remitiéndose a la sede de los efectos sobre la persona del deudor. En este sentido, si el deudor resultare persona jurídica, la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación deberá contener, a su vez, la declaración de disolución si no estuviera acordada, el cese de los administradores o liquidadores en aplicación del art. 145.3 LCon. En caso de que el deudor fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el art. 25.3 LCon -el juez, podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho- y descendientes bajo su potestad.

Cabe recalcar también, que si el deudor resulta ser persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.

¹²¹⁰ El deudor mantendrá la facultad de referirse a propuestas de liquidación en su solicitud de concurso, entendiendo en sentido amplio el contenido del art. 6.1.2º referente a las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial de la memoria que debe acompañar a la solicitud del concurso. Vid. CASANELLAS, R., “Plan de Liquidación” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 2228.

¹²¹¹ Vid. BELTRÁN, E., “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004, pp. 229 y ss., también BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “La apertura de la fase de liquidación” en QUINTANA CARLO, I.,

que presentaren una propuesta de convenio¹²¹² según la aplicación del art. 113.1 LCon. Una vez realizada la solicitud, el Juez del concurso, dentro de los diez días siguientes, dictará Auto abriendo la fase de liquidación. Sin embargo, el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará Auto abriendo la fase de liquidación¹²¹³.

En este orden de cosas, la Ley Concursal en el art. 148 LCon establece como instrumento un escrito, mediante el cual se logrará planear la reasignación de recursos del concursado con vistas a la realización forzosa de sus bienes y derechos¹²¹⁴, es lo que algunos autores vienen a denominar como la ordenación sistemática y económicamente racional de realización forzosa de los bienes del deudor concursado para que con sus resultados pueda satisfacer los intereses de los acreedores de deudor común¹²¹⁵.

BONET NAVARRO, A., GARCÍA-CRUCES, J., *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 509 y ss.

¹²¹² *Vid.* TAPIA LÓPEZ, J., “Apertura de la fase de liquidación” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 589.

¹²¹³ Tras la reforma con la Ley 38/2011 se otorga una nueva redacción al apartado 2 y apartado 3 del artículo 145 subrayando que: “*La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley.*”

Cuando en virtud de la eficacia del convenio, y conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 133, los administradores concursales hubieren cesado, el juez, acordado que haya sido la apertura de la liquidación, los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros.

2. Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.

3. Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”.

¹²¹⁴ CASANELLAS, R. “Plan de Liquidación”, *op. cit.*, p. 2228.

¹²¹⁵ BLASCO GASCÓ, F., “De las operaciones de liquidación” en SAGRERA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II., Madrid, Bosch, 2004, p. 1545.

Además de buscar a través del plan de liquidación una vía de recuperación del crédito, debemos entender que la propia norma ha de prescribir el principio de conservación de la empresa, incluso, como bien señala el art. 149.1.3º LCon, se establecerá preferencia para los ofertantes que garanticen dicho principio y mantenimiento de los puestos de trabajo.

En cuanto a la realización de los bienes, la propia Ley Concursal ha buscado no solamente un procedimiento como la subasta (art. 149.1.1º LCon) sino también a través de venta por persona o entidad especializada, y que será de gran ayuda cuando nos encontremos frente a un procedimiento de enajenación de complejidad relevante¹²¹⁶.

Dentro la realización de bienes incluidos en el plan de liquidación, serán de aplicación aquellos que hayan sido valorados previamente por la administración concursal en su informe, así como en los textos definitivos, debiendo tomar en consideración cualquier modificación que los bienes hayan sufrido incluso como unidades físicas.

9.2 Alcance e interpretación del plan de liquidación

Resulta relevante que, cuando abrimos la fase de liquidación se logra determinar la preclusión de aquellos acreedores que solicitan la ejecución separada de sus créditos. En este sentido, la jurisprudencia se ha manifestado, poniendo de relieve, que el acreedor podrá hacer prevalecer su derecho de ejecución separada de la masa si resulta previo a la apertura de la fase de liquidación, con lo que se le reconocería el derecho a cobrar su crédito al margen del concurso¹²¹⁷. Sin embargo resoluciones como SAP de Pontevedra de 24 de abril 2008 [JUR 2008/331923] niegan la posibilidad de ejecutar los créditos de forma separada si no hubiesen impugnado el procedimiento de ejecución colectivo incluido el plan de

¹²¹⁶ Acerca de la disolución de la persona jurídica, *cfr.* BELTRÁN, E., “Liquidación Concursal”, *op. cit.*, p. 1978, apunta que: “La apertura de la fase de liquidación del concurso determina de modo automático la disolución de la persona jurídica, de modo que la correspondiente resolución judicial contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada. El sistema legal obliga, a distinguir si en el momento de apertura de la fase de liquidación la persona jurídica se encontraba o no disuelta. (...) La Ley Concursal utiliza la expresión “acordada” para referirse a la disolución, pero es evidente que la norma se aplicará no sólo cuando se hubiese producido por acuerdo de la junta o asamblea general o por decisión judicial, sino también hubiese tenido lugar de pleno derecho”.

¹²¹⁷ Sobre este asunto, *cfr.* CASANELLAS, R., “Plan de liquidación”, *op. cit.*, p. 2234, quien cita la SAP de Barcelona de, 10 de marzo de 2008 [JUR 2008/207570].

liquidación, esta posición se debe principalmente a la interpretación del art. 148.2 LCon que establece que durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación.

9.2.1 La enajenación unitaria de la empresa o de unidades productivas

La Ley Concursal reconoce que en el plan de liquidación, deberá analizarse la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos. Por ello, el art. 148.1 LCon exige que el plan ha de contemplar esta alternativa siempre que resulte factible¹²¹⁸. Aunque debemos de reconocer más allá de la buena intención de la normativa concursal, nos encontramos con que no se proporcionan los criterios suficientes para el análisis acerca de la factibilidad de venta unitaria¹²¹⁹, en consecuencia, se otorga aquella libertad a la administración para lograr la flexibilización en las operaciones de liquidación, teniendo en cuenta claro está que la administración concursal no tendrá la libre potestad de establecer la alternativa de realización, debiendo incluir en su plan, un análisis y evaluación de las alternativas y estrategias, además de la justificación de la alternativa a elegir¹²²⁰.

En cuanto la venta unitaria de la empresa esta vendrá determinada por la circunstancia de que el precio que pueda obtenerse con la venta del conjunto sea superior por el mayor valor

¹²¹⁸ Vid. SAP de Madrid de 29 de junio de 2006 [AC 2006/1885] considera que si la administración concursal no se pronuncia en el plan sobre si es factible la venta del conjunto de la empresa, ello no constituye un defecto invalidante del plan dado que en ese caso será de aplicación la regla supletoria del art. 149.1.1º LCon.

¹²¹⁹ Acerca de la venta de empresa o unidad productiva, vid. TAPIA LÓPEZ, J., “Apertura de la fase de liquidación”, *op. cit.*, p. 596, quien advierte que: “desde un punto de vista práctico, y por lo que se refiere a la inmovilizaciones inmateriales, deben realizarse las siguientes consideraciones: los derechos de propiedad industrial, intelectual (caso de patentes de invención, marcas o signos distintivos, modelos de utilidad, nombres comerciales, rótulos de establecimientos) deben venderse en principio en pública subasta, previa la oportuna tasación pericial. El fondo de comercio (clientela o red de comercio), puede ser objeto de venta directa, previa tasación pericial. Los derechos de traspaso pueden ser objeto de transacción previo informe, dada la posible concurrencia de intereses del arrendador y nuevo arrendatario. Los derechos sobre bienes objeto de arrendamiento financiero (leasing), pueden ser objeto de transacción por la arrendadora”.

¹²²⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M., “Reestructuración de empresas y operaciones sobre activos esenciales. (La aplicación práctica de la regla del art 160 f) LSC a la vista de la DGRN)” en *RDCP*, nº 24, pp. 237 a 252.

del conjunto que el que vaya a resultar de la venta de cada uno de sus elementos¹²²¹, lo que en cierta medida dependerá del tipo de negocio y activos del concursado¹²²².

En la práctica, y por lo que se refiere a la realización de las inmovilizaciones inmateriales de los bienes de la empresa, se deberá tener en cuenta las siguientes condiciones: aquellos derechos de propiedad industrial, intelectual en el caso de patentes de invención, marcas o signos distintivos, nombres comerciales, cuales deberán ser sujetos a venta en subasta pública, previa tasación pericial. En el caso de aquellos bienes objeto de arrendamiento financiero (leasing), pueden ser objeto de transacción por la arrendadora¹²²³.

9.2.1.1 Sucesión empresarial sin subrogación de créditos

El art. 149.4 de la LCon, viene a establecer que como consecuencia de la enajenación del conjunto de establecimientos, explotaciones o unidades productivas una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo¹²²⁴.

¹²²¹ GARCÍA RUÍZ, E., “Transmisiones de unidades productivas en concurso y créditos hipotecarios” en *RDCP*, nº 25, 2016, pp. 139 a 150.

¹²²² *Vid.* AJM nº 1 de Vizcaya de 30 de marzo de 2007 [AC 2007/729].

¹²²³ *Vid.* Se modifica el apartado 5 en el art 149 de la LCon: “En 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, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen”.

¹²²⁴ *Cfr.* CASANELLAS, R., “Plan de liquidación”, *op. cit.*, p. 2236 y 2237, pone de relieve la subrogación de tipo fiscal, con la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (*BOE* nº 302, de 18 de diciembre de

9.2.2 Enajenación de bienes y satisfacción de créditos con privilegio especial

Cuando una venta global de bienes incluye además bienes afectos a créditos con privilegio especial, el plan de liquidación deberá indicar, según CASANELLAS¹²²⁵ la distribución del importe obtenido por la enajenación unitaria, dando posibilidad a los acreedores, entre ellos a los privilegiados a formular observaciones y propuestas de modificación al plan. La jurisprudencia en este sentido viene a señalar que: “la venta de la unidad productiva puede incluir naturalmente bienes afectos al pago de créditos singularmente privilegiados, poniendo como ejemplo un inmueble gravado con una hipoteca o bienes dados en arrendamiento financiero, lo que no puede impedir la venta del conjunto, pero que añade una indudable dificultad que es la de asignar al pago de aquél crédito una cuota de precio obtenido por la venta”¹²²⁶.

9.3 El contenido del plan de liquidación

El contenido del plan de liquidación en la Ley Concursal resulta muy limitada, ello no significa que este deba ser tramitado como un simple formulario, sino que para que surta el valor que se pretende deberá contener el detalle suficiente donde queden reflejadas las actuaciones que se desarrollarán para llevar a cabo la liquidación.

A través del plan de liquidación el legislador ha pretendido organizar y estructurar la realización del patrimonio del deudor concursado con el fin de llevar adelante el pago a los acreedores, de ahí su importancia, como un medio que se servirá en la ejecución del patrimonio para precisamente proceder al pago. Así, el plan de liquidación viene a

2003) en su artículo 42.1 c) donde la responsabilidad en los supuestos del primer párrafo del artículo 42, no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal. Se cita la SAP de Barcelona de 29 de noviembre 2007 [JUR 2008, 127523] que excluye la subrogación del créditos de la Seguridad Social basándose en que la normativa específica para el concurso de acreedores es la Ley Concursal.

¹²²⁵ CASANELLAS, R., “Plan de liquidación”, *op. cit.*, p. 2236.

¹²²⁶ *Vid.* SAP de Lugo de 29 de abril de 2011 [AC 2011, 1318].

establecer el eje central de la fase de liquidación, siendo una vez aprobado judicialmente un condicionante para toda la fase¹²²⁷.

La verdadera gestión acerca del contenido del plan se encuentra supeditado a la administración concursal, quien, a diferencia de lo que sucedía en el convenio, viene a redactar y ejecutar el plan de liquidación, por eso, concordamos plenamente con BALLESTEROS¹²²⁸ cuando apunta de que la administración concursal a través del plan de liquidación, demostrará esa cualidad gestora del patrimonio ajeno haciendo realidad el fin del concurso, en contraposición de los informes que presenta a lo largo del proceso y que contiene un fundamento y conocimiento jurídico.

El contenido del plan de liquidación deberá ser lo suficientemente amplio, con relación a los derechos que compongan el activo del deudor así como la naturaleza de sus bienes, con la finalidad de perseguir los principios de eficiencia y eficacia. Esto será posible, no simplemente a través de la venta y subasta de bienes, sino que se deberá buscar vías en la realización de los activos. Así el art. 149 LCon, viene a responder a una serie de pautas de cómo proceder en la liquidación de determinados bienes con el fin de que estos no se infrutilicen o menoscaben lo menos posible; con ello tendremos que el conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o realización aislada. Esta enajenación podrá darse tanto por subasta como por enajenación directa o a través de persona o entidad especializada.

La flexibilización por parte del Juzgado de lo Mercantil, así como la colaboración e información del deudor (art. 42 LCon), son elementos que de alguna manera facilitarán la labor de la administración concursal en la ejecución del plan de liquidación, aunque para la

¹²²⁷ Vid. BALLESTEROS PALAZÓN, B., “El Plan de Liquidación: contenidos y efectos” en DÍAZ-GÁLVEZ, J., (Coord.) *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, FUNDIECO, Dykinson, 2012, p. 459.

¹²²⁸ BALLESTEROS PALAZÓN, B., “El Plan de Liquidación: contenido y efectos”, *op. cit.*, p. 459.

consecución de fin cual es la realización de los bienes y satisfacción de los acreedores se deba solicitar autorización judicial conforme al art. 188 LCon.

9.3.1 La delimitación de la masa activa y pasiva en el plan de liquidación

Con anterioridad a establecer el plan de liquidación de los bienes y derechos del deudor, la administración concursal deberá determinar cuáles son los activos sobre los que se propondrá la liquidación¹²²⁹, teniendo en cuenta que desde la fecha en que hayan podido ser emitidos los textos definitivos la masa activa haya podido sufrir modificaciones en torno a enajenaciones, deterioros, separación de bienes.

Será recomendable además la valoración de los bienes en los textos definitivos del informe de la administración concursal, debido al cambio o modificaciones de orden interno o externo acerca de los cambios en los precios del mercado.

En relación a la masa pasiva habrá que tener en consideración que estos pueden haberse modificado en los textos definitivos debido a los cambios en la lista de acreedores, debiendo quedar reflejado aquellos créditos contra la masa pendientes de pago y por supuesto los impagados.

9.3.2 La tramitación del plan de liquidación

Hemos mencionado que la Ley Concursal atribuye a la administración concursal la preparación del plan de liquidación¹²³⁰ (art. 148.1 LCon), el mismo que deberá ser aprobado por el juez del concurso previo trámite contradictorio en el que el deudor y los acreedores puedan formular observaciones¹²³¹.

¹²²⁹ *Vid.* MOYA BALLESTER, J., “Los deberes fiduciarios impuestos a la administración concursal” en *RDCP*, nº 24, 2016, pp. 183 a 203.

¹²³⁰ La legitimación que se confiere a la administración concursal para instar la apertura de la liquidación tendrá como mención aquellos supuestos de cese de actividad profesional o empresarial. En todo caso, el juez del concurso no podrá dictar inmediatamente Auto decretando la apertura de la liquidación, debiendo dar traslado de esta solicitud al deudor, por un plazo de tres días (art. 142.3º LCon); una vez transcurrido este plazo, haya o no realizado alegaciones el deudor, el Juez deberá resolver sobre dicha solicitud.

¹²³¹ TAPIA LÓPEZ, J., “Apertura de la fase de liquidación”, *op. cit.*, p. 589.

El plazo que la Ley otorga a la administración concursal es de quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación. Este período de tiempo podrá ser ampliado dependiendo de la complejidad del concurso, por solicitud de la administración concursal en un plazo de igual duración.

El plan de liquidación elaborado por la administración concursal será puesto de manifiesto en la secretaría del Juzgado, siendo el secretario quien acordará poner de manifiesto el plan en la Oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se enunciarán en la forma que estime conveniente.

El procedimiento de realización del plan de liquidación, podrá contemplar tanto la venta directa, la subasta, el encargo a persona especializada o convenio, incluso la Ley otorga cualquier otro procedimiento. A través de la propuesta de enajenación mediante subasta, debemos determinar qué tipo de consignación previa deben realizar los ofertantes, precio mínimo, el método previsto para licitar o pujar, así como para realizar el remate y la posibilidad, en su caso, de cederlo. Se incluye también, la publicidad previa a realizar, el método para el avalúo de los bienes¹²³². En todo caso, deberíamos especificar claramente las condiciones determinantes para valorar las ofertas, esto es: el precio ofrecido, condiciones de pago y garantías de pago aplazado, en su caso también, contratos de trabajo u otros subrogados; garantías de continuidad en el proceso productivo¹²³³.

Si la propuesta de enajenación se realizara a través de persona o entidad especializada, debemos especificar aquellos requisitos de solvencia técnica y económica, así como la eventual caución a depositar, gastos previstos como los de publicidad, el plazo de ejecución del encargo y su precio, así como la forma de realización del mismo.

El los quince días posteriores a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular

¹²³² Si bien la subasta ofrece dificultades para la enajenación unitaria, deberá tomarse como referencia e incluso como prioridad la preferencia por la continuidad de la empresa *Vid.* ZUBIRI DE SALINAS, M. “Las operaciones de liquidación (I): el plan de liquidación” en AA.VV., GARCÍA-CRUCES, J., (Coord.), *La liquidación concursal*, Madrid, Civitas, p. 178.

¹²³³ CASANELLAS, R., “Plan de Liquidación”, *op. cit.*, p. 2242.

observaciones o propuestas de modificación¹²³⁴. Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias¹²³⁵. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

El plan de liquidación se someterá al informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas.

En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 LCon, en relación a los contratos de trabajo (*ex art.* 184.4 LCon).

Debido a que se tendrá en cuenta el período de consultas, el plazo previsto en el art. 148 LCon deberá ser ampliado en función del número de empleados de la empresa de 15 a 30 días naturales. El Auto que el juez pronuncie podrá ser recurrible en vía laboral, sin efectos suspensivos y en el caso de haber planteado los trabajadores acciones a título individual, deben suscitar previamente incidente concursal¹²³⁶.

El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar la consignación en la cuenta del juzgado de hasta un 15 por ciento de lo que se obtenga en cada una de las enajenaciones de

¹²³⁴ Aquellos acreedores legitimados serán los acreedores concursales, lo que lleva a considerar que los acreedores contra la masa no gozan de estas observaciones ni propuestas de modificación.

¹²³⁵ Las observaciones o modificaciones que se presenten se referirán a la conveniencia de la venta en conjunto de la empresa, de parte de sus unidades productivas o de sus elementos individualmente considerados; la extinción o suspensión de los contratos o la modificación de las condiciones de trabajo; la forma en la que los activos van a ser realizados. *Vid.* ALONSO HERNÁNDEZ, A., “La realización de bienes y derechos en la liquidación concursal”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 21, 2008, p. 46.

¹²³⁶ *Vid.* ALONSO HERNÁNDEZ, A., “La realización de bienes...”, *op. cit.*, 46.

los bienes y derechos que integran la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma. Este montante, se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos (art. 148.6 LCon).

9.3.3 Aprobación judicial y propuestas de realización

Si se diera el caso en que no se presenten observaciones o modificaciones al plan de liquidación propuesto por la administración concursal, el juez, queda vinculado a lo previsto en él y deberá aprobarlo sin incluir ninguna modificación. Caso contrario, si alguna de las partes legitimadas presentase alguna observación o modificación, estas deberán ser atendidas por la administración concursal debiendo presentar un informe acerca de dichas observaciones o modificaciones en el plazo de diez días.

En atención al art. 148.2 LCon, la relación del juez con el plan de liquidación viene en cierto sentido limitado, esto es así porque, este deberá aprobar el plan en los términos propuestos por la administración concursal. En caso de que el plan sea observado, deberá el juez, introducir en él, las modificaciones necesarias y propuestas¹²³⁷ debiendo necesariamente ser argumentadas tanto en aspectos jurídicos como económicos que sirvan al juez para que consistan en un plan alternativo que sustituya al propuesto por la administración concursal.

Considerando que el juez no aprueba el plan propuesto por la administración concursal, este mismo podrá acordar que las operaciones de liquidación, se lleven a cabo conforme a las reglas supletorias previstas en el art. 149 LCon. Entrará a formar aquí aquella venta como

¹²³⁷ De conformidad con el art. 148.2 LCon, el juez podrá incluir en el plan de liquidación las modificaciones que estime pertinentes en función de las formuladas por alguna de las partes legitimadas.

un conjunto de los establecimientos así como unidades productivas, salvo que el juez estime conveniente la previa división o la realización aislada, mediante subasta y, en caso de quedar desierta, el juez podrá acordar la enajenación directa a través de persona o entidad especializada (*ex art. 149.1ª LCon*).

En el caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma, mediante subasta, se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la siguiente información según el art. 149.3 LCon:

a) *Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.*

b) *Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.*

c) *Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.*

d) *Incidencia de la oferta sobre los trabajadores.*

Si la transmisión se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido descrito en este apartado.

Finalmente, para evitar que existan o se presenten malos hábitos que pueden haberse adquirido con la práctica en fin de acelerar el proceso de liquidación, la Ley Concursal se encuentra obligada a rendir trimestralmente cuantas al juez sobre el estado de las operaciones de liquidación mediante el informe previsto en el art. 152 de la LCon, en él se verá inmerso un informe sobre el estado de las operaciones, donde detallará y cuantificará

los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos.

Este informe deberá quedar de manifiesto en la oficina judicial debiendo ser comunicado por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento. El incumplimiento de esta obligación podría determinar la responsabilidad de la administración concursal prevista en los arts. 36 y 37 de la LCon,

Así también debemos estar a lo previsto en el art. 153 LCon en cuanto a la separación de la administración concursal por la prolongación indebida de la liquidación, esto es: transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos. En este caso, el juez, previa audiencia con la administración concursal, acordará su separación si no existiera causa que justifique la dilación procediendo al nombramiento de quienes vayan a sustituirlo. Ello conlleva a la pérdida del derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en este concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación¹²³⁸.

En todo caso, ciñéndonos en la práctica, los juzgados vienen otorgando un plazo mayor a la administración concursal para llevar a cabo la liquidación a través de dos vías: La primera, sin llevar a cabo la separación de la administración concursal una vez transcurrido el año previsto para ejecutar el plan de liquidación, debido a que existe causa justificada para el retraso. Por otro lado, podría suspenderse el plazo para la presentación del plan de liquidación hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales que afecten al activo de la concursada.

¹²³⁸ Vid. HUALDE LÓPEZ, I., “El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa” *RDCP*, nº 8, agosto, 2008, pp. 475 a 489; VELASCO SAN PEDRO, L., “El plan de liquidación y las reglas legales supletorias de liquidación en el concurso”, en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 5, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 4877 a 4892.

10. VALORACIÓN DE LA EMPRESA EN SU CONJUNTO Y DE LAS UNIDADES PRODUCTIVAS QUE LA INTEGRAN BAJO LA HIPÓTESIS DE CONTINUIDAD DE LAS OPERACIONES Y LIQUIDACIÓN

Mediante el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal*, se introduce el numeral 5º en el apartado 2 del artículo 75 de la Ley Concursal, en la que se deberá adjuntar al informe de la administración concursal, además de los documentos como el inventario, lista de acreedores, escrito de evaluación de la propuesta de convenio y el plan de liquidación, un documento acerca de la *“valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación”*.

Sin duda, esta incorporación, viene a reconocer lo que el legislador ha pretendido con la reforma concursal y que en el preámbulo de exposición de motivos (*apartado IV*) se reconoce: *“el objetivo de la reforma es el de garantizar la continuidad de la actividad empresarial, para los concursos en fase de liquidación, facilitando fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas”*.

Esto viene a suponer que, desde el momento inicial, se logre tener en cuenta la venta de la unidad productiva como una de las potenciales soluciones al concurso de acreedores, a través de una concreta valoración económica, que llevaría sin duda a aumentar las posibilidades de éxito. Aunque no debemos perder de vista que, el régimen de adquisición de unidades productivas de empresas en concurso, se encuentran determinadas en virtud del art. 149 LCon en lo que respecta a la reglas legales de liquidación, y que se aplica, a los procedimientos concursales en tramitación en los que aún no se haya emitido el informe de la administración concursal.

En efecto, este art. 149.4 LCon incluye una mención acerca de la Seguridad Social como elemento inviable a la hora de la compraventa de unidades productivas del concurso, cuando: *“Como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se*

considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”. Con ello, se plantea que mediante la previsión de sucesión de empresa a efectos de deudas de Seguridad Social un comprador se logre plantear si resultará positivo o nó, la adquisición de la unidad productiva de una empresa en concurso¹²³⁹.

Resulta claro que lo que se exige a la administración concursal es la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integren siempre que sea factible la continuidad de las operaciones. Para este fin nos encontramos ante un vacío, puesto que la Ley Concursal no determina cómo se deberá proceder para ser efectiva la valoración de la empresa, creemos entonces que debemos tomar en cuenta para su interpretación lo establecido en el Título V, Capítulo II de la LCon en lo relativo a la fase de liquidación y de forma casi obligada con aquellos relativos a los arts. 90.3 LCon acerca de los créditos con privilegio especial; art. 94 LCon, en relación a la estructura y contenido de la lista de acreedores; el art. 43.3 LCon acerca de la conservación y administración de la masa activa y el art. 146 *bis* en relación a las especialidades de la transmisión de unidades productivas.

10.1 La valoración de la empresa

En términos generales la valoración de una empresa se concibe como la expresión monetaria de los elementos que componen el patrimonio de la misma, de su actividad, su potencialidad o de cualquier otra característica, tangible o intangible que le haga

¹²³⁹ Sobre este punto, *vid.* CARLES DELGADO, J. y GALÁN, C., “Adquisición de unidades productivas en concurso de acreedores y deudas de Seguridad Social”, en *LegalToday*, [en línea], , disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/adquisicion-de-unidades-productivas-en-concurso-de-creedores-y-deudas-de-seguridad-social>. (visto por última vez el 15 noviembre de 2016).

destacable¹²⁴⁰. Con estos elementos, cabe preguntarnos ¿para qué sirve precisamente una valoración de la empresa? Pues bien, no hay que olvidar que una empresa posee un valor distinto, tanto para diferentes compradores como para el propio concursado, que bien podría ser el propio vendedor, por ello, el valor no deberá confundirse con el precio, que es la cantidad con la que el vendedor y comprador acuerdan realizar la operación de compraventa de la empresa, por tanto, se podrá tener un distinto valor para diferentes compradores, en función a las distintas percepciones sobre el futuro sector, o a su vez distintas estrategias y economías de escala¹²⁴¹.

Para la *Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, el valor no es otra cosa que el grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer necesidades. En este sentido, el valor de una empresa es el grado de utilidad que ésta proporciona a sus usuarios o propietarios.

Siguiendo el estudio realizado por SANTANDREU y PRUÑONOSA¹²⁴² debemos enfocar la valoración de la empresa en función a tres variables metodológicas genéricas: contables, múltiplos y descuento de flujos.

Los primeros, basados en el balance, parten de la formación de las cuentas anuales de la empresa. Este balance y cuenta de resultados, contempla los hechos contables que hayan sucedido, sin que se considere la posible creación o destrucción del valor que se pueda generar en el futuro, por tanto, son modelos que lo que traen consigo es la parte tangible de

¹²⁴⁰ Vid. SANTANDREU, P. y TORRES PRUÑONOSA, J., “Selección del método de valoración de empresas en función de la empresa y el ciclo económico: El modelo QQC”, en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 15, 2012, pp. 115 a 132.

¹²⁴¹ Esta diferencia del valor se podría explicar mediante una empresa extranjera, que posee tecnología avanzada y que desea comprar una empresa nacional, ya conocida, y que para entrar a formar parte del mercado aprovecha el renombre en la marca local. En este supuesto, el comprador extranjero tan sólo valorará la marca, y no así las instalaciones o maquinaria utilizada debido a que el mismo dispone de unos activos mucho más avanzados. Por el contrario, un vendedor valorará muy bien sus recursos materiales, debido a que estos se encuentran en una situación de continua producción. De modo que en ambos casos se produce una negociación, en la cual finalmente se acuerda un precio. Vid. FERNÁNDEZ, P., “Métodos de valoración de empresas” en *Documentos de investigación*, IESE Business School, Universidad de Navarra, DI-771, [en línea], disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/di-0771.pdf> (visto por última vez el 17 de septiembre de 2016).

¹²⁴² SANTANDREU, P. y TORRES PRUÑONOSA, J., “Selección del método...”, *op. cit.*, p. 117.

una organización, en otras palabras tratan de determinar el valor de la empresa a través de la estimación del valor de su patrimonio a través de su balance o activos.

En este sentido, tendremos: *i) el valor contable de las acciones* denominadas también valor en libros, patrimonio neto o fondos propios de la empresa, es el valor de los recursos propios que figuran en el balance¹²⁴³. *ii) el valor contable ajustado o valor del activo neto real*, método por el cual se trata de salvar el inconveniente que supone la aplicación de criterios exclusivamente contables en la valoración, esto es, cuando los valores de los activos y pasivos se ajustan a su valor de mercado, se obtiene el patrimonio neto ajustado. *iii) valor de liquidación* resultante de un valor de una empresa en el caso de que se proceda a su liquidación, es decir, que se vendan sus activos y se cancelen sus deudas. Este valor se calcula deduciendo del patrimonio neto ajustado los gastos de liquidación del negocio y que abarcan las indemnizaciones a empleados o gastos fiscales. *iv) Valor sustancial*, que representa la inversión que deberá efectuarse para constituir una empresa en idénticas condiciones a la que se está valorando, otra definición es aquella acerca del valor de reposición de los activos, bajo el supuesto de continuidad de la empresa, por oposición al valor de liquidación. *v) Valor contable y valor de mercado*, que corresponde a todos los valores basados en la contabilidad, se pueden ajustar a valor de mercado o teniendo en cuenta posibles contingencias, como pueden ser la consideración de facturas incobrables de clientes o deterioros de valor de los activos en función del precio de mercado¹²⁴⁴.

Los métodos basados en la cuenta de resultados, como una otra manera de valorar la empresa, consistirán en multiplicar algún parámetro de la compañía, como puede ser el beneficio, las ventas o el número de clientes, por un determinado valor. Para este tipo de métodos será necesario utilizar múltiplos, uno de los más utilizados es aquel acerca del Valor de cotización de la empresa o de beneficio (*PER*) y que se calculará en función al valor del mercado de la empresa, además de este tipo de valor, existen otros muchos múltiplos utilizados para la valoración de la empresa, como pueden ser las propias ventas,

¹²⁴³ Vid. FERNÁNDEZ, P., “Métodos de valoración de empresas”, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁴⁴ SANTANDREU, P. y TORRES, J., “Selección del método de valoración...”, *op. cit.*, p. 118.

número de clientes o cash flow. Este tipo de criterios basados en múltiples lo que pretenden es considerar el valor que la empresa puede crear en el futuro, por tanto, estos modelos son considerados como parte tangible y la intangible de la empresa, que de manera muy sencilla pretende valorar los acontecimientos futuros que se esperan.

Algunos autores como ZUBIZARRETA¹²⁴⁵ señalan que para valorar la empresa en su conjunto así como de las unidades productivas, bajo la hipótesis de continuidad de operaciones y liquidación se debe valorar siguiendo el método de descuento de Flujos de Caja Libres. Tales flujos se establecen para cada componente organizativo, es decir, para la empresa en su conjunto y cada una de las unidades productivas como los ajustes de plantilla, adecuación de los medios productivos, así como el estudio sobre reducción de costes.

10.2 Unidades productivas en el procedimiento concursal

Las progresivas modificaciones en la Ley Concursal han sido orientadas a reducir el volumen de cierres de empresas, por ello, la tendencia apunta hacia una revitalización en la venta de unidades productivas¹²⁴⁶, -esto es capital humano y líneas de producción-. De este modo, lo que se consigue es minimizar en la práctica la destrucción del tejido productivo y otorgar una segunda oportunidad a las sociedades que atraviesan problemas de insolvencia¹²⁴⁷.

¹²⁴⁵ ZUBIZARRETA URCELAY, V., “Comentarios aclaratorios sobre el número 5º, del apartado 2 del artículo 75 Ley Concursal”, [en línea], disponible en: <http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/comentarios-aclaratorios.pdf>, (visto por última vez el 14 de noviembre de 2016).

¹²⁴⁶ ÁLVAREZ, F., “La venta de unidades productivas gana terreno a la liquidación en los concursos”, *Diario el Mundo*, [en línea], disponible en: <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/03/14/56e66e2ee2704ec5128b4669.html>, (visto por última vez el 18 de noviembre de 2016).

¹²⁴⁷ La venta de la unidad productiva de las sociedades en concurso ha devenido en la actualidad en un fenómeno habitual en los Juzgados de lo Mercantil, en especial de los de Cataluña que cuentan con el apoyo expreso de la Dirección General d' Industria de la Generalitat de Cataluña. Esta solución concursal permite continuar con la actividad empresarial, asegura el mantenimiento de los puestos de trabajo y evita la destrucción del tejido empresarial. Desde la perspectiva del comprador, este puede delimitar el objeto de adquisición sin los pasivos ni las contingencias ocultas que pudiera haber en la sociedad transmitente. *Vid.* IRIGOYEN FUJIWARA, D., “Compraventa de una Unidad Productiva en un procedimiento concursal de liquidación”, [en línea], disponible en: [http://www.gomezacebo-](http://www.gomezacebo-529)

En este sentido, una de las novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal* ha sido la introducción del art. 146 *bis* que contempla por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico el conjunto de especialidades normativas aplicable a la enajenación de la unidad productiva en el procedimiento concursal, que como bien señalamos, lo hace con el firme propósito de incentivar por esta vía la realización de este tipo de operaciones, tan escasas hasta el momento, dejando una laguna respecto a la interpretación.

A pesar de la inserción dentro de la fase de liquidación, el ámbito de aplicación del art. 146 *bis* se produce cada vez que se produzca la transmisión de unidades productivas en el concurso, con independencia de la fase procedimental en que éste se halle, ya sea fase común, de convenio o de liquidación. Prueba de ello es la remisión realizada con este artículo, y a fin de regular también los distintos aspectos de esta transmisión, en el art. 43.3 LCon, relativo a la conservación y administración de la masa activa.

Sin duda, el aspecto más destacado del régimen jurídico previsto en el art. 146 *bis* LCon reside en una declaración de subrogación del adquirente de la unidad productiva en los contratos, y en su caso licencias o autorizaciones administrativas, de que fuera titular el cedente. Así. *“En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”*.

Coincidimos plenamente con RUBIO¹²⁴⁸ cuando señala que el precepto no queda del todo claro en referencia a la *Transmisión de unidades productivas*, puesto que en todo caso

ponbo.com/media/k2/attachments/compraventa-de-una-unidad-productiva-en-un-procedimiento-concursal-de-liquidacion.pdf, (visto por última vez el 13 de noviembre de 2016).

¹²⁴⁸ RUBIO VICENTE, P., “Reestructuración empresarial y enajenación de unidades productivas” en *RDCP*, nº 22, 2015, p. 152.

estaríamos haciendo mención a todos los supuestos que se recogen en el art. 100, 148 y 149 LCon (plan de liquidación). Es decir, siempre que nos encontremos ante la transmisión de un conjunto organizado de bienes y derechos dotados de autonomía y funcionalidad para el ejercicio de una actividad económica profesional o empresarial o de partes del mismo dotadas de idénticas características. Por el contrario, el mismo precepto, se limita a introducir de forma muy escueta la expresión *unidad productiva*, sin que se logre definir ni concretar en ningún momento su contenido, de ahí que su determinación sólo se alcance de forma indirecta mediante el reenvío, en dirección contraria a la ahora postulada en la norma, a aquellos preceptos que sólo en parte se remiten a él. Por tanto, “*cuando se produzca la transmisión unitaria del conjunto de estos objetos o sólo la de alguno de ellos, o incluso únicamente una parte de los mismos, siempre que constituyan una entidad dotada de autonomía y funcionalidad, resultará de aplicación la regulación del art. 146 bis LCon*”¹²⁴⁹.

En cuanto a los derechos y obligaciones derivados de los contratos que resulten afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial se cederán al adquirente, través de esta medida se pretende que los contratos que sean necesarios para posibilitar esa continuidad se cedan automáticamente, sin necesidad del consentimiento del contratante cedido, a fin de no poner en peligro la viabilidad de la unidad productiva y su continuidad en manos del adquirente tras llevarse a cabo la transmisión.

En definitiva, la administración concursal y el juez del concurso evaluarán estas ofertas, previa reunión con los trabajadores, donde se deberá determinar la solvencia económica de los inversores, así como el mantenimiento del empleo o si se inyectará o no capital. Para hacer más atractiva esta posible venta de unidad productiva, el legislador ha tratado de eliminar cargas como por ejemplo, aquellos contratos privados necesarios para la actividad de la empresa el cual se subroga de forma automática (suministro eléctrico o telefónico).

Esta venta de unidad productiva prevalecerá cuando se aprecie que resulta más conveniente para los intereses del concurso el valor de la empresa como organización productiva que la previa división y realización aislada de sus componentes (*ex arts. 148 y 149 LCon*). Podrá

¹²⁴⁹ RUBIO VICENTE, P., *Ibidem*, p. 153.

también abrirse un procedimiento especial abreviado de liquidación cuando con la solicitud de concurso el deudor presente un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo (ex art. 191 ter en relación con el art. 190.3 LCon).

11. EXPOSICIÓN MOTIVADA ACERCA DE LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL DEUDOR

La importancia que la norma brinda a esta exposición, radica principalmente en dar cuenta al Juez del concurso de los medios y conocimientos económicos de la empresa en concurso para una toma de decisiones.

Por ello, el informe de la administración concursal deberá contener en su apartado final: *“una exposición motivada acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso”* según reza el art. 75.3 LCon. El reconocimiento a esta exposición final resulta bastante elocuente, toda vez que de esta partirá la base acerca del posible informe de calificación del concurso que prevé el art. 169 de la LCon¹²⁵⁰. Para los casos en que tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años o en todos los casos de apertura de la fase de liquidación, según lo expone PASTOR¹²⁵¹ quien agrega que de hecho, *“en el art. 164 de la LCon referido a las presunciones de dolo o culpa grave, se hace mención a aspectos que han debido estimar en el informe del art. 74 de la administración concursal”*.

Por otro lado, además de interpretar el futuro carácter de calificación del concurso, pretende informar a los destinatarios acerca de la información contable que se contiene, es decir,

¹²⁵⁰ El art. 169 de la LCon reconoce a la administración concursal la obligación de presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución.

¹²⁵¹ PASTOR VEGA, D., *Informes de la administración concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 40.

estamos ante un documento que completa y explica ese conjunto de documentos que integran el informe de la administración concursal.

De alguna manera el juez al valorar toda esta documentación, dará cuenta de si concurren los presupuestos legales bien para una solución pactada o convenida, así los acreedores podrán valorar la solución más adecuada a sus intereses. Para este fin, será necesario contar con toda la documentación objetiva y valorada por la administración concursal y que contenga un plan económico debidamente detallado donde se indiquen las distintas alternativas que queden abiertas, para una posible reestructuración de la empresa.

Con independencia acerca de que se trate de una responsabilidad sanción o en su caso una responsabilidad indemnizatoria, debido a la determinación de los efectos de responsabilidad (*ex art. 5.1 LCon*), la administración concursal tiene la obligación de orientar mediante esta exposición ese informe de calificación que hemos mencionado anteriormente.

12. PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME

La presentación del informe de la administración concursal deberá realizarse en el plazo de dos meses (*ex art. 74.1 LCon*), o en su defecto, siendo un procedimiento abreviado, la presentación deberá realizarse en el plazo de un mes (*ex art. 191.2 LCon*).

La mención en cuanto al período de inicio para su presentación, se circunscribe a la aceptación de “dos de los miembros de la administración concursal” y que obviamente debemos entender modificado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre cuando en el art. 27 de la LCon la administración concursal estará integrada por un único miembro. La duda podría plantearse cuando el concurso resulte ser de gran tamaño, donde el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso (*ex art. 27.5 LCon*). Creemos que, a efectos de cómputo, bastará con la aceptación de la administración concursal sea persona física o jurídica, inscrita en la sección cuarta del Registro Público Concursal, y en todo caso, si resulta un concurso de gran tamaño, debemos estar a expensas de ambas aceptaciones.

La misma Ley Concursal otorga una posible vía de ampliación del plazo, como así lo indica el art. 74.2 y 3 LCon cuando en caso de que concurran circunstancias excepcionales¹²⁵², a solicitud de la administración concursal presentada antes de que expire el plazo legal, por tiempo no superior a dos meses más.

No obstante, el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no podrá solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional.

Si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo, encontrándonos nuevamente esa tesitura de incongruencias habida cuenta de que el plazo que establece la Ley para la comunicación de los créditos es presumiblemente más breve, sólo un mes desde la publicación del auto de declaración del concurso en el *BOE* (*ex art. 21.1.5º LCon*). Pero la práctica ha constatado que estas publicaciones se demoran incluso meses, siendo que este perjuicio recae directamente sobre los acreedores, esto es en relación a la comunicación de los créditos, cuando estos se presentan con posterioridad a la elaboración del informe, quedando los créditos como subordinados, al haberse comunicado tardíamente (*ex art. 92.1 LCon*).

Cuando el número de acreedores sea superior a dos mil, los administradores concursales podrán solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más. Esta última concesión de prórroga de plazo de presentación del informe no resultará como una atribución potestativa del juez, esto es así debido al número elevado de acreedores mediante el cual el legislador plantea la posibilidad de una ampliación objetiva, debiendo claro, ser solicitado por la administración concursal.

¹²⁵² La terminología empleada por el legislador acerca de las “circunstancias excepcionales” resulta muy ambigua, donde parece claro que una de las circunstancias a las que puede acogerse la administración concursal para solicitar la prolongación del plazo reside en haber tenido que realizar las cuentas anuales del ejercicio anterior a la declaración del concurso, ante la omisión del deudor concursado o bien el hecho de haber tenido que averiguar los datos que no constaban en la contabilidad, *Vid. MARIMÓN DURÁ, R.*, “Informe de la administración concursal”, *op. cit.*, p. 1772, también: *MORÁN CRUZ, L.*, “De la presentación del informe del administrador concursal” en *AA.VV.*, *SALA, L., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J.*, (Coords.), *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2ª ed., 2004, pp. 381 a 393.

13. LA PUBLICIDAD DEL INFORME

13.1 El deber general de publicidad

La presentación del informe así como la documentación complementaria deberá ser objeto de publicidad de la forma en que establece el art. 95 de la LCon, la cual, mediante la Ley 9/2015 ha sido modificada en los apartados 1 y 2 por el artículo único 6, en cuanto se refiere a la utilización de los medios electrónicos¹²⁵³ que dispondrá la administración concursal para dicho fin.

En la redacción original con la Ley 22/2003, este precepto imponía una comunicación personal acerca de la presentación del informe y tan sólo a determinados interesados, en la que se señalaba un plazo de diez días para formular reclamación¹²⁵⁴. Con la Ley 38/2011, se dota de un nuevo contenido, imponiendo un deber previo de comunicación de la presentación del informe a los acreedores, con el fin de que estos puedan solicitar la rectificación y complementación de sus créditos¹²⁵⁵ (*ex art. 96 LCon*).

La nueva regulación establecida en el art. 95 LCon con las reformas citadas ha sido sin duda el establecimiento de un nuevo régimen de publicidad, no olvidemos que esta modificación en cuanto a la publicidad se da inicio a través de la creación del Registro

¹²⁵³ Al respecto de la comunicación electrónica, *cfr.* PAÑEDA USUNÁRIZ, F., “Publicidad e Impugnación del informe”, en MARTÍN MOLINA, P., GONZÁLEZ BILBAO, E., CARRE DÍEZ-GÁLVEZ, J., *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 315 quien afirma: “*La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, introduce un nuevo apartado 1 en el art. 95 que viene a recoger un procedimiento extrajudicial entre la administración concursal y los acreedores, que se iniciará con una “comunicación electrónica estos en la que les informará del “proyecto de inventario y de la lista de acreedores”. Esta comunicación electrónica la deberán efectuar con una antelación mínima de diez días antes a la presentación del informe. A continuación, el precepto añade que, también por medios electrónicos, los acreedores podrán solicitar a la Administración concursal que “rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados”, lo que deberán efectuar en el plazo de los tres días anteriores a la presentación del informe en el Juzgado. Esta medida debe ser aplaudida puesto que permitirá evitar el planteamiento de numerosos incidentes concursales que forzosamente se veían los acreedores obligados a interponer, con el único objeto de modificar error materiales u omisiones que presentaba la lista inicial”*.”

¹²⁵⁴ *Vid.* GÓMEZ MARTÍN, F., “Estructura del informe” en AA.VV. PRENDES CARRIL, P., (Coord.), *Tratado práctico concursal*, T. III., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2009, pp. 29 al 127.

¹²⁵⁵ Ciertamente, para un buen número de acreedores esta publicidad del informe viene dirigida a un acceso hacia la documentación y lectura, y donde prestarán un debido interés al inventario y la lista de acreedores.

Público Concursal, cuyo objeto es el de poder brindar una publicidad y difusión de carácter público a través de un portal en Internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, de todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo.

Con todo, y en aplicación del propio artículo 95.1 LCon, la administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez, dirigirá comunicación electrónica al deudor y a los acreedores que hubiesen comunicado sus créditos y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma.

La misma comunicación se publicará en el Registro Público Concursal, donde los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. La administración concursal dirigirá igualmente por medios electrónicos una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, la cual será también publicada en el Registro Público Concursal.

Llama la atención, que, precisamente en este primer precepto del artículo 95 LCon se haga una mención acerca de una notificación de manera electrónica al deudor y acreedores que “hubiesen comunicado sus créditos” y de aquellos que conste su dirección electrónica. En contraposición, el siguiente epígrafe, número dos del art. 95 LCon viene a señalar: *La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Además, la administración concursal comunicará telemáticamente el informe a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.* En este sentido el numeral dos, referida a la presentación definitiva del informe, se efectuará en función de todos aquellos acreedores que se hubieran apersonado y en el domicilio señalado a efectos de comunicaciones.

Creemos que la razón lógica por la que el legislador opta por esta distinción, es sin duda, la celeridad con la que se pretende realizar la ejecución en la comunicación de los créditos,

con ello, se evitaría un retraso significativo que podría darse por la utilización de otros medios de comunicación y que a su vez, traería consigo, que la falta de una dirección electrónica del acreedor se vería en riesgo el que se puedan subsanar los errores, aunque bien podrían interponer impugnación de la lista de acreedores conforme el art. 96 LCon.

Junto a estas comunicaciones, el apartado tercero del artículo 95 LCon viene a otorgar al juez la potestad de acordar de oficio o a instancia del interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados. Por lo general este tipo de comunicaciones irán dirigidas a un número masivo de acreedores, en la que el juez, considere como insuficientes estos medios, aun electrónicos.

La publicidad complementaria podrá darse mediante medios oficiales o privados, esto viene referido a aquella inserción adicional en medios como los diarios oficiales autonómicos o provinciales, mediante otras publicaciones periódicas privadas de difusión nacional, provincial o local, o a través de medios telemáticos.

13.2 El incumplimiento en la presentación del informe

El incumplimiento acerca de la obligación de la presentación del informe por parte de la administración concursal genera las consecuencias y responsabilidades previstas en el artículo 74.4 de la LCon. Este artículo reviste dos sanciones para la administración concursal: La primera, relacionada con la separación del concurso y otra relativa a la retribución de esta.

En consecuencia, la imputación de responsabilidad, podrá producirse no sólo mediante la falta de presentación del informe, sino también por la omisión de cualquiera de los documentos adjuntos al informe o en su caso de la presentación extemporánea de estas y que además presente serias deficiencias.

13.2.1 Responsabilidad

Las modalidades de conducta de la administración concursal presentes en el art. 74.4 LCon en relación a la presentación del informe, vienen a ser de aplicación general en cuanto a responsabilidades se trata y que se encuentra debidamente expresadas en el art. 36 de la

LCon, mediante el cual: “*la administración concursal y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia*”.

Por ello, la falta de presentación del informe constituirá un supuesto claro acerca de la responsabilidad en cuanto al concepto de omisión contrarios a la ley y la realización de un informe incorrecto que recaerá como un acto realizado sin la debida diligencia¹²⁵⁶.

La conducta asumida por la administración concursal podría considerar además una posible indemnización de daños y perjuicios, donde el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá el derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

En todo caso, la administración concursal deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la inexacta y retardada presentación del informe, cuando el incumplimiento, como bien lo hemos señalado lleve aparejado dolo o culpa. Así, a través del seguro suscrito por la administración deberá cubrir precisamente la responsabilidad civil o garantía equivalente que la sentencia contuviere.

A nuestro entender, podría existir una posible causa de exoneración, en cuanto a la responsabilidad, y que se traduce en la falta de colaboración del deudor (art. 42 LCon) a través de una incompleta o desordenada información de la masa lo que convertiría la posible responsabilidad de la administración en una exoneración¹²⁵⁷

13.2.2 Pérdida de la retribución

Si bien la conducta de la administración concursal en la que se derive una falta de diligencia respecto a la presentación del informe conducirá además de su responsabilidad y

¹²⁵⁶ Vid. MARIMÓN DURÁ, R., “Informe de la administración concursal”, *op. cit.*, p. 1773, también: BARRERO RODRIGUEZ, E., “La responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados”, en AA.VV., *Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. II., Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 1276 a 1277.

¹²⁵⁷ Acerca de la responsabilidad de la administración concursal, *vid.* ROMERO FERNÁNDEZ, J., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*, Universidad de Sevilla, 2007, pp. 78 y ss.

separación, en la pérdida de retribución, debiendo devolver a la masa todas aquellas cantidades percibidas¹²⁵⁸ (art. 74.4 LCon). Así, la administración concursal no podrá oponer a la imposición de las sanciones, la concurrencia de defectos de los documentos presentados por el deudor y que habrían de servir como base para la elaboración del informe, como son las cuentas, los estados financieros así como la documentación establecida en el art. 6.3 LCon. Esta situación podría desmontar la exoneración en cuanto a responsabilidad que propusimos anteriormente, la diferencia estará en que: aunque la administración concursal reemplace al deudor según lo establecido en el art. 75. 1. 2º LCon, la falta de colaboración del deudor, hará que prime ella.

Tampoco valdrá alegar la complejidad del concurso debido al número de acreedores, debido al sistema de prórroga para ampliar el plazo de presentación del informe. Quedando por último oponer la existencia de alguna causa general de exclusión de la responsabilidad imputada –caso fortuito o fuerza mayor-, contenidas en el art. 36.2 LCon, cuando se demuestre el haber empleado la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

¹²⁵⁸ *Vid.* RECALDE CASTELLS, A., “De la presentación del informe del administrador concursal”, *op. cit.*, p. 1345, quien viene a señalar que esta actuación del legislador, más que ser una sanción como tal, viene a corregir situaciones de incumplimiento.

CONCLUSIONES

-I-

En el primer capítulo de nuestra investigación, y con el afán de comprender la dimensión y características que le son propias a la administración concursal hemos atendido a un proceso historicista y de evolución acerca de este órgano, visto a través de su constitución y configuración del mismo.

Así, durante la quiebra, se viene a reconocer al Comisario que juntamente con el Juez logran ejercer poderes de orden directivo y a la vez resolutivo acerca de la gestión del patrimonio del deudor. Su nombramiento, mediante auto de declaración de quiebra, podía recaer en cualquier comerciante matriculado idóneo, otorgando a este, funciones tanto de control, intervención y de delegado del juez.

Su actuación aunque amplia a efectos del procedimiento, era complementada a través del depositario y los síndicos. Acerca del depositario, su actuación dentro el proceso de quiebra se circunscribe a aquellos actos de conservación de todos los bienes ocupados por el deudor hasta que se puedan nombrar a los síndicos, en conclusión el depositario devenía como un órgano provisional interino, con atribuciones hasta tanto sean los acreedores quienes puedan designar a los síndicos, debiendo al termino de sus funciones rendir cuentas de su gestión.

Por otro lado, los síndicos, eran considerados por relevancia el órgano fundamental de la quiebra, en quien se encomendaba la complejidad del proceso a través de la representación, conservación, venta y distribución de los bienes que componían la masa activa de la quiebra. Su facultad de representación era tal que logró abarcar aspectos del ámbito judicial como contractual, defendiendo los derechos de los bienes, así como ejercitando las acciones y excepciones que le competen.

Avanzamos hasta el proceso de Suspensión de Pagos, y damos cuenta de que mediante este procedimiento se busca lograr alcanzar un acuerdo y convenio entre el comerciante deudor y sus acreedores, a través de un compromiso de pago en el tiempo más breve posible, para ello, cuenta con la figura del Interventor Judicial, compuesto por dos peritos mercantiles

quienes serán elegidos de las listas de las Cámaras de Comercio, las de industria y los representantes regionales de la Asociación de la Banca, además de un acreedor designado por el Juez entre los que figuren el primer tercio, por orden de importancia de crédito. Además de ser considerado un órgano de intervención, representa un componente necesario de fiscalización de las operaciones del suspenso, en base a la contabilidad y elaboración del dictamen, ejercicio del cual dependía el éxito del proceso. Por tanto, esta intervención lograba en cierta forma alcanzar todas las actividades del suspenso con la finalidad de mantener la actividad comercial.

-II-

Al hilo de lo descrito anteriormente, el panorama acerca del órgano de la administración concursal viene a recobrar la importancia debida, lo hasta ahora recogido en la Quiebra y en la Suspensión de Pagos dan cuenta de unos órganos de regulación muy dispersa y muchas veces disfuncional. En este sentido y, partiendo del significado y la importancia con respecto a la Ley 22/2003, *de 9 de julio, Concursal*, se marca un punto de inflexión respecto al tratamiento de los problemas jurídico económicos relativos al deudor en crisis. A través de esta Ley, se consigue regular y unificar todos aquellos aspectos tanto sustantivos y procesales, en la que el deudor y el mismo procedimiento se encuadran a través de un “concurso de acreedores”. Ciertamente la practicidad y flexibilidad con la que nació la Ley Concursal en 2003 ha otorgado a aquellas resoluciones complejas un respiro, sobre todo cuando a ejecución se refiere, ya que el procedimiento paraliza las demás acciones pretendidas a través de incluir en él, a la totalidad de acreedores, sin que sea preceptiva su intervención con un abogado o procurador.

En este contexto, el Juez de lo Mercantil, se presenta como el primer órgano de un procedimiento el cual se encuentra fuertemente vinculado a componentes económicos y contables, donde es casi imposible apoyarse sólo en pruebas que permitan conformar un título lo suficientemente válido; esta, será precisamente la razón por la que el legislador opte por un segundo órgano “la administración concursal” que, con competencias propias establecidas en la Ley, intervendrán en la conformación del procedimiento concursal.

Este régimen jurídico con el que nace la administración concursal ha buscado ante todo una simplificación orgánica por un lado y, por otro, tanto una profesionalización como el aumento y cualificación de sus funciones. La Ley Concursal logra simplificar notablemente la estructura orgánica del procedimiento, siendo que sólo el juez y la administración concursal se configuran como órganos necesarios, lo que supondrá a estas amplias e importantes competencias.

Del mismo modo, se otorga un grado importante de profesionalidad ya que la administración concursal venía configurada como un órgano colegiado cuya composición debía combinar la profesionalidad jurídico-económica de dos de sus miembros con la presencia representativa de un acreedor que cumpliera ciertos requisitos. Mediante un título específico en la Ley (Título II, artículos 26 a 39) se sistematizaba el régimen jurídico de la administración concursal dedicado al nombramiento y al estatuto jurídico de sus miembros, con reglas particulares acerca de sus condiciones subjetivas, incompatibilidades, aceptación, colaboración de auxiliares delegados, recusación, retribución, responsabilidad y la separación, lo que sumado a esto se unía una referencia densa de las múltiples funciones y competencias de este órgano a lo largo del procedimiento concursal, además de dispersas en el articulado de la propia Ley.

Su acogida sin duda, fue aplaudida y resultó positiva, respecto del modelo clásico; su puesta en marcha suscitó expectativas, tanto en el ámbito profesional en el que se desarrollaba como en aquella esperada eficacia del procedimiento. Sin embargo, el impacto de la crisis y la proliferación de concursos declarados, puso de manifiesto las carencias del modelo, sumados a otras tantas como la inseguridad retributiva, nombramientos en la administración concursal que resultaron dudosas, la utilización de los plazos legales entre otros. Aunque, debemos reconocer que el modelo organizativo como tal no ha sido puesto en cuestionamiento, sino sobre ciertos aspectos en concreto y que la reforma llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 3/2009 viene a justificar, especialmente en el régimen de retribución de sus miembros y para el caso de que el acreedor designado fuera una administración pública o entidad vinculada o dependiente, el artículo 27 originario ya había previsto la designación de profesional con la condición de funcionario titulado en áreas económicas o jurídicas; este precepto establecía la regla de no retribución con cargo a la

masa del concurso, y la reforma de entonces añadió la sujeción de tal miembro al régimen de responsabilidad propio de la legislación administrativa, evitando la aplicación del régimen de responsabilidad previsto para los demás miembros en el artículo 36 de la Ley Concursal. Por otro lado, este Real Decreto en el artículo 34 dedicado a la retribución de la administración concursal vino a establecer unas reglas orientativas del arancel, fundamentadas en la exclusividad, identidad, limitación y efectividad y donde se pretendía poner en marcha un sistema de pago de un mínimo retributivo en caso de insuficiencia de masa mediante una “cuenta de garantía arancelaria” a dotar con aportaciones obligatorias deducidas de las retribuciones efectivas percibidas por la administración concursal.

Llegados hasta aquí observamos como nuevamente se produce una nueva reforma con la Ley 38/2011, *de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal* que a nuestro modo de ver pretende corregir errores detectados en la práctica, introduciendo una actualización, en lo que respecta a la administración concursal a través de una mayor profesionalización, realizando sus funciones además de su responsabilidad, con especial mención acerca en las competencias, en los requisitos para su nombramiento y el reconocimiento de persona jurídicas como parte de la administración concursal, y que a través de alguna de sus formas, como las sociedades profesionales podrían favorecer el ejercicio de la función orgánica al disponer en ella una pluralidad de profesionales que podrían llegar a contar con la necesaria formación y experiencia.

Esta composición de la administración concursal, resultante de la reforma en 2011, dejó de presentar la diferencia que existía entre los procedimientos concursales ordinarios y los procedimientos abreviados, habiendo sido integrada por un único miembro profesional, a elección del juez, bien abogado o economista, logrando de esta manera desaparecer el miembro acreedor, titular de un crédito ordinario o con privilegio general. Obviamente esta situación ha planteado situaciones de déficit, carencias y desequilibrios técnicos en el ejercicio de las funciones de este órgano cuando se trate persona física, ya que la jurídica podía mantener en su interior al menos un profesional de cada especialidad. Esta opción, para el legislador sin duda podía parecer una ventaja en cuanto a la agilidad en el funcionamiento y reducción de los costes, aunque en la práctica no ha sido así, sobre todo

teniendo la experiencia acerca del procedimiento abreviado, donde ya existía la regla de la administración de único miembro.

Se configura además una nueva categoría de concursos de “especial trascendencia”, en la que se recupera una figura, que en nuestra opinión no debería de recurrirse que es el acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe, pudiendo incluso ser asignada a la representación legal de los trabajadores.

La novedad de esta reforma, en cualquier caso, es que la persona jurídica designada como administrador concursal único, en vez del profesional persona física, debe integrar, al menos, un profesional de cada una de las dos especialidades, es decir, abogado en ejercicio y economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, lo que excluía de algún modo a las fundaciones, esto como lo mencionamos, ha supuesto notorias ventajas sobre todo en el coste derivado de la concurrencia de los diversos profesionales. Correspondía para su elección, acerca del miembro profesional, mantener un sistema de listas disponibles, confeccionada en el ámbito colegial o registral específico, remitida en diciembre de cada año a los decanatos, manteniendo el juez una “distribución equitativa” de las designaciones.

Esta misma reforma concursal introduce el ansiado seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, como requisito indispensable para su aceptación y proporcional a la naturaleza del riesgo cubierto, estableciendo su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1333/2012. Con la salvedad de que quedan exonerados del cumplimiento la Administración pública o entidad de derecho público.

-III-

El mantenimiento de una administración concursal integrada por un único miembro, como se estableciera con la Ley 38/2011 constituye sin lugar a dudas un acierto, en cuanto a la sustitución del modelo colegiado establecido en la Ley 22/2003. Tras la reforma concursal efectuada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre se mantiene, como dijimos, el modelo en términos generales, pero se logran modificar sus condiciones subjetivas para poder ser nombrado como administración concursal. En otras palabras, no existe una obligatoriedad,

como así prescribía la Ley 38/2011 en el art. 27 en cuanto para su elección debía ser necesario contar con requisitos como: ser un abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva y con formación acreditada en Derecho concursal; o bien, ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con otros cinco años de experiencia y con formación también demostrable en el ámbito del Derecho concursal.

La omisión en la nueva redacción del art. 27 LCon de estos requisitos, obedece principalmente a que se han observado insuficiencias, y en esa reforma se prevé un ulterior desarrollo de los requisitos subjetivos reglamentariamente acerca del Estatuto Jurídico de la administración concursal y que tocaremos más adelante, (*este desarrollo reglamentario del Estatuto acerca de los arts. 27, 34 y 198 de la LCon, cuyo mandato legal va dirigido al Ministerio de Justicia y al de Economía y Competitividad en conjunto, debió haberse publicado antes del pasado 2 de abril de 2015*). Por esta razón, estos requisitos podrán referirse, tanto a la titulación requerida, a la experiencia que deberá ser acreditar, así como la superación de “pruebas de conocimiento” o cursos específicos; además de exigirse requisitos específicos para ejercer como administración concursal en concursos de tamaño medio o grande.

En la posibilidad de que la administración concursal sea persona física, existirán voces discordantes acerca de su nombramiento por considerarse que supondrán un coste económico derivado de la necesidad de hacer uso de recursos a terceros que logren auxiliar su labor. En nuestra opinión, esto no tendrá por qué ser así, si se regula adecuadamente los requisitos que la persona debe reunir en cuanto a su preparación técnica, experiencia e idoneidad para poder acceder al cargo. Tenemos el ejemplo cercano en el Derecho alemán en el que la administración concursal es siempre designado en una persona natural (*Insolvenzverwalter §56.1*). Si bien puede existir una carencia en función al tamaño del concurso, ésta puede ser soslayada a través de fórmulas asociativas, que no tienen por qué ser precisamente personas jurídicas.

El reconocimiento en la designación de la persona jurídica como administración concursal es una realidad fehaciente desde 2011. A este respecto la Ley Concursal ha establecido que se debe reconocer la capacidad para su designación a aquellas entidades que gocen de

personalidad jurídica diferenciada de los miembros que la integran conforme al ordenamiento jurídico regido en España, de modo que aquellas entidades sin personalidad jurídica.

En cuanto al tipo de sociedad idónea para llevar a cabo la función de la administración concursal, ni la Ley 38/2011, ni tampoco la Ley 17/2014 vienen a establecer este requisito, por tanto se pone en duda y deja al mismo tiempo la posibilidad que puedan desempeñar el cargo, cualquier forma de persona jurídica, y dentro de éstas, cualquier tipo societario ya que la norma no exige la adopción de ningún tipo específico, ni tampoco el cumplimiento de ningún requisito especial, fuera de la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal y la obligación, al aceptar el cargo, de comunicar la identidad de la persona natural que haya de representar a la persona jurídica, así como de asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo como viene a exponer el art. 30.1 de la LCon. Con todo, hubiera sido deseable, que en el afán de la heterogeneidad y la importancia de funciones de la administración concursal se hubiera mantenido unas características propias de la persona jurídica, como por ejemplo, que las sociedades estuvieran integradas por socios que gocen de aptitudes y especialidades técnicas, al igual que las persona física, manteniendo de esta manera una exclusividad en cuanto al objeto social.

-IV-

Al hilo con la formación de la administración concursal nos encontramos frente a la regulación de las prohibiciones legales para el ejercicio del cargo de la administración concursal que se rubrica en el art. 28 de la LCon, *-incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones-* que resulta ser un tema de repercusión eminentemente práctica en la que el legislador ha tratado de garantizar la idoneidad e independencia acerca de las funciones de la administración concursal.

Hasta antes de la incursión de la Ley 22/2003, no existía en la legislación “dispersa” del tratamiento de insolvencias, una regulación específica acerca de las prohibiciones, debiendo por tanto acudir a la jurisprudencia y a la doctrina que no siempre mantenía una misma dirección. Con la nueva Ley concursal, se opta por una regulación establecida a través de

una lista tasada de causas de inelegibilidad de contenido complejo, y que en la práctica ha resultado ser mucho más amplia en cuanto su interpretación, sobre todo por la remisión hacia la normativa societaria y procesal civil cuando se trate de recusación de peritos.

Este régimen, en su ámbito de aplicación, mantiene una misma finalidad, que se aplicará tanto a los auxiliares delegados como a los expertos independientes como colaboradores de la administración concursal. En el supuesto de que la administración concursal sea designada en persona jurídica, tendremos que tener en cuenta que la sumisión respecto al art. 28 LCon, vendrá condicionada tanto a la propia persona jurídica, como la persona natural, quien representará a la persona jurídica y asumirá la dirección de los trabajos en el ejercicio del cargo.

Las causas de inelegibilidad, independientemente de la forma en que se componga la administración concursal poseen una naturaleza y función distinta, entendemos que esto viene relacionado a que la sistematización de las causas ha resultado técnico y falta de precisión conceptual. Así, en el marco de las prohibiciones, observamos que estas se derivan de la imposibilidad de desarrollar simultáneamente actividades que quedarían ligadas a una existencia de cercanía personal y profesional que dificultaría la actuación independiente de las funciones de la administración concursal, lo que produciría una *incompatibilidad*, que se traduce en una inadecuación para el cargo, debido a que se pone en duda la buena fe en la actividad que se vaya a desarrollar.

Por su parte, las incapacidades responderán a la falta de aptitud de quien se postula al cargo, entendiendo ésta como una falta de capacidad de obrar o, en su caso, por mediar la intervención del legislador respecto a la exclusión de ser titular de derechos y obligaciones a determinadas personas por motivo de interés público, lo que se denomina una incapacidad jurídica.

Del elenco de causas previsto en el artículo 28 de la LCon, da cuenta de que no podrán ser nombrados como administración concursal quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, donde irremediamente resulta obligatorio la remisión al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 213 relativo a

las prohibiciones, en este sentido existe distinta naturaleza de las causas previstas societariamente entre los que destacan las judicialmente incapacitados, los menores de edad no emancipados.

Habría que incluir también en este grupo de incompatibilidades a los candidatos que estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste, en un espacio temporal de tres años. No cabe duda que estamos frente a un precepto un tanto genérico, sobre todo cuando nos referimos a la expresión “cualquier clase de servicios profesionales”, lo que incluiría, incluso, una relación ocasional, en cualquier caso, esta resulta una imposición que pretende evitar un conflicto de intereses.

En cuanto a la remisión al artículo 13 de la *Ley de Auditoría de Cuentas* (aquí cabe recordar lo que se dijo al comienzo de nuestra conclusión respecto al criterio amplio de las prohibiciones para ser designado en la administración concursal), quienes estando escritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal, cualquiera que sea su condición o profesión, se encuentren en situaciones en que exista una relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del diez por ciento de la masa pasiva del concurso. Por tanto, esta remisión se verá reflejada en el interés financiero directo o indirecto que tenga el candidato en el deudor concursado, sus directivos o administradores, o en el acreedor que represente más del diez por ciento de la masa pasiva del concurso, siempre que sea significativo para cualquiera de las partes.

-V-

Acerca de las condiciones subjetivas para alcanzar la condición como administración concursal observamos cómo el art. 27.3 LCon se decanta por establecer un modelo concursal profesionalizado en el afán de ofrecer una mejor solución al concurso, aunque del acierto o no del diseño de requisitos y objetivos además de condiciones que se establezcan para el acceso a la administración concursal deberá pasar por adaptarse a las exigencias de un sistema moderno concursal, que radica principalmente en la agilidad y control de elección de este órgano.

El art. 27.3 de la LCon viene a subrayar tres aspectos esenciales y condicionantes en la elección de la administración, (que deberá determinarse reglamentariamente). Primero estar inscrito en la sección cuarta del Registro Público Concursal, segundo, contar con los requisitos necesarios, y por último, exigir requisitos adicionales cuando se trate de concursos de tamaño medio y gran tamaño.

El primero de estos requisitos, lo encontramos en las reformas producidas mediante la Ley 38/2011, *de 10 de octubre* y 14/2013, *de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, donde la necesidad del desarrollo publicitario se extiende al art. 24 de la LCon y a los Acuerdos Extrajudiciales de Pago, dando lugar a que por medio del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, se apruebe la regulación del Registro Público Concursal. Y, que posteriormente, mediante la Ley 17/2014, *de 30 de septiembre*, se regule la sección cuarta, *de administración concursal y auxiliares delegados*, donde se inscriban las personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente para poder ser designado en la administración concursal y hayan manifestado su voluntad de ejercer como administración concursal, con indicación del administrador cuya designación secuencial corresponda en cada juzgado mercantil y en función del tamaño del concurso. En la misma sección se incluye además los Autos por los que se designen, inhabiliten o separen a la administración concursal, así los que fijen o modifique su remuneración.

Tanto la reforma de 2014, como la inspiración en la regulación del Registro Público concursal obedecen a la necesidad de transparencia en la designación de la administración concursal y no podía ser de otra manera tras las vertidas críticas acerca de la designación que se dejaba en manos del propio juez.

En buena medida, con la entrada de la Ley 17/2014, se abandona aquel criterio acerca de un sistema de elección basado en la lista de postulantes existentes en los decanatos de los juzgados, sustituyéndose por la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal ha objeto de proporcionar al juez aquel marco de referencia para poder llevar a cabo su elección, estableciendo un nombramiento por turno correlativo (art. 27.5 LCon). De modo que, la designación por turnos rotatorios no debería plantear problemas, ya que la

profesionalidad y competencia de la administración estarían aseguradas. Esta regla no será general cuando el Juez del concurso de manera discrecional nombre una administración concursal en caso de concursos de gran tamaño, así también cuando la especialización previa acreditada en el sector de la actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación. Ambos elementos, podrán alterar la elección en turno correlativo, debiendo valorarse esta situación sólo en el caso que concurran las circunstancias indicadas y necesarias para su tramitación y que necesariamente los postulantes se encuentren incluidos en el listado del Registro Público Concursal.

Siguiendo con los requisitos subjetivos de designación de la administración concursal, nos encontramos frente a una exigencia mayor acerca de la especialización que se requiere para poder desempeñar la labor profesional de este órgano donde incurrirán conocimientos varios que se deberán constatar a través de pruebas específicas, a través de un examen de habilitación de carácter nacional con pruebas que resultarán específicas y que permitan constatar las aptitudes y formación teórica y práctica. Cuando hacemos referencia a la diversidad de conocimientos estos van desde los aspectos jurídicos del derecho concursal, hasta la gestión y administración de empresas, dotados de capacidad negociadora, que permitirá llegar a acuerdos beneficiosos para el deudor y acreedores.

La profesionalización, sin embargo, no se quedará determinada sólo a efectos de postulación, sino además esos requerimientos de conocimiento deberán ser actualizados periódicamente a través de un sistema de formación continua, esto aunque pudiera ser relativo, facilitaría una relación existente entre las relaciones empresariales que cada vez resultan mucho más complejas.

Ahora bien el tercer elemento que encontramos en el art. 27.3 LCon, en cuanto a los requisitos adicionales para la designación de la administración concursal, es la exigencia en función al tamaño del concurso (cada uno de ellos expuesto en nuestra investigación). Exigencia que por supuesto queda aún remitida a un futuro reglamento.

Partimos desde ya con ciertas contradicciones relacionadas al nombramiento en función al tamaño del concurso, no olvidemos que la profesionalidad, así como la suficiencia en la

especialidad del candidato serán evaluadas como condición para ser electo como administración concursal, por tanto, no parecería preciso exigir ningún otro requisito adicional, ya que el profesional se encontraría debidamente habilitado. Es más estaríamos de alguna manera discriminado en que de manera general la administración concursal física debiera ser designada en concursos de menor tamaño.

Precisamente, el anteproyecto del futuro reglamento del Estatuto de la administración concursal en los arts. 7.2, 12 y 13 recogen los requisitos que deberá cumplir la administración concursal en función al tamaño del concurso. Así, para la designación en concursos de menor tamaño bastará la superación del examen de aptitud profesional y la acreditación del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, así como la suscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal.

En un concurso de tamaño medio, en la circunscripción de un juzgado determinado la administración concursal deberá acreditar además de los requisitos del concurso de menor tamaño, su nombramiento en al menos cinco ocasiones como administración concursal en concursos de tamaño pequeño. Para concursos de gran tamaño además de acreditar su participación en cinco concursos de tamaño medio, deberá contar con una estructura o equipo de trabajo (diez profesionales con experiencia jurídica y económica) disponible y adecuado a la complejidad del concurso.

Por esta razón, observaremos a futuro que en la práctica si al régimen de acceso para la administración concursal en concursos de menor tamaño no se le dota de rigurosidad, será obviamente difícil que puedan ser incluidos en concursos medianos y grandes, por lo tanto debería el legislador establecer un modelo riguroso de participación de la administración concursal, para que exista la equidad necesaria, porque como dijimos anteriormente estaríamos frente a una discriminación evidente.

-VI-

Siguiendo la línea de lo anteriormente expuesto, es de agradecer que a través del artículo 33 de la Ley Concursal se logre unificar aquellas funciones de la administración concursal que hasta antes de la Ley 17/2014 se encontraba dispersos por toda la Ley. Creemos que esto se

debe, no sólo por una metodología sistemática, sino también porque de esta manera podrá darse a conocer de forma más eficaz la retribución que esta vaya a percibir por aquellas funciones desempeñadas.

Se podrá o no estar de acuerdo en esta sistematización, ya que si observamos detenidamente en el artículo 33 de la LCon se mezclan dos tipos de funciones: aquellas que deben cumplirse en el caso de intervención como en caso de suspensión y, por otro lado, las propias de la esfera societaria, enumerándose todas sin que medie una distinción aparente.

De manera general, la administración concursal persona física o jurídica ha de caracterizarse esencialmente por funciones como: de vigilancia y de conservación de patrimonio, que logren buscar la continuidad empresarial. Se constituye también en un órgano informador y encargado de la comunicación con los acreedores, ligado a un reconocimiento de créditos.

Por otro lado, la administración concursal sustituirá o suspenderá las facultades del propio administrador social, debiendo ser capaz de gestionar la entidad en concurso y aquí quizá una de las grandes dificultades del órgano, debido a que deben ser capaces de conocer tanto la actividad que deberán saber evaluar las propuestas de convenio que se presenten, así como el plan de viabilidad, con el fin de decidir incluso acerca del futuro de la empresa en concurso.

El abanico de funciones de orden procesal va dirigida principalmente a aquellas acciones que la administración concursal pretenderá frente a aquellos responsables por haber llevado la empresa a concurso, incidiendo principalmente en acciones indemnizatorias de daños y perjuicios causados, junto con la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o de la masa.

La capacidad represora de la Ley Concursal es tal, que la administración concursal procederá a realizar cuanta acción sea necesaria para la obtención del resarcimiento de daños e indemnizaciones que van desde las solicitudes de embargo hasta aquellas solicitudes de ejecución de condena en el supuesto de que el juez hubiera condenado a administradores, apoderados o socios a cubrir el déficit.

Además de la búsqueda del resarcimiento de los administradores societarios por la responsabilidad concursal, lo que busca la administración concursal es el ejercer acciones de índole no personal, es decir, que en caso de suspensión de facultades del deudor concursal, corresponderá a la administración concursal la legitimación para este tipo de acciones, como es el hecho de interponer demandas, recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar su patrimonio, todo ello con el afán de mantener a flote la empresa.

Respecto a las funciones propias del deudor o de sus órganos de administración gestión asumida por la administración concursal, llegamos a la conclusión de que se deberá estar atentos al régimen bien de intervención o se suspensión del concursado para que la administración concursal deba asumir las facultades o, en su caso, autorizarlas en relación a las acciones propias del deudor.

Entre estas acciones hemos observado aquellos actos de disposición que resultan indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa y con la que el legislador ha pretendido establecer una vía rápida para la obtención de tesorería que exija la continuidad del concurso, sin que la solución al concurso sea la liquidación.

Se torna relevante la llevanza de la contabilidad de forma ordenada, para que así se pueda permitir un seguimiento cronológico de todas las operaciones, y demuestre el reflejo fiel de la situación patrimonial y financiera de la empresa, por ello, la responsabilidad que recae en el auditor de cuentas, quien podrá ser revocado en el cargo por la administración concursal.

Respecto al administrador inhabilitado de la empresa en concurso, no nos parece del todo acertado que la administración concursal pueda, mediante solicitud dirigida al Juez del concurso mantenerlo frente a la empresa, precisamente porque esa inhabilitación a través de sentencia de calificación, supondrá que éste no podrá representar el patrimonio de cualquier persona, sea física o jurídica. Por tanto, no encontraríamos una vía posible, - ni siquiera la complejidad propia de la empresa, debido a la especialidad en su formación de la administración concursal- para continuar el concurso con el administrador inhabilitado.

En la medida en que el concurso de acreedores pueda afectar a las empresas, y en la misma medida en que éstas constituyen desde un punto de vista laboral como centros de trabajo, resulta lógico que la declaración del empresario en concurso afectará a las relaciones laborales de la empresa.

Ante este panorama concluimos que las facultades de la administración concursal en materia laboral revisten importancia, por cuanto darán cumplimiento a las resoluciones judiciales de modificación de las condiciones de trabajo tanto de carácter colectivo como de suspensión de contratos y reducción de jornada. Agregado a esto y creemos importante también, para evitar así la dilación del concurso en materia laboral, la competencia del Juez del concurso para conocer todos los tipos de procedimiento laboral del que sea parte el concursado.

Por otro lado, cuando nos acercamos al estudio de la materia laboral en el concurso, nuestra atención no sólo se centra en los “propios trabajadores”, sino también en aquellos que constituyen el personal de alta dirección, que no necesariamente se encuentran relacionados a los propios administradores de la empresa, por ello el legislador otorga a la administración concursal, previa aprobación del juez, la función de extinguir los contratos del concursado con el personal de alta dirección moderando de alguna manera la indemnización que le corresponda, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato y con los límites económicos establecidos en la legislación laboral para el despido colectivo.

Concluimos entonces, que una de las consecuencias que produce el concurso en personal de alta dirección es el aplazamiento de las indemnizaciones a estos, hasta que sea firme la sentencia de calificación, finalidad que ha sido propuesta por el legislador toda vez que esto evitaría que al existir responsabilidad ésta quedara sin efecto precisamente por haber realizado el pago de los créditos concursales deduciendo de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer este tipo de créditos.

Al hilo de las funciones establecidas en el artículo 33 de la LCon nos vamos a encontrar frente a aquellas relativas a los derechos de los acreedores, y que por ende van referidas a los créditos. Si partimos precisamente con que a la administración concursal le corresponde

la elaboración de la lista de acreedores concluimos en que esta no resulta tarea fácil debido a que a pesar de su extensa regulación y los medios que emplea la administración concursal en recabar la información y contrastarla, aún se encuentran dificultades para determinar de manera exacta el estado patrimonial del deudor, creemos que por ello el legislador ha introducido un intenso régimen de publicidad y mecanismos de modificación del inventario para que los terceros interesados pudieran conocer de esta documentación y participar en su determinación.

-VII-

En relación a la retribución de la administración concursal, ésta constituye un elemento esencial dentro el Estatuto Jurídico, debido a que su buen funcionamiento requiere de un planteamiento y diseño equilibrado en cuanto a su retribución, en el entendido de que ésta sea lo suficientemente adecuada a la tarea que desempeña este órgano.

El artículo 34.2 de la LCon en aplicación de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, logra mantener el sistema de pago por arancel, mediante el cual, se prevé el establecimiento de la retribución de la administración concursal, según al número de acreedores, a la acumulación de concursos y al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal, suprimiéndose así la referencia acerca de la cuantía del activo y pasivo sobre el que se calculaba la cantidad base en la fase común.

Por otro lado, el mismo precepto ha mantenido la exigencia de que el arancel se ajuste a las reglas de exclusividad, limitación y efectividad que se introdujeron en la reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 38/2011, añadiéndose con la Ley 17/2014 la “eficiencia”. Respecto a la *exclusividad*, entendemos que, en el ejercicio de las funciones propias de la administración concursal y dependiendo de su especialidad, rama económica o jurídica, no podrá percibir cantidad alguna, bien por la supervisión de las cuentas anuales que formule el concursado o los administradores de la entidad concursada durante la tramitación del concurso. Por supuesto que esto no se ha resuelto de manera unánime, debido a que se suscita discusión acerca de si la administración concursal en su intervención dentro los incidentes concursales tienen derecho a esta retribución; fue la jurisprudencia mediante la

SAP de Zaragoza de 3 de noviembre de 2008 que viene a dilucidar esta laguna, interpretando que no existirá razón alguna para beneficiar a la administración concursal por su participación en el incidente, puesto que se rompería el principio de identidad de retribución.

En cuanto a la *limitación* de la retribución, esta se establecerá a través de unos máximos que percibirá la administración concursal por el conjunto del concurso: cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un cuatro por ciento o un millón quinientos mil euros. Aunque aquí nos encontraríamos con la discrecionalidad del juez ya que de forma motivada podrá aprobar una remuneración que fácilmente puede superar el límite anterior, según la complejidad y los costes asumidos, sin que ello pueda exceder del cincuenta por ciento de dicho límite.

Acerca de la regla de *efectividad* se logra garantizar el pago de un mínimo retributivo de aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, a través de una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de la administración concursal. Así, durante largos años de espera se logra regular a través de la Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad*, en el artículo 34 *bis, ter y quáter* la creación, funcionamiento y dotación de la cuenta de garantía arancelaria,

Ahora bien, si nos referimos a la *eficiencia* de la administración concursal para el cobro de la retribución, el juez, en atención al incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley Concursal, podrá reducirla. De ser así queda en el limbo saber si esta disminución, corresponderá a la retribución en cuanto a su cantidad total que deba percibir, es decir, la correspondiente a la fase común del concurso más la correspondiente a las otras fases donde se calcula con arreglo a un porcentaje.

-VIII-

Cuando abordamos el contenido acerca de la rendición de cuentas de la administración Concursal, con carácter general, entendemos que éste debe informar de todas las actuaciones relevantes que hubiera desarrollado en el concurso. Se engloba en ellas, las

medidas adoptadas para la conservación y administración de la masa activa, así como aquellas relativas para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Claro está que la rendición de cuentas supone una tarea muy generalizada, por eso resulta imprescindible partir de un alcance mínimo, esto es, el estado en que se encuentre el procedimiento, donde la administración concursal deberá dar cuenta de todas las operaciones liquidatorias dispuestas, así como la información de los resultados obtenidos con las mismas. Por otro lado, y dentro esa limitación, estarán también el régimen de intervención o suspensión de facultades del concursado, en que la administración concursal al intervenir en las facultades del deudor a través de la declaración del concurso.

Con todo ello, entendemos que en su informe acerca de rendición de cuentas deberá informar acerca del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, para cumplir con esta formalidad deberá presentar un balance en el que se refleje la situación patrimonial del deudor en el momento de la rendición de cuentas y cuya comparación con la situación que en ese momento exista en la declaración del concurso, se permitirá tener un resultado acerca de la gestión de la administración concursal.

-IX -

La determinación acerca del alcance de la responsabilidad de la administración concursal va relacionada con aquel conjunto de daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones que vayan en contra de la Ley o sin la debida diligencia, por esta razón observamos que la legislación se ha preocupado que aquellos incumplimientos que deriven en daño, obliguen a la administración concursal a repararlos.

Mediante el artículo 36 de la LCon, se regula la responsabilidad de la administración concursal, que se mantiene desde la promulgación de la Ley Concursal, con excepción del apartado 2, que fue modificado por la Ley 38/2011, que establecía la responsabilidad solidaria, con exoneración individual mediante inversión de carga de la prueba, como también la solidaridad en el supuesto del ejercicio mancomunado.

Con la Ley 22/2003 se estableció para la administración concursal un régimen de responsabilidad configurado a través de elementos básicos que la legislación societaria

utiliza para la exigencia de la responsabilidad a los administradores de sociedades mercantiles de capital, recogiendo el art. 36 LCon la literalidad de lo establecido en la propia Ley de Sociedades de Capital (art. 236).

Por lo demás el art. 36 LCon de manera general viene a establecer la responsabilidad civil de los daños y perjuicios a la masa por parte de la administración concursal, cuya cuantía, determinante del montante indemnizatorio, se estimará conforme los criterios del Derecho común. Por otro lado, la administración concursal deberá responder también por el comportamiento ilícito, en forma de actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia.

En cuanto a los sujetos legitimados, para exigir la indemnización de daños y perjuicios a la masa nos encontramos con el deudor y los acreedores, siendo que el interés operará en todo caso no a título individual sino en interés de la masa.

La responsabilidad penal, aunque no se encuentre regulada en el concurso, tendrá un alcance en aquellos actos cometidos por la administración concursal en contravención del patrimonio y orden socioeconómico de la empresa, que se derivarán en ilícitos contenidos en el art. 295 del Código Penal, acerca del abuso de funciones propias del cargo, en el que dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad, causando un perjuicio económicamente a los bienes o capitales que administren.

-X-

Toca referirnos a la figura del auxiliar delegado recogido en el artículo 31 de la LCon, quien se configura a través de un nombramiento facultativo, es decir, será la administración concursal quien podrá solicitar autorización al juez para delegar funciones concretas, siendo el juez quien proceda a su designación. Su nombramiento también podrá ser obligatorio en determinados casos relativos a empresas con establecimientos dispersos por el territorio, empresas de gran dimensión; cuando se solicite prórroga para la emisión del informe y finalmente en concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

La norma no establece la sujeción al número de auxiliares delegados, pudiendo requerirse entre uno o varios, quienes mantendrán una relación de colaboración estrecha y de confianza con la administración concursal.

Para el caso de los auxiliares delegados, no será necesario que deban reunir los requisitos exigidos por el art. 27 LCon relativos a la cualificación profesional, aunque, como vimos, estarán sujetos a lo previsto por el art. 32 LCon, acerca del régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad. Esta sujeción resulta apropiada debido a que es la administración concursal quien solicita al juez su nombramiento y quien propone las personas y las funciones.

Cuando la administración concursal recaiga en persona jurídica, no procederá la designación de un auxiliar delegado, precisamente por la condición en que dentro el seno de la persona jurídica existen profesionales que deberán cubrir el conjunto de funciones, aunque esto será debatible cuando nos encontremos frente a concursos especiales donde la designación del auxiliar se torna obligatoria.

-XI-

La reforma introducida en el artículo 29 de la LCon mediante la Ley 38/2011 vigente hasta hoy, ha presentado dos novedades: la primera, en la que la administración designada deberá acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y, por otro lado, la comunicación de una dirección electrónica. La exigencia del seguro, operará como un requisito previo a la aceptación, en todo caso, no se trata de aceptar el cargo y asegurarse, sino de estar asegurado antes de aceptar el cargo a través de un seguro proporcional a la naturaleza y alcance de riesgo cubierto.

La modalidad del seguro se deberá adaptar a las pólizas generalizadas en el ámbito de la responsabilidad profesional, pudiendo ser aquellas que cubren la responsabilidad de los administradores y directivos de las sociedades. En su caso, también serían válidos, aquellas fórmulas de seguro colectivo y de ámbito colegial como alternativa al seguro individualizado.

Ante este panorama, es de agradecer que con la introducción de este seguro (regulado por el *Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de la administración concursal*), se logre la reparación del daño causado en el ejercicio del cargo. Aunque cabe hacer notar la falta de atención que el legislador pone en el auxiliar delegado debido a que no encontramos una mención o referencia alguna a la cobertura de aquellos actos que realiza el auxiliar delegado, aunque bien es cierto que estos quedarán cubiertos por el seguro de la administración concursal, hubiera sido recomendable tratarlos por separado, debido a que la administración concursal no responderá por los daños causados por los auxiliares delegados, si prueban que emplearon una diligencia debida.

-XII-

El capítulo III de nuestra investigación dedica su estudio al informe de la administración concursal, en el cual se detallarán tanto los bienes y derechos que forman la masa activa como la lista de los créditos que forman la masa pasiva, con la calificación y clasificación de cada uno de ellos, así como otros datos, circunstancias e informaciones relativas al deudor acerca de su gestión anterior a la declaración del concurso, debiendo la administración concursal verter informes sobre la contabilidad, la situación patrimonial e, incluso, la viabilidad económica del concursado.

Este informe vendrá a determinar de manera trascendente el desarrollo posterior del procedimiento, que de alguna manera, constituye un anticipo de la manera en que concluirá el concurso, bien como un convenio o como una liquidación.

La estructura propia del informe viene a regularse en los artículos 74 y 75 de la LCon, que han sido reformados por la Ley 38/2011, al introducir el escrito de evaluación de las propuestas de convenio, así como el plan de liquidación como documentos que deberán acompañarse al informe. Con la Ley 17/2014 se incorpora además un nuevo documento acerca de la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran.

Resulta importante señalar que el informe de la administración concursal no resulta ser el único informe previsto en la norma, así tendremos por ejemplo: el que el Juez pueda pedir en cualquier momento en sus funciones de la administración concursal para conocer es estado del procedimiento; un informe acerca de la evaluación de la propuesta anticipada de convenio; informe de la liquidación; de calificación y sobre la conclusión del concurso.

Con todo, podemos afirmar que el informe se traduce en el documento clave dentro las funciones de la administración concursal, con el que se derivarán una serie de acontecimientos que determinará el desarrollo del procedimiento, entre los que se encuentran la fijación en relación a los bienes y derechos de la masa activa y los créditos contra la masa pasiva.

-XIII-

El informe de la administración concursal comienza a través de un análisis de los datos y circunstancias del deudor expresado en la memoria a que se refiere el número 2º del apartado 2 del artículo 6 de la LCon, esto es, una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años, así como los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular.

Mediante la presentación de este documento se ofrece una imagen del deudor, que por supuesto no es definitiva, ya que la administración concursal deberá contrastar para obtener la veracidad de los datos en él incluidos, debiendo poner de relieve aquellas irregularidades que pudieran detectarse, debiendo ser corregidos o en su caso elaborados por la administración concursal, siempre que sea factible y se estime su relevancia.

En todo caso la labor de la administración concursal no sólo se circunscribe a un carácter meramente descriptivo, sino que además deberá dejar constancia de aquellas actuaciones que sea de interés e importancia para el desarrollo del concurso. En contrapartida, podrán existir dificultades, cuando el deudor sea persona jurídica debido a la amplitud de información además del contenido de los aspectos relevantes de su constitución, e identificación de cada una de las personas integrantes en la memoria.

A todo esto se deberá incluir, como señala el precepto la historia jurídica y económica de la empresa durante los tres últimos años, y que engloba todos aquellos medios con los que cuenta la empresa para su funcionamiento, así como las ganancias y pérdidas obtenidas. Se obtendrá también aquellas alegaciones del concursado por las cuales la empresa entro en concurso de acreedores, juicio al cual la administración concursal no tomará como definitiva sino tan sólo como informativa

-XIV-

Siguiendo con la estructura del informe de la administración concursal nos encontramos con al estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, del juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6 LCon.

Los documentos contables de la empresa en crisis son tan importantes debido a que proporcionan una debida imagen retrospectiva y actual de la situación patrimonial y financiera de ésta. La valoración de esta información por parte de la administración concursal deberá darse a través de un doble contenido; por un lado, el análisis de la llevanza de los libros y, por otra, una valoración de la formulación de las cuentas anuales.

Acerca de la llevanza de los libros contables, el órgano concursal deberá exponer en qué medida los libros contables y asientos realizados se ajustan a lo exigido en la normativa a través del art. 25 del CCom en la que todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa y que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevando necesariamente un libro de Inventario, Cuentas anuales y otro Diario.

En todo caso, y en aplicación del artículo mencionado, la administración concursal deberá poner de relieve cualquier irregularidad de carácter tanto formal como sustancial observado en los libros del deudor como por ejemplo: una doble contabilidad o inexactitud respecto a los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso.

Respecto a las cuentas anuales, la administración concursal deberá realizar un análisis señalando en qué medida las cuentas anuales del concursado se ajustan a las normas que deben presidir en cada caso su formulación, aprobación y publicidad (art. 36 CCom).

En relación a la documentación que integran las cuentas anuales son: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo y la memoria. Así, el incumplimiento de las obligaciones contables resultará relevante a efectos de una eventual calificación del concurso. Por lo demás, cuando la administración concursal aprecie irregularidades relevantes, puede incorporar, como un anexo a este apartado del informe, un balance corregido acerca de la exactitud del activo y pasivo del concursado.

-XV-

Un tercer apartado del informe de la administración concursal lo compone la memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. En él, la administración concursal deberá hacer referencia al ejercicio de sus acciones durante la declaración del concurso y aquellas en que el legislador le haya atribuido específicamente en la Ley Concursal, entre otros, la comunicación a los acreedores; fijación de cuantía y periodicidad del derecho de alimentos; reclamación de desembolso de aportaciones sociales; rehabilitación de créditos; cambio de la situación acerca de intervención o suspensión en el concurso, en fin aquellas que se encuentre descritas en el artículo 33 de la LCon.

Así también, en la memoria se deberá indicar todas aquellas actuaciones relativas a la continuidad del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. En el supuesto de que las facultades del concursado hayan sido suspendidas, deberán inscribirse todas aquellas acciones que haya podido realizar la administración concursal para la continuación de la actividad empresarial.

-XVI-

Además del análisis de datos, estado de contabilidad del deudor, así como la memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal, vamos a encontrarnos con que al informe se deberá unir una relación de documentos. Así, el primero de ellos, estará formado por el inventario de la masa activa que viene ordenada respecto a su composición y delimitación en los arts. 76 a 81 de la LCon, por otro lado, los arts. 82 y 83 destinados a determinar el inventario de la masa activa.

La Ley Concursal, en el art. 76, viene a definir y regular a la masa activa como aquel conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento. En este asunto, tendremos claro entonces, que se parte del principio de universalidad de bienes y derechos con los cuales ha de responder el concursado sus deudas.

Para la determinación de la masa activa, se tendrá en cuenta el principio de universalidad, y se incluirá así mismo el asesoramiento de expertos independientes que reconoce el art. 83 para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones.

En lo que respecta a aquellos bienes de propiedad ajena en poder del concursado sobre los que éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregadas por la administración concursal a los titulares legítimos. Si estos bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no pueda reivindicarse, el titular perjudicado podrá exigir la cesión del derecho a la contraprestación o solicitar el reconocimiento del crédito ordinario en el concurso por importe igual a su valor de enajenación.

Al principio de universalidad de la masa activa se oponen excepciones previstas en los arts. 76.2 y 3 LCon acerca de los bienes y derechos que, aun teniendo el carácter patrimonial, sean legalmente inembargables. Por otro lado, se exceptúan a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente. En el caso de que los acreedores no ejercitaran su derecho quedarán sancionados con la pérdida de su privilegio y sometidos a la clasificación y graduación de créditos. La reforma de la Ley 38/2011, sobre este asunto, viene a añadir un nuevo párrafo en el art. 76.3 en el que si la ejecución separada no se hubiera iniciado en el plazo de un año desde la fecha de declaración del concurso, ya no podrá efectuarse, y la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo dispuesto en la LCon.

En otro orden de cosas, el art. 82 de la LCon se encuentra dedicado a la formación del inventario disponiendo que este deberá contener una relación y avalúo de los bienes y

derechos del deudor integrados en dicha masa, además, precisa los asuntos que deben reflejarse respecto a cada uno de los bienes en los siguientes términos: naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Sobre este asunto la Ley 38/2011 viene a incluir un apartado 5 en el art. 82 subrayando que: *los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que éste tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado.*

Cuando el deudor sea casado, la Ley dispone que la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. En el supuesto de que el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro régimen que suponga una comunidad de bienes de la masa activa comprenderá, los bienes propios del empresario y, por otro, los bienes gananciales o comunes. En este caso se prevé la posibilidad de que el cónyuge solicite al juez la división del patrimonio común, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Por otro lado, cuando se establezca que los bienes adquiridos por ambos cónyuges en pacto de sobrevivencia, éste será dividido de la misma forma que si se tratara del patrimonio común y se integrará la parte correspondiente al concursado en la masa, salvo que su cónyuge opte por la adquisición por parte del otro.

Finalmente, la elaboración del inventario será elaborado por la administración concursal -con ayuda de los expertos independientes en caso necesario- después de realizada la separación y exclusión de bienes conforme a lo expuesto y en él se incluirán todos los bienes y derechos que conforman la masa activa; y, se incluirán, además, los saldos acreedores de las cuentas en que el concursado aparezca como titular indistinto, a menos que se apruebe la no pertenencia de éstos.

-XVII-

La masa pasiva resulta ser el elemento esencial del concurso, que parte del principio de igualdad y tratamiento de los acreedores en el procedimiento, a quienes deberán de satisfacerse los créditos, por ello, la administración concursal dentro sus funciones deberá

delimitar los créditos a través de la lista de acreedores, donde se incluirá el importe de cada uno de los créditos y el nivel de jerarquía; en definitiva, a través de este documento, se tendrá en consideración la estructura y la composición de los créditos.

La Ley Concursal no llega a establecer un concepto propio acerca del significado de la masa pasiva, siendo necesario aproximarnos hacia una distinción en la categoría de los créditos para entender su noción, entre aquellos créditos concursales por un lado, y por otro, los créditos contra la masa.

En cuanto a la delimitación de la masa pasiva parte de la esfera en que los titulares de los créditos lo son anteriores a la fecha de declaración del concurso, extendiéndose para su consideración un crédito patrimonial debido a que estos deberán ser computables en dinero, justamente, desde que el acreedor concurre al procedimiento posee la condición de acreedor concursal, debiendo de esta manera ejercitar su derecho, así como el reconocimiento de su crédito a través de su inclusión en la lista de acreedores. Esto es muy importante reconocerlo, debido a que la Ley Concursal no admite que un acreedor, a título individual pueda proceder a ejercitar acciones de ejecución, apremios bien sean administrativos o tributarios.

En el caso en que nos encontremos frente a una comunicación extemporánea de créditos, el procedimiento, a través de la reforma con la Ley 38/2011, abre la posibilidad de un plazo posterior al vencido, principalmente porque se reconoce que a la hora de elaborar la lista pueden existir acreedores que no se encuentren en el territorio, por lo general extranjeros cuyos créditos nacen del suministro de mercancías de una sociedad española. Por tanto, aquella subordinación del crédito por comunicación tardía no será excluida de la masa pasiva, aún esta se presente con posterioridad al informe de la administración concursal.

-XVIII-

Otro de los documentos que deberá acompañarse al informe de la administración concursal es el escrito de evaluación de las propuestas de convenio y que la Ley Concursal lo regula en los arts. 107 y 115. Mediante este documento, la administración concursal procederá a la evaluación del contenido de la propuesta en atención al plan de pagos y, en su caso, el plan

de viabilidad que la acompañe. En el supuesto de que la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal, por otro lado, en caso de que esta fuera desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el plazo más breve ante el Juez del concurso, quien podría dejar sin efecto la admisión anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Por su parte, la administración concursal deberá comunicar de forma telemática el informe desfavorable o con reservas a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.

En este sentido, nos damos cuenta de que la Ley Concursal distingue dos propuestas de convenio: por una parte, la propuesta anticipada que será aquella presentada por el deudor en la que la aceptación de los acreedores se realiza durante la fase común del concurso, sin necesidad de proceder a la apertura de la fase de convenio, ni la celebración de la junta de acreedores.

En todo caso, solo el deudor podrá presentar la propuesta, estando imposibilitados los acreedores, bajo el argumento de que el saneamiento y supervivencia de la empresa es considerado como la mejor vía para lograr la máxima satisfacción de los acreedores. Por tanto, la Ley configura a la propuesta anticipada como un beneficio al que sólo podrán acogerse determinados concursados, vetando su acceso a aquellos deudores que hubiesen incurrido en conductas u omisiones (art. 105 LCon).

Otro modelo de convenio que ofrece la Ley Concursal es el modelo ordinario, que se considera como la solución normal del concurso y que deberá ajustarse a lo previsto en el art. 100 LCon. Su contenido esencial consiste en la formulación quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

En definitiva, aunque la diferencia entre propuesta anticipada de convenio y la ordinaria radica en la legitimación y en el período de presentación, la propuesta de convenio deberá

ser presentada por el deudor ante el juez del concurso. En este sentido, en el escrito de evaluación de propuesta de convenio, la administración concursal debe manifestar si considera que, en atención a los recursos mencionados en el plan de pagos, o en el eventual plan de viabilidad, el cumplimiento resulta factible, irrealizable o incierto y que, por tanto, la propuesta de convenio merece para la administración concursal una valoración favorable, o desfavorable con reservas.

En este sentido, ha resultado interesante la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 10 de noviembre de 2008 que viene a acreditar: *“que la propuesta de viabilidad patrimonial es estrictamente necesaria para la memoria y para las formalidades del concurso y que la ley señale propuesta significa que ésta deberá realizarse por el concursado y que debería analizarse la viabilidad patrimonial, o en su caso, de no existir, solicitar la liquidación y plantear plan de liquidación. De otra forma se obviaría lo previsto legalmente en cuanto a convenio o liquidación como soluciones normales al concurso”*. Concluimos con que la propuesta de viabilidad ha de resultar básica, tanto a la hora de analizar la conveniencia de emprender un convenio.

-XIX-

En la misma línea de lo expuesto, nos encontramos frente al plan de liquidación, cuya propuesta podrá ser asumida además del deudor o acreedor, también por la administración concursal, (legitimación activa que otorga el art. 142 LCon, a raíz de la modificación con la Ley 38/2011, en cuanto a la planificación de la liquidación), logrando abrir con ello una vía para su elaboración en cualquier momento del concurso, eliminando la práctica acerca de la distinción entre liquidación ordinaria y la liquidación anticipada, y la referencia hacia los supuesto de no mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio.

En este orden de cosas, el escrito acerca de la planificación de la liquidación, deberá lograr una reasignación de recursos del concursado con vistas a la realización forzosa de sus bienes y derechos. Suponemos además que mediante este plan, estaremos frente a una de las vías solutoria del concurso cuyo fin es la recuperación del crédito.

Para la efectividad de la realización se buscarán vías no sólo las establecidas en el propio procedimiento como la subasta, también deberá la administración concursal proceder a la venta de los bienes mediante persona o entidad especializada, siendo de gran ayuda cuando el procedimiento revista mayor complejidad.

Así será necesario que los bienes para su realización, hayan sido valorados previamente por la administración concursal debido a que pudiéramos encontrarnos que estos hayan sufrido cualquier modificación, incluyendo cambios como unidades físicas. En cualquier caso, la relación del juez con el plan de liquidación viene en cierto sentido limitado, esto es así porque, este deberá aprobar el plan en los términos propuestos por la administración concursal. En caso de que el plan sea observado, deberá el juez, introducir en él, las modificaciones necesarias y propuestas debiendo necesariamente ser argumentadas tanto en aspectos jurídicos como económicos que sirvan al juez para que consistan en un plan alternativo que sustituya al propuesto.

-XX-

Por último, nos encontramos frente al numeral 5º del apartado 2 del artículo 75 de la LCon introducido a través del Real Decreto-Ley 11/2014, *de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal*, que reconoce en el informe de la administración concursal, una valoración de la empresa en su conjunto y de unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.

En términos generales, para la valoración de la empresa se requiere no sólo de elementos técnicos debido a que en ella se deberá reconocer la intervención de gestores. Aunque pudiera resultar mucho más sencillo establecer este valor mediante un patrón de medida, lo cierto es que en la práctica se han optado por múltiples patrones que pueden ser o no efectivos, entre los que la doctrina reconoce se encuentran aquellos simples: el Activo Neto Real, Valor Sustancia, Valor de Rendimiento, y por otra parte, encontramos aquellos parámetro compuestos, que resultan de la combinación de dos o más métodos simples.

La administración concursal para poder llevar a cabo la valoración de la empresa en su conjunto, además de utilizar los mecanismos, sean simples o compuestos, deberá emitir una

opinión, un juicio que trate de aproximarse a la realidad técnica y fundamentada a través de supuestos razonables. En este sentido, la valoración de la empresa en su conjunto deberá partir por una lado, del conocimiento real y económico de la misma, y por otro, de involucrarse en el conocimiento del propio negocio, aunque esto puede resultar un problema cuando se trate de empresas con magnitudes enormes que dispongan de patentes y modelos de utilidad.

Para valorar correctamente debemos entonces conocer las limitaciones conceptuales y los problemas de aplicación, en otras palabras, no es lo mismo valorar la empresa para su liquidación, que para proceder a su venta, o incluso para una reorganización.

El legislador, en el afán de lograr y garantizar la continuidad de la actividad empresarial para los concursos en fase de liquidación facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera unidades productivas.

Por tanto, la exigencia hacia la administración concursal a través de este documento que se acompañará al informe posee una doble visión: primero, una valoración de la empresa que contendrá aquella expresión monetaria de los elementos que componen el patrimonio de la propia empresa, de su actividad, su potencialidad o de cualquier otra característica, tangible o intangible y, por otro lado, aquellas unidades productivas en el procedimiento concursal, esto es, capital humano y líneas de producción, que una vez se ponga a la venta se conseguirá minimizar la destrucción del tejido productivo y otorgar una segunda oportunidad a las sociedades que atraviesan problemas de insolvencia.

No hay que olvidar que en el afán de mantener la empresa en funcionamiento el legislador viene a reforzar en materia de liquidación determinados preceptos del Capítulo II del título V de la Ley Concursal mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. Y, que en caso, de transmisión de unidades productivas, se logren ceder al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El

adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Esta valoración de la empresa que resulta de por sí bastante compleja, lo que sin duda logrará es incrementar el trabajo de la administración concursal, y que, por supuesto tendrá un efecto inmediato, en muchos casos, por tener que solicitar una prórroga en el plazo de presentación del informe.

-XXI-

El informe de la administración concursal concluye con la exposición motivada de la administración concursal acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

En este apartado contendrá un resumen, a modo de conclusión, de toda la información anteriormente analizada, resultando muy necesario en cuanto la situación patrimonial que logre reflejarse definirá el déficit patrimonial del concursado, con una únicas modificaciones en torno a las resoluciones judiciales sobre incidentes relacionados con el inventario y la lista de acreedores y, en su caso, de las posibles integraciones al patrimonio a través de acciones rescisorias.

En definitiva, el contenido de este documento deberá dirigirse a aportar aquellos elementos de juicio que la administración concursal considere de mayor ayuda tanto para el juez como para los acreedores, y, sobre todo, en qué medida podría ser factible el mantenimiento de la actividad del concursado.

-XXII-

Como conclusión final, creemos que ha resultado acertado que en el informe de la administración concursal, se logre incorporar una valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas (art. 75.2.5º) y, aunque tuvimos oportunidad de estudiar cada

uno de sus elementos que lo componen, conviene establecer cierto matiz que no podemos dejar pasar, sobre todo porque resulta bastante contradictorio a la hora de la elaboración del informe.

En este sentido, al encomendarse a la administración concursal la valoración de la empresa en su conjunto creemos que el art. 75 de la LCon debería sufrir una reforma, por supuesto no de gran calado, teniendo en cuenta que, con esta valoración, dejará de tener efecto el numeral 3 del artículo en referencia, debido a que este concluirá con la “exposición motivada de la administración concursal acerca de la situación patrimonial del deudor y cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes” lo que producirá una doble información, prácticamente de los mismos elementos que integran estos informes.

Por ende, hubiera sido de agradecer que el legislador delimitase aquellos elementos necesarios y principales sobre los cuales deberá la administración concursal elaborar esta valoración de la empresa y unidades productivas.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002.

AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ, A. (Dir.), Madrid, Thomson Civitas, 5ª ed., 2005.

AA.VV., *Aspectos de la nueva Ley Concursal. Concursos, créditos, administradores, jueces*, Reus, 2004

AA.VV., *Comentarios a la Legislación concursal*, SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir.), Lex Nova, 2005.

ALBA FERNÁNDEZ, M., “Armonía y armonización en el régimen de la insolvencia transfronteriza y los derechos con garantía real sobre el buque o la aeronave”, en *RDCP*, nº 25, 2016.

ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

ALCOVER GARAU, G., “La designación de la Administración Concursal atendiendo al Tamaño del Concurso” en ROJO, A., GALLEGO, E., CAMPUZANO, A., (Coords.) *La administración Concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson Reuters, 2016.

- *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

ALONSO ENCISO-MUÑIMER, M^a., “El convenio concursal” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

ALONSO ESPINOSA, F., “El informe de la Administración Concursal” en *RDCP*, nº 2013, La Ley.

ALONSO LEDESMA, C., “Delimitación de la masa pasiva: las clases de crédito y su graduación” en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR

EZQUERRA, J. (Coords.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, Dilex, 2003.

- “Los modelos de administración concursal” en ROJO, A.; GALLEGU, E.; CAMPUZANO, A., (Coords.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2016.

ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 171.3 del Anteproyecto de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad”, en *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Dilex, 2002.

ALONSO, B., “Derecho concursal y fianza” en *Revista de Derecho Privado*, 1993.

ÁLVAREZ OLALLA, P., “Comentario al artículo 83 de la Ley Concursal” en AA. VV. BERCOVITZ, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I., Madrid, 2004.

AMO BARAYBAR, F., “El procedimiento concursal: los planes de viabilidad” en GARNICA MARTÍN, J. (Coord.), *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XVIII, Madrid, 2004.

ÁNGEL, R.; HERNANDO, J.; PRENDES CARRIL, *Tratado Práctico Concursal*, T.II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio*, Concursal, Barcelona, 2006.

ARRANZ C., “La retribución de los administradores concursales en el impuesto sobre el valor añadido”, en *ADC*, nº 38, mayo-agosto 2016.

ARROYO, I., MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho Concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.

ASENCIO MELLADO, J.M., “Art. 33”, en *Ley Concursal, comentarios, jurisprudencia y formularios*, GALLEGO SÁNCHEZ, E., (Coord.), Madrid, La Ley, 2002, p. 398 y ss.

- “La competencia objetiva del Juez del concurso”, *Práctica de los Tribunales*, La Ley, nº 5, mayo de 2005.
- “Juez del Concurso” en *Enciclopedia del Derecho Concursal*, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.), Navarra, Thomson Reuters, t. II, 2012.
- “Declaración del Concurso” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN E., GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, t. I, 2012.

ASENSI, A., “La recusación de los administradores concursales”, en ROJO, A.; GALLEGO, E. y CAMPUZANO, A. (Coords), *La administración Concursal. VII congreso del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

AYALA BLANCO, J “Aras 74-75”, en SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II., Valladolid, Lex Nova, 2004.

AYALA BLANCO, J “Artículos 74 y 75”, en SANCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II, Valladolid, Lex Nova, 2006.

BALLESTEROS PALAZÓN, B., “El plan de liquidación. Contenidos y efectos”, en DÍAZ-GÁLVEZ, J., (Coord.), *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012.

BAÑULS, F.A., “La rendición de cuentas de los administradores concursales” en *ADC*, nº 35, Thomson- Reuters, 2015.

BARIATTI, S., “La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del trattato CE”, *Diritto Unione Europea*.

BARRERO RODRIGUEZ, E., “La responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados”, en AA.VV., *Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. II., Madrid, Marcial Pons, 2005.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.:

- “Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002.
- “La prohibición de la autocontratación de los administradores concursales” en *ADC*, núm. 1, 2004.
- “De los efectos de la liquidación”, en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.II, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- “Efectos sobre el deudor persona jurídica”, ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dir.), en *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson, Madrid, 2004.
- “Comentario al artículo 46 LCon”, en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Dir.) *Comentario a la Ley Concursal*, Vol. I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004
- “Efectos sobre el deudor persona jurídica”, ROJO, A., BELTRÁN, E., (Coords.) en *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- “La apertura de la fase de liquidación” en QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A., GARCÍA-CRUCES, J., *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, 2005.
- “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos”, en ÚRIA-MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, T. II., Thomson-Civitas, 2007.

- “El reconocimiento de créditos” en *Los problemas de la Ley Concursal (I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia)*, Madrid, Thomson Civitas, 2009.
- “El reconocimiento de créditos”, en *Los problemas de la Ley Concursal (I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009.
- *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Pamplona, 2009.
- “Créditos contra la masa” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.
- “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores” en ROJO, A., BELTRÁN, E. (Dir.) *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2011.
- “Responsabilidad Concursal” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

BELLIDO, R. “Ejercicio de acciones del concursado” en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson –Civitas, Madrid, 2004.

- “Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes” en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- “Ejercicio de acciones del concursado” ROJO, A., BELTRÁN, E., en *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

BENITO DE LOS MOZOS, I., “Comentario del art. 99 de la Ley Concursal. Requisitos formales de la propuesta de convenio” en AA.VV. *Comentario práctico de la nueva Ley Concursal*, Madrid, 2012.

BERMEJO GUTIERREZ, “Sociedad de Gananciales, patrimonios separados y concurso”, *ADC*, 2009.

BERMEJO, N., “Reconocimiento de créditos” en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Coords.) *Comentarios de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004.

BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid, McGraw-Hill, 2004.

BLANQUER UBEROS, R., “Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones” en OLIVENCIA RUIZ, M. (Dir.), *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, nº 59, 2005.

BLANQUER UBEROS, R., *Las garantías reales en el concurso*, Navarra, Thomson Civitas, 2006.

BLASCO GASCÓ, F., “De las operaciones de liquidación” en SAGRERA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II., Madrid, Bosch, 2004.

BLASCO GASCÓ, F., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Cizur Menor, 2004.

- *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

BORRÁS DE QUADRAS, A., “Artículo 48 Ley Concursal”, SAGRERA TIZÓN, J.M.; SALA REIXACHS, A; FERRER BARRIENDOS, A., (Coords.), en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I, Bosch, Barcelona, 2004.

BORRÁS RODRIGUEZ, A., “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam” *REDI*, vol. II, 2000.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 20ª Edición, Madrid, Tecnos, 2013.

- BRUNETTI, A., *Tratado de Quiebras*, traducción de Joaquín Rodríguez, México, 1945.
- BUSTO LAGO, J.M., “La formación de la masa activa del concurso” PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., (Dir.) en *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2005.
- BUTRÓN BALIÑA, P., “Fase de liquidación”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, J., (Dir.), *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo, 2005.
- CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.
- CALVO CARAVACA, L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de ley aplicable”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos Internacionales del Derecho Concursal*, Ed. Laborum, Murcia, 2004, pp. 360 y ss.
- CAMPUZANO, A., “Hacia el texto refundido de la Ley Concursal”, en *ADC*, nº 36, septiembre-diciembre 2015.
- CANDELARIO MACÍAS, I., *El mediador concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- “Derecho Español” en GRAZIABILE, D. (Dir.), *Tratado del Síndico Concursal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
 - *Lecciones de Derecho Concursal*, Ed. Tecnos, 2012.
 - “Consideraciones en torno a la Responsabilidad del Mediador Concursal” en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 10, 2015.
- CARBAJO CASCÓN, F., “Cuentas anuales”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012.

CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores” en *ADC*, nº. 27, 2012.

CARBAJO CASCÓN, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores”, en *ADC*, nº. 27, 2012.

CARRACEDO CARRASCO, E., “La responsabilidad penal de los administradores concursales” en *ADC*, nº 24, 2011.

CARRERAS LLANSANA, J., “El juez y la sindicatura del concurso” en AA.VV, *La reforma del Derecho de quiebra*, Madrid, 1982.

CASANELLAS BASSOLS, R., “El nuevo plan general de contabilidad y el concurso de acreedores”, en *RDCP*, nº 11, Sección Cuestiones Prácticas, Segundo semestre de 2009.

CASANELLAS, R., “Plan de Liquidación” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

CASANELLAS, R., “Plan de Liquidación”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2012.

CASTRO ARAGONÉS, J.M., “La administración concursal” en NIETO DELGADO, C. (Coord.), *Derecho Concursal* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

CATALLOZZI, P., “Amministrazione del patrimonio fallimentare, Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni”, *Il Fallimento*, núm.9, 2009.

CAZORLA GONZALÉZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica”, *RDCP*, La Ley, núm. 17, Sección Varia, 2012.

CERDÁ ALBERO, F., “Informe jurídico sobre las funciones de la administración concursal y sus consecuencias en la aplicación de la retribución arancelaria”, *Estudio jurídico y económico sobre el arancel de derechos de los administradores concursales, documento núm. 8 del Registro de Economistas Forenses*, CGCEE, diciembre 2006.

CERDÁ ALBERO, F., SANCHO GARGALLO, I., *Curso de derecho concursal*, Colex, 2000.

CERDÁ RICHART, B., *La suspensión de pagos y la intervención judicial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1946.

CERVERA MARTÍNEZ, M., “Efectos del concurso sobre los contratos” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CORDERO LOBATO, E., “Artículo 84 de la Ley Concursal”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Tecnos, 2004.

CORDÓN MORENO, F., “La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial”, en *ADC*, nº 34, enero-abril, 2015.

CORDÓN MORENO, F., *Procesos civiles*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial.*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 3ª ed., 1999.

CORTÉS, L., *Curso de Derecho Mercantil II*, Civitas, Madrid, 2002.

COSTA REYES, A., “El tratamiento concursal del personal de alta dirección” en *Revista de Temas Laborales*, núm. 80/2005.

CUENA CASAS, M, “Alimentos” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

- “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores” *ADC*, nº 20, 2009.
- “Persona casada” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Aranzadi, 2012.

CURTO POLO M., “Junta de acreedores” en BELTRÁN, E. y GARCÍA.-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I., Navarra, 2012.

DANIELE, L., “Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza” *RDIPP*, I, 2002.

DASSO, A., “Derecho Italiano” en *Tratado del Síndico Concursal*, GRAZIABILE, D., (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

- *Derecho Concursal Comparado*, T. II, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008.

DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., y HERNANDO MENDIVIL, J., “Comentario al artículo 47 de la Ley Concursal”, en PRENDES CARRIL, P., *Efectos de la declaración de concurso*, T.II., Pamplona, 2009.

DE BOER, M., “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, en *Essays F.K. Juenger*, New York, 2001.

DE CASTRO ARAGONÉS, J., “El Plan de Convenio y el plan de viabilidad”, en MARTÍN MOLINA, P. y DEL CARRE, J. (Coords.), *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas*, Madrid, Dykinson S.L., 2013.

- “La administración concursal” en NIETO DELGADO (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

DE CESARI, P., “Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”, *RDIPP*, 2003.

DE LA CUESTA RUTE, J., “A propósito de la función del convenio en el concurso”, *ADC*, nº 4, Madrid, 2005.

- *El convenio concursal*, Thomson Aranzadi, 2004.

DE LA MORENA SANZ, G. y DE LA MORENA, A., “El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales”, *RDCP* nº 18, 2013.

DE LA MORENA, G. “Retribución de la Administración Concursal (STS 8 de junio de 2016)”, [en línea], (Visto por última vez el 23 de octubre de 2016), disponible en: <http://delamorena.net/retribucion-la-administracion-concursal-sts-8-junio-2016/>.

DE LA VEGA, B., “El fundamento de la exigencia del aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores concursales”, en ROJO, A., CAMPUZANO, A., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, t. II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

DEL PUERTO CABRERA, L., “El crédito tributario contra la masa y su aplazamiento” en *RDCP*, nº 24, 2016.

DÍAZ ECHEGARAY, J., *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, Thomson Aranzadi, 2004.

DÍAZ GONZÁLEZ, F., “El concurso de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855” en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 34, Thomson Reuters, p. 331, quien cita además a ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, t. XII, Madrid, 1870.

DÍAZ MORENO, A., “Reconocimiento de créditos y fases del concurso en el procedimiento ordinario”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012.

- “Artículo 128 de la Ley Concursal” en ROJO, A. y BELTRÁN, E., (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- “El tiempo de comunicación y la clasificación de los créditos”, *ADC*, nº 20, 2010.

DIAZ SOTO, M., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Reus, Madrid, 2006.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre, 2002.

DIEZ-PICAZO, I., “Los Juzgados de lo Mercantil” en ROJO, A., (Dir.), *La legislación Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

DOMINGUEZ CABRERA, M., “El modelo legal de retribución del administrador concursal” en *ADC*, nº 21, 2010.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia”, en *Crónica de Legislación, Universidad de Salamanca*, enero-junio 2015, [en línea], disponible en: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366> (visto por última vez el 16 de agosto de 2015).

DOMINGUEZ VIGUERA, M., “El artículo 871 del Código de Comercio y la suspensión de pagos”, en *Ministerio de Justicia*, [en línea], disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344047163>, (visto por última vez el 15 de marzo de 2015).

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, 2007.

ESPIGARES, J., “Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal”, en ROJO, A.; GALLEGU, E.; CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

ESPINAR, E., “Cómo evitar el concurso de acreedores en tres meses: el mediador concursal”, *Andalucía Económica*, septiembre 2013.

ESPLUGUES MOTA, C., “Procedimientos concursales con elementos de extranjería: competencia judicial internacional, ley aplicable al proceso y eficacia en España de los concursos iniciados en el extranjero”, AA.VV., *Suspensión de pagos, quiebra, e insolvencias punibles. Doctrina, Jurisprudencia y formularios*, T.III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, 2 ed., La Ley, Madrid, 2009.

- “Sobre la posibilidad de plantear expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores, pretensiones de modificación del contenido de la misma”, *RDCP*, nº 7, 2007.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El Registro de Resoluciones Concursales”, en *ADC*, nº. 7, 2006.

- “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su desjudicialización”, en *ADC*, nº 31, agosto 2014.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico del mediador concursal”, en *RDM*, Abril-Junio 2014.

FERNÁNDEZ R., *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, Ed. Compañía Impresora Argentina, 1937.

FERNÁNDEZ RUIZ, J., “La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal”, en *RDM*, nº 251, enero-marzo, 2004.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a. “Notas sobre la liquidación anticipada”, en *ADC*, nº 20, 2010.

FERNÁNDEZ PÉREZ, R. “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación en el supuesto de concurso de sociedades mercantiles” en *Gobierno corporativo y crisis empresarial, II Seminario de Harvard-Complutense de Derecho mercantil*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ, P., “Métodos de valoración de empresas” en Documentos de investigación, IESE Business School, Universidad de Navarra, DI-771, [en línea], disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/di-0771.pdf> (visto por última vez el 17 de septiembre de 2016).

FERRÉ FALCÓN, J., “Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado” en *RDCP*, nº 34, 2015.

FERRÉ J. y KELLER, N., “La reforma de la legislación concursal alemana” en *ADC*, nº. 27, 2012.

FERRER MARTÍN, D., La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos, *Revista de derecho Procesal*, Madrid, 1961.

FLORES SEGURA, M., “La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores”, en *ADC*, nº 38, mayo-agosto 2016.

- “La propuesta de simplificación de los procedimientos de insolvencia en el Reino Unido” en *RDCP*, nº 38, 2016.

FONT SERVERA, J., “La propuesta Anticipada de Convenio”, *RDCP*, nº 3, Madrid, 2005.

FRIEGOLA RIERA, A., “Reconocimiento de créditos”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

- “El incidente de impugnación de la lista de acreedores” en AA.VV., BELTRÁN, E. y PRENDES, E., *Los Problemas de la Ley Concursal*, Pamplona, 2009.

FUENTES DEVESA, R., “Algunas cuestiones sobre el llamado concurso express”, en MARTÍN MOLINA, P. y DEL CARRE, J., (Coords.) *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas*, Madrid, Dykinson, S.L., 2013.

- “La designación por turno. La designación judicial” en ROJO, A.; GALLEGU, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

FUENTES NAVARRO, M., *Grupo de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, 2007.

GADEA SOLER, E., “Comentarios a los arts. 68 y 69”, en PULGAR, J., LEDESMA ALONSO, J., UREBA ALCOVER, G., (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. I, Dykinson, 2005.

GALÁN LÓPEZ, C., “La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge” en *RDCP*, nº 1, 2004.

GALLEGU SÁNCHEZ, A.:

- “La formación de la masa pasiva” en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho concursal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- “De la presentación del informe del administrador concursal” en AA VV, GALLEGU SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, T.I., Madrid, Las Rozas ed., 2005.
- “La administración concursal” en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, t. II, 2004.
- “La mediación concursal”, Nº 31, Anuario de Derecho Concursal, 2014.
- *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61 y ss.

- “Ley Concursal, Comentarios, jurisprudencia y formularios”, en AA.VV, GALLEGO, E. (Coord.), T.I., Madrid, La Ley, 2005.
- “El informe de la administración concursal” en HERNANDEZ MARTÍ, J., (Coord.), Concurso e insolvencia punible, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “Concurso de la persona jurídica” BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.
- “La calificación del concurso” en Concurso e insolvencia punible, Valencia, 2004.
- “La –sorpresiva e inadecuada- reforma del régimen de la Administración Concursal”, en ROJO, A., y CAMPUZANO, A., (Coords.) *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, t. II., Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCÍA GIL, J., *La Suspensión de Pagos y la Quiebra en la Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 1994.

GARCÍA PITA, J., Los créditos contra la masa, en *ADC*, nº 3, 2004.

GARCÍA RUÍZ, E., “Transmisiones de unidades productivas en concurso y créditos hipotecarios” en *RDCP*, nº 25, 2016.

GARCÍA VICENTE, J., “Garantías Reales” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

- “Inhabilitación” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

GARCÍA VILLARRUBIA, M., “Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolución normativa”, en *BDM*, Julio, 2011.

GARCÍA VILLAVERDE, R., “El presupuesto subjetivo del concurso” en ALONSO UREBA, A., Y PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.) *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002.

GARCÍA-ALAMÁN, B., “Efectos de la declaración del concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GADARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

GARCÍA -CRUCES, J.:

- *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO, A. (Dir.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- “Sustitución de los inhabilitados” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Madrid, 2004..
- *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra, 2004

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

- “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, en AA.VV. (GARCÍA –PERROTE, Coord.) *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, 2004.
- “Los contratos del personal de alta dirección en la reforma concursal”. *Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Concursos Conexos” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

- “La acumulación de concursos”, en *ADC*, nº 20, 2012.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora” en *RDCP*, nº 27, 2015, p. 87.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El reglamento de insolvencia: una aproximación general”, en AA.VV, *Cooperación Judicial Internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.

GARNACHO CABANILLAS, L., “La reforma concursal. ¿Un cambio de política jurídica efectivo o sólo pretendido?” en *RDCP*, nº 24, 2016.

GARNICA MARTÍN, J., “Artículo 21” en, SAGRERA TIZÓN, J. y SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal* Barcelona, Bosch, T.I, 2004.

GARRIDO J.:

- *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Aguirre, 8ª ed., t. II., 1983.
- “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal del profesor Ángel Rojo”, en *RDBB*, 1996.
- “De la publicidad y de la impugnación del informe” en ROJO, A., BELTRÁN, E., (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- “Pago de créditos con privilegio especial” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Madrid, Thomson Reuters, 2004.

GIMÉNEZ RAMÓN, R., “Créditos subordinados” en MARTÍN MOLINA, P; GONZÁLEZ BILBAO, E. y CARRE DÍEZ-GÁLVEZ, J. (Coords.), *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012.

GIRÓN TENA, J., Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985.

GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*, Madrid, Thomson-Reuters, 1998.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857.

GÓMEZ LOPEZ, E., “Los colaboradores de la administración concursal”, en ROJO, A; GALLEGO, E. y CAMPUZANO, A., (Coords.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

GÓMEZ LOZANO, M., “¿Cualquier acreedor puede solicitar el concurso?” en *RDCP*, nº 23, 2015.

GÓMEZ MARTÍN, F.:

- “Estructura del Informe” en AA VV, PRENDES CARRIL (Coord.), *Tratado Práctico Concursal*, T. III., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2009.
- *Administración concursal*, WK Educación, Bilbao, 2004.
- “La administración de los procesos concursales”, *Partida Doble*, nro. 141, 2003, p. 24.

GÓMEZ MENDOZA, M., “La rehabilitación de créditos en el concurso” en *RDCP*, nº. 6, 2007.

GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Madrid, Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., 1976.

GONZÁLES PASCUAL, J., “La información contable y los informes de la administración judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal”, *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, 3ª Época, nº. 20-2002.

GONZÁLEZ BILBAO, E., “Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº. 94, 2004.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Lista de acreedores”, en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La retribución de la Administración Concursal” en ROJO, A.; GALLEGO, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Navarra*, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentario del art. 99 de la Ley Concursal. Requisitos formales de la propuesta de convenio” en AA.VV, BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I., Madrid, 2004.

GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de Quiebras*, Madrid, Imprenta de C. González, 1856.

GONZÁLEZ-MENESES, M., “Reestructuración de empresas y operaciones sobre activos esenciales. (La aplicación práctica de la regla del art 160 f) LSC a la vista de la DGRN)” en *RDCP*, nº 24

GONZÁLEZ PASCUAL, J., “La Valoración en los procesos concursales” en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXVIII, nº 98, enero-marzo, 1999.

GONZÁLEZ TREMOLS, A., “Propuesta anticipada de convenio” en BELTRÁN E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

GONZALEZ URIA, R., *La quiebra de la "Barcelona Traction"*, Artes Gráficas Quintanilla, Barcelona, 1953.

GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GUILARTE ZAPATERO, V. "Créditos con privilegio especial" en SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIERREZ (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, T.II., Lex Nova, 2005.

GURREA CHALÉ, A., "La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el derecho español" en ROJO, A. y CAMPUZANO, A., *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., "La naturaleza jurídica del convenio concursal", en ROJO, A. y CAMPUZANO, A. (Coords.), *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, T.II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

HARNER, M. y SIGNES DE MESA, J., "La reforma del capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code" en *RDCP*, nº 24, 2016.

HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M., y ORELLANA CANO, N., en PRENDES CARRIL, P. (Coord.) *Tratado Práctico Concursal*, T. I., Navarra, Thomson Reuters, 2009.

HERNANDO CEBRÍA, L., "El juicio de la información contable en el informe del administrador concursal" en *ADC*, nº 18, 2009.

HERNANDO MENDIVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Bosch, Madrid, 2013.

HERREO DE EGAÑA, J., "La reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia" en ROJO, A.; CAMPUZANO, A., *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

HERREO DE EGAÑA, J., “La reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia”, en ROJO, A., CAMPUZANO, A., *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, T. II., Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2003.

- *Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal*, La Ley, nº 6437, 2006.

HERRERO PEREZAGUA, J., “Comunicación de créditos” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

- “procedimiento abreviado” en BELTRÁN, E.; GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, t. II., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

HUALDE LÓPEZ, I., “El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa”, en *RDCP*, nº 8, agosto, 2008.

HURTADO IGLESIAS, S., “La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, en *RDCP*, nº. 14, 2010.

ILLESCAS RUS, A., “Comentario al art. 35”, en VV.AA., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., (Coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004.

- “Comentario al art. 37” en, VV.AA. FERNANDEZ BALLESTEROS, A. (Coord.), *Derecho concursal práctico* Madrid, 2004.

IRIBARREN, M., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales” en *ADC*, nº. 29, mayo-agosto de 2013.

IZUEL GASTÓN, J., “Informe de la Administración Concursal. Textos definitivos”, en MARTÍN MOLINA, P.; DEL CARRE, J., (Coords.), *La aplicación práctica de la nueva*

Ley Concursal tras un año de vida. El análisis de los especialistas, Madrid, Dykinson, 2013.

JACQUET YESTE, T., “Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio, en *RDCP*, nº 4, 2006.

- *La propuesta anticipada de convenio*, Madrid, 2012.

JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal, nombramiento y cese”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal Navarra*, Thomson Reuters-Aranzadi, t. I, 2012.

- “Administración concursal. Composición del Órgano” en, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal Navarra*, Thomson Reuters-Aranzadi, T. I, 2012.
- “Artículo 35 de la Ley Concursal” en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, A., BELTRÁN E., (Coords.), Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- “Auxiliar Delegado” en, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES J.A., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Pamplona, Thomson Reuters –Aranzadi, T.I., 2012.

KLEIDERMACHE, A., “Derecho Francés” en GRAZIABILE, D., (dir.), *Tratado del Síndico Concursal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

KOLMANN, K., “Diritto Fallimentare europeo ed internazionale. Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure d’insolvenza”, *European Legal Forum*, fasc.3, 2002.

LARA GONZÁLEZ, R., “Concreciones y ampliaciones en el contenido del informe de gestión”, en *RDM*, nº 252, 2004.

LEÓN SANZ, F., “Masa Pasiva”, en BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

LEÓN SANZ, F., “Reintegración de la masa” BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Coords.) en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson Reuters–Aranzadi, Navarra, 2012.

LOPEZ HUALDE, I, “El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa” en *RDCP*, nº 8, 2008.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La tramitación escrita del convenio” en GARCÍA-CRUCES, J., LÓPEZ SÁNCHEZ, J., (Coords.), *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Madrid, Aranzadi, 2009.

- “Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 ter 1 de la Ley Concursal” en ROJO, A., Y CAMPUZANO, A., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V congreso español de Derecho de la Insolvencia y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, 2013.

LOUSADA AROCHENA, J. “La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa” en *Revista de Actualidad Laboral*, La Ley, 1996.

LLADÓ LEÓN, J., *Administrador judicial*, 2ª Ed., Nautilus, Madrid, 1999.

LLEBOT MAJÓ, J., “Deberes y responsabilidades de los administradores”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E., (Dirs.) *La responsabilidad de los administradores*, Tirant Lo Blanch, 2005.

MACHADO PLAZAS, J. “La administración concursal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Lei Concursal, nº. 4, 2004.

- “La sentencia de calificación” en NIETO DELGADO, C. (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

MADRAZO LEAL, J., “Rehabilitación de créditos”, en ROJO, A., BELTRÁN E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, T. I, 2004.

- “Rehabilitación de Contratos” BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J. A., (Dir.) en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012..

MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador –“posible administrador”- concursal. ¿Mediador o “negociador” mercantil?”, *Práctica de Tribunales*, nº 109, julio-agosto, 2014.

- “La entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo mercantil y del Tribunal de marcas, dibujos y modelos comunitarios” *Diario La Ley*, nº 5773, 5 de mayo de 2003.
- “La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal” *Diario La Ley*, nº 6213, 2005, p. 1613.

MAIRATA LAVIÑA, J., “Los efectos del concurso”, en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley concursal de 2001*, Madrid, 2002.

MALAGÓN RUÍZ, P., “Estructura del Informe e Inventario de la masa Activa” en MARTÍN MOLINA, P.; GONZÁLEZ BILBAO, E., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J., (Coords.), *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012.

MARIMÓN DURA, R., “Informe de la Administración Concursal”, en BELTRÁN, E y GARCÍA-CRUCES, J. (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

MARÍN LOPEZ J., “La limitación de las facultades patrimoniales del concursado”, *Aranzadi Civil*, nº 13, 2005.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Información financiera y preconcursalidad”, en *RDCP*, nº 18, La Ley, 2013.

MARTÍN REYES, M., “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”, en *ADC*, nº. 26, 2012.

MARTÍNEZ ARESO, A., “El procedimiento abreviado”, BELTRÁN, GARCÍA-CRUCES Y PRENDES (Dir.), *La reforma Concursal*, Madrid, Civitas, 2011.

MARTÍNEZ FLÓREZ A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor” en *ADC*, nº. 6, 2005.

- “Facultades patrimoniales del deudor”, en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes integrantes de la masa activa” *Revista del Poder Judicial*, nº. extra 18, 2004.
- “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso” en *ADC*, nº 13, 2006.
- “Desapoderamiento (Significado y Naturaleza)”, BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.

MARTÍNEZ JIMENEZ, I.; SIERRA NOGUERO, E. “Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Ed. Marcial Pons, Tomo II, 2005.

MARTÍNEZ ROSADO, J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003 de julio, concursal) AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T.I., Madrid-Barcelona, 2005.

MARTÍNEZ SANZ, F., “Responsabilidad Civil y Penal de los administradores concursales”, en *ADC*, nº 31, enero-abril 2014.

MELERO BOSCH, L., en “Hacia la societarización de la administración concursal” en *RDCP*, nº. 15, 2011.

MERCADAL VIDAL, F., “Artículos 1 al 7” en SAGRERA TIZÓN, J., SALA REIXACS, A. y FERRER BARRIENDOS, A., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I., Barcelona, Bosch, 2004.

MERCADER, J. y ALAMEDA, T., “Contratos de trabajo”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I., Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MONSERRAT, A., “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, en *ADC*, nº 14.

MONTÉS PENADÉS, V., “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, en *ADC*, nº 1, 2004.

MONTOYA MELGAR, A., “Contrato de Trabajo”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, B., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Los efectos anudados a la apertura de la liquidación concursal”, en GARCÍA-CRUCES, J., (Dir.) *La liquidación concursal*, Cizur Menor, 2011.

- “Expertos Independientes” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2004.

MORÁN BOVIO, D., “Obligación de intereses en la Ley Concursal”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. III., Madrid, Marcial Pons, 2005.

MORÁN CRUZ, L “De la presentación del informe del administrador concursal”, en AA.VV. SALA, A; MERCADA, J. y CUAVILLAS-ALONSO, J., (Coords.), *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, 2004.

MORILLAS JARILLO, M., “La reforma del derecho concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio” *Revista de Derecho de los Negocios*, nº 149, febrero 2003.

- *El Concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid, 2004.
- “Efectos de la declaración del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- El concurso de la sociedad, Madrid, 2004; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, “Efectos personales del concurso”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- “La reforma del Derecho concursal español: el Proyecto de Ley concursal de 5 de julio de 2002. *Derecho de los Negocios*, nº. 149, 2003.

MORRAL SOLDEVILA, R., “Auxiliares Delegados”, en, SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal* Barcelona, Bosch, 2004.

- “La administración concursal” SAGRERA TIZÓN, J. M^a. SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDO, A., (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I, Barcelona, 2004.

MOYA, J., “El ejercicio de las funciones de la administración concursal”, en ROJO, A.; GALLEGU, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

- “Los deberes fiduciarios impuestos a la administración concursal” en *RDCP*, nº 24, 2016.

MUÑOZ IZQUIERDO, N., “La utilidad de la información financiera en el procedimiento concursal” en *RDCP*, nº 23, 2015.

MUÑOZ MONTAGUT, C., *La administración concursal tras la reforma 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MUÑOZ PAREDES, A., “Impugnación del inventario y la lista de acreedores”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MUÑOZ PLANAS, J., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, Civitas, 2003.

MUÑOZ VILLARREAL, A., “La responsabilidad tributaria de la administración concursal”, en *ADC*, nº 25, 2012-1.

MUÑOZ, L., “Acumulación de procesos declarativos”, en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012.

NIETO DELGADO, C., “Concurso con elemento de extranjería y Derecho Internacional Privado”, en NIETO DELGADO, C., *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

NIGRO, A. & VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2ª ed., Bologna, 2012.

NOVAL PATO, J., *El informe de la administración concursal*, La Ley, Madrid, 2008.

NUÑEZ LOZANO, P., “La administración del concurso”, Ley 22/2003, concursal: puntos críticos, FLORZA GUERRERO Y GUERRERO LEBRÓN (Coords.), *Ministerio de Ciencia e Innovación*, Madrid, 2009.

OLIVENCIA RUIZ, M. “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal” en *RDCP*, nº. 17, La Ley, 2012.

ORDIZ FUERTES, C., “La administración y el crédito público en el concurso” en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ORTEGA RUEDA, J., “El Reglamento 2015/848, una regulación actualizada para el fenómeno de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea”, *Revista Lex Mercatoria*, nº 15, 2015, pp. 66-69, [en línea], disponible en: [revistas.innovacionumh.es/index.php?journal=el artículo 2 =lexmercatoria](http://revistas.innovacionumh.es/index.php?journal=el%20articulo%20=lexmercatoria). (Consultado por última vez el 8 de agosto de 2016).

ORTELLS RAMOS, M., “Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley Concursal) QUINTANA, I. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J.A., (Dir.) *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

PACCHI, S., “La reforma del Derecho concursal italiano” *Revista de Derecho de los Negocios*, nº. 187, 2006.

PANTALEÓN, F., “La clasificación de créditos” en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

PAÑEDA USUNARIZ, F., “La formación de la masa activa del concurso”, en NIETO DELGADO, C., (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- “Publicidad e Impugnación del informe”, en MARTÍN MOLINA, P., GONZÁLEZ BILBAO, E., CARRE DÍEZ-GÁLVEZ, J. (Coords.), *La Reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012.

PASTOR VEGA, D., *Informes de la Administración Concursal*, 3ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

PEDREIRA GONZÁLEZ, A., “Créditos contra la masa” en NIETO DELGADO, C. (Coord.), *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., “La administración concursal: su régimen jurídico en la Ley Concursal”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº. 3-4, 2011.

- “La administración concursal”, en PEREZ-CRUZ MARTÍN, A (Coord.), *Estudios de Derecho Concursal*, Santiago de Compostela, Ed. Tórculo, 2005.

PETIT LAVALL, M. “La junta de acreedores”, en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2005.

PINTO RUÍZ, J. “La aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal (literalidad y justicia del caso concreto), en *ADC*, nº 19, 2010.

POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores y el consejo de Administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)”, en URÍA, R., MENENDEZ, A., OLIVENCIA, M. (Coords.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1992.

PONS ALBENTOSA, L., “En torno a la reforma de la administración concursal y su desarrollo reglamentario (Notas y reflexiones en el contexto de un debate abierto), *Revista El derecho*, enero 2015.

- “Los auxiliares delegados de la administración concursal tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre” *Boletín de Mercantil*, nº 49, junio de 2012.

PORFIRIO CARPIO, J., *El acceso a la administración concursal. Examen del art. 27 de la Ley concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

- *La junta de acreedores*, Madrid, Thomson Civitas, 2008

PORROW, C., “Un primer estudio de los cambios de la Ley concursal estadounidense de 2005”, en *RDCP*, nº 3, 2005, pp. 355 y ss.

PULGAR EZQUERRA, J.:

- “Comentario del art. 100 de la Ley Concursal. Contenido de la propuesta de convenio” en AA.VV., PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDEZMA, C., ALONSO UREBA, A., y ALCOVER GARAU, G. (Coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. I., Madrid, 2004.
- La declaración del Concurso de acreedores, Madrid, La Ley, 2005.
- La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos), Civitas, Madrid, 1994.

QUIJANO GONZALES, J.:

- “Coordinación de acciones societarias social individual y por deudas y concursales de responsabilidad” en *RDCPC*, nº. 22, La Ley, 2014.
- “La junta de acreedores en el nuevo derecho concursal español”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003.
- “La Junta de acreedores en la nueva legislación concursal”, en *RDCP*, nº 3/2005, La Ley, p. 65.
- QUIJANO, J., *Órganos de Concurso: La administración concursal*, Alemania, Editorial Académica Española LAMP LAMBERT, 2012.

RECALDE CASTELLS, A.:

- “De la presentación del informe de la administración concursal”, en ROJO, A., y BELTRÁN, E., *Comentarios de la Ley Concursal*, T. I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- “El informe de la administración concursal (I): estructura del informe y determinación de la masa activa” en QUINTANA, I; BONET NAVARRO, A.;

GARCÍA-CRUCES, J. (Coords.), *Las Claves de la Ley Concursal*, Navarra, Aranzadi, 2005.

- “Asesoramiento de expertos independientes” en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 1489 y ss.

REDONDO TRIGO, F., “Una reflexión crítica sobre el art. 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº. 710, Madrid, 2008.

RIBELLES ARELLANO, J.M., “Las acciones de reintegración” NIETO DELGADO, C., (Coord.) en *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RIOS SALMERÓN, B. Y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.) *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ed. Laborum, Murcia, 2004.

- “Créditos con privilegio especial” en AA.VV. (SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIERREZ Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II., Lex Nova, 2005.

RIVES Y MARTÍ, F., *Teoría y práctica de las actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, tomo II, Reus, Madrid, 1954.

RORDORF, R., “El proyecto de reforma del derecho Concursal italiano, en RDCP, nº 25, 2016.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Operaciones de liquidación” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en VELASCO, E., (Coord.), *El gobierno de sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 1999.

RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES A.; VIGUERA RUBIO, J.M., “Pluralidad de acreedores” en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

RODRIGUEZ MASEDA, J., “Apertura de la liquidación”, en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *La ley de quiebras y de suspensión de pagos de 31 de diciembre de 1942. Concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía*, México, Porrúa, 1961.

ROJAS i GRAELL, J., Administración concursal de empresas. *Guía orientativa de actuación profesional*, Cedecs, 2005, [en línea], Disponible en: <http://app.vlex.com.biblioteca5.uc3m.es/#ES/vid/253362>. (Consultado por última vez en junio de 2016)

ROJO, A.,

- “Crisis económica y sindicatura en la reforma del derecho concursal”, en AA.VV., *Crisis económica y derecho concursal*, Madrid, 1989.
- “La reforma de la legislación concursal”, en *Escritura Pública*, nº 17, 2002.
- “La representación del empresario”, en MENÉNDEZ A., (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- “Las opciones del Anteproyecto de la Ley Concursal” en *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985.
- *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

- “La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia”. *V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters-Civitas, 2013.
- “Auto de declaración de concurso” en, ROJO, A., BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T.I, Civitas, Madrid, 2004.

ROMERO FERNÁNDEZ, J., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*, Universidad de Sevilla, 2007.

ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 118 de la Ley Concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO LEDEZMA, C.; ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G., (Coord.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II, Dykinson, Madrid, 2004.

ROQUETA RODRÍGUEZ, M., “Artículo 74 LCon” en SAGRERA TIZÓN, J.; SALA REIXACHS, A y FERRER BARRIENDOS, A, (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004.

SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, Ed. Bosch, Vol. 1, 1990.

SALA REIXACHS, A., “Comentario al art. 116 de la Ley Concursal” en SAGRERA TIZÓN, J.; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Barcelona, Bosch, 2004.

SALELLES CLIMENT, J., “Artículo 69 de la Ley Concursal” en SAGRERA TIZÓN, J., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T. I., Bosch, Barcelona, 2004.

SAN JUAN Y MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración Concursal*, Dijusa, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, T. II, 26ª ed., Madrid, 2004.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson- Aranzadi, 2005.

SÁNCHEZ MAGRO, A., “Auxiliares delegados y Expertos Independientes en la Ley Concursal”, en MOLINA, M (Coord.) *La Ley Concursal y la Mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Dykinson, 2014.

SÁNCHEZ PAREDES, M., “Contratos y concurso” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

SÁNCHEZ PAREDES, Mª. L., “Contratos y Concurso” en BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012.

SÁNCHEZ RU, H., “Comentarios a los artículos 24 y 25 de la Ley Concursal” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, T.I., Thomson Civitas, 2004.

SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

SANGUINETI RAYMOND, W., “La extinción del contrato “común” del trabajador “promovido” a un cargo de alta dirección” en *Revista Relaciones Laborales*, La Ley, 1994-I.

SANJÚAN Y MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración Concursal*, Madrid, Dijusa, 2004.

- “El Registro Público Concursal”, en ROJO, A.; GALLEGOS, E. y CAMPUZANO, A., *La Administración Concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2016.

SANTANA PÁEZ, E. y SENENT MARTÍNEZ, S., “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, en *ADC*, nº 12, 2007.

SANTANDREU, P. y TORRES PRUÑONOSA, J., “Selección del método de valoración de empresas en función de la empresa y el ciclo económico: El modelo QQC”, en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 15, 2012.

SASTRE PAPIOL, S., “La masa Pasiva: Prelación de créditos y privilegios”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2004.

SCHMIDT, K., “La reforma del Derecho Concursal Italiano y el Derecho Concursal Alemán. Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana” en *ADC*, nº 10, 2007.

SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Créditos contra la masa tras la reforma de la Ley 38/2011” en AA.VV., *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*, Madrid, FUNDIECO, 2012.

SENENT MARTÍNEZ, S., “De la administración concursal”, en, JIMENEZ SAVURIDO, C. (Coord.), *La nueva regulación concursal*, Madrid, Colex, 2004.

SENÉS MONTILLA, C., “Artículos 190 y 191”, en ROJO A. Y BELTRÁN, E., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

SENÉS, C., “Medidas Cautelares” en BELTRÁN, E.; GARCÍA-CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho concursal*, Thomson Reuters – Civitas, Navarra, 2012.

SEQUEIRA, M., “La publicidad en el proceso concursal” en *Estudios sobre la Ley Concursal*, Madrid, 2005.

SERRA DOMINGUEZ, M., *El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos*, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969.

SOLER, L. “La retribución de la administración concursal. Análisis del RD 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. La retribución de los auxiliares delegados y los expertos independientes”, en *RDCP*, nº 3, 2005.

SOZA, M^a DE LOS ANGELES, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del Bonorum Emptor*, Madrid, Dykinson, 2008.

SUÁREZ VÁZQUEZ, C., “Algunas cuestiones polémicas en relación con el procedimiento abreviado” en MARTÍN MOLINA, P., (Coord.), *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, Dykinson, 2014, [en línea], disponible en: <http://app.vlex.com.biblioteca5.uc3m.es/#ES/vid/552391058>. (Visto por última vez el 17 de julio de 2016).

TAGLIAVINI, R.; AZAGRA, J., “La comunicación electrónica del proyecto de inventario y de la lista de acreedores”, en *ADC*, nº 34, Thomson-Reuters, enero-abril 2015.

TAPIA HERMIDA, A. “Comentario al artículo 46 de la Ley Concursal: Cuentas anuales del deudor” en SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I., Valladolid, Lex Nova, 2004.

- “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales”, en *RDCP*, nº. 10, 2013.
- “Comentario al artículo 46 LCon: Cuentas anuales del deudor” en SANCHEZ CALERO, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I., Lex Nova, Valladolid, 2004.
- “La gestión de la masa activa del concurso”, en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV., Madrid, Marcial Pons, 2005.

TAPIA LOPEZ, J., “Apertura de la fase de liquidación” en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

TAPIA, A., “La gestión de la masa activa del concurso” en AA.VV, *Estudios Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV., Madrid, 2005.

TIRADO MARTÍ, I.:

- “Condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores concursales”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E., (Coords.) *Comentario de la Ley Concursal*, t.I., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- “El sistema de elección de los administradores concursales”, *ADC*, Nº 3, 2004.
- “La sindicatura concursal” en ROJO, A., (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003.
- *Los Administradores Concuriales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- “Art. 76 Principio de universalidad” en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T.I., Madrid, Thomson Civitas, 2004.
- “Artículo 27” en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO, A.; BELTRÁN, E., (Dir.), Madrid, Thomson-Civitas, t. I, 2004.
- “Masa Activa”, en BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012

TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Civitas, Murcia, 2014.

TOMILLO, J., “Comentario al artículo 117 de la Ley Concursal” en ROJO, A.; BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Thomson Civitas, 2004.

TORIBIOS FUENTES, F., “Comentario del artículo 97 de la Ley Concursal” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la legislación concursal*, T. II, Valladolid, 2004.

TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J., “Comentarios a los arts. 98 a 136 de la Ley Concursal” en PALOMO OLMEDA (Dir.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, Madrid, 2003.

TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1957.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Artículos 84 al 97 Ley Concursal” en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.

- “Recusación” en CORDÓN MORENO, F. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Aranzadi, T. I, 2009.

VALLENS, J.L., “Procédures d’insolvabilité: présentation du règlement communautaire”, *Lamy droit comercial*, núm. 125, agosto-septiembre 2000.

VARGAS VARGAS, M., *Tratado de la acción pauliana concursal*, Santiago de Chile, Ediar, 1949.

VÁZQUEZ ALBERT, D., “Artículo 95 de la Ley Concursal”, en SAGRERA, J., FERRER BARRIENDOS, A., SALA REIXACHS, A., (Coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, 2004.

VÁZQUEZ CUETO, J. *Las cuentas y la documentación contable de la sociedad anónima*, Tratado de Derecho Mercantil, T. IX., Madrid, Marcial Pons, 2001.

VEGA PÉREZ, F., “Régimen ético-jurídico en la gestión de entidades financieras”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. 1, Valladolid, 1998.

VEIGA COPO, A., *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2006.

- “Clasificación de Créditos”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.I., Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.
- “Pago de créditos” en BELTRÁN, E., GARCÍA CRUCES, J.A., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

- “Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad” en ROJO, A., CAMPUZANO, B., *Estudios Jurídicos en la Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, T. II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

VELASCO SAN PEDRO, L., “El plan de liquidación y las reglas legales supletorias de liquidación en el concurso”, en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 5, Madrid, Marcial Pons, 2005.

VERDÚ CAÑETE, M^a J., La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores. *Monografía núm. 8/2008 asociada a la RDCP*, La Ley, 2008.

VICENT CHULÍA, F. “La responsabilidad de los administradores en el concurso”, RDCP, núm. 4, 2006, quien adelantó su criterio de manera razonada antes de la reforma operada en 2011.

- “Disposiciones generales, balance, cuenta de pérdidas y ganancias” en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VIII, Madrid, Civitas, 2000.

VILATA MENADAS, S., “Los pagos derivados de la liquidación concursal” en NIETO DELGADO, C., (Coord.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VILLARÍN VINET, R. y MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, J., “La vinculación del administrador concursal acreedor y el profesional nombrado para el ejercicio del cargo”, en *RDCP*, nº 17, 2012.

VILLORIA RIVERA, I., “El mito de la par conditio creditorum” en *RDCP*, núm. 9, 2008.

VIRGOS, M. y GARCÍMARTÍN, F., “Artículo 219”, en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.) *Comentario de la Ley Concursal*, T. II., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

VILATA MENADAS, S., “Los pagos derivados de la liquidación concursal” en DELGADO NIETO, C. (Coord.) *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

VIVES RUIZ, F., “Contabilidad y cuentas del deudor” en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. III, Madrid, Marcial Pons, 2005.

YANES YANES, P., “La administración concursal” en GARCÍA VILLAVERDE, R.; UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Derecho Concursal*, Madrid, 2003.

YÁÑEZ EVANGELISTA, J., “Efectos del concurso sobre las acciones individuales”, en NIETO DELGADO, C., (Dir.) *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- “Comunicación y reconocimiento de créditos” en DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.; GONZÁLEZ BILBAO, E.; MARTÍN MOLINA, P., (Coords.) *La reforma de la Ley concursal analizada por especialistas*, Madrid, Dykinson, 2012.

YÁÑEZ VIVERO, F., “¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?”, en *Revista de Actualidad Civil*, nº 19, 2007.

- “Herencia” en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J., *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T.II., Navarra, Aranzadi, 2012..

ZUBIRI DE SALINAS, M. “Las operaciones de liquidación (I): el plan de liquidación” en AA.VV., GARCÍA-CRUCES, J., (Coord.), *La liquidación concursal*, Madrid, Civitas, 2008.

ZUBIZARRETA URCELAY, V., “Comentarios aclaratorios sobre el número 5º, del apartado 2 del artículo 75 Ley Concursal”, [en línea], disponible en: <http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/comentarios-aclaratorios.pdf> (visto por última vez el 14 de noviembre de 2016)

ZUMAQUERO GIL, L. “La responsabilidad civil de los administradores concursales”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº1, 2013.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Año 1985

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1985 (RJ 1985/3641).

Año 1991

Sentencia Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991 (RJ 1991/65).

Año 2001

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Julio 2001 (RJ 2001/6865).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2001 (RJ 2001/884).

Año 2002

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10969).

Año 2003

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo 2003 (RJ 2003/1348).

Año 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 (RJ 2007/4623).

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007 (JUR 2007/307055).

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2007, (RJ 2007/5347).

Año 2009

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/499661).

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2009 (RJ 2009/4583).

Año 2010

Sentencia del Tribunal Supremo 28 de septiembre de 2010 (JUR 2010/43567).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2010 (JUR 670/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre de 2010 (JUR 243/2010).

Año 2011

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 (AS 2011/142).

Sentencia del Tribunal Supremo 23 de febrero de 2011 (RJ 2011/3987).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2011 (RJ 2011/168398).

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011/3859).

Año 2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (RJ 2012/6099).

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013/185).

Año 2013

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 (RJ 2013/4593).

Año 2014

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2014 (RJ 2015/609).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 (RJ 2014/2907).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2014 (RJ 2014/4532).

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio 2014 (RJ 2014/4101).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2014 (RJ 2014/4783).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6821).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6885).

Año 2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2015 (RJ 2015/2107).

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/2135).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2015 (RJ 2015/2033).

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015 (RJ 2015/3458).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2015 (RJ 2015/2523).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2015 (RJ 2015/4789).

Año 2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016/1151).

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016/863).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 (RJ 2016/1240).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (RJ 2016/2346).

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2016 (RJ 2016/3392).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016/5597).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5668).

Jurisprudencia de la Audiencia Provincial

Año 1995

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de abril de 1995 (AC 1995/993).

Año 2001

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de octubre de 2001 (JUR 2002/7660).

Año 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2006 (AC 2006/1885).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de septiembre de 2006 (JUR 2006/9324).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2006 (AC 2007/216).

Año 2007

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de enero de 2007 (JUR 2007/2387).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de enero de 2007 (AC 2007/1506).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007/9854)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 28 de 19 de abril de 2007 (JUR 415/2006).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 15ª 27 de abril de 2007 (AC 2007/1697).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2007 (JUR 2009/22872).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de octubre de 2007 (AC 2008/438).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona 6 de noviembre de 2007 (JUR 2008/78022).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de diciembre de 2007 (AC 2008/777).

Año 2008

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008/363981).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de, 10 de marzo de 2008 (JUR 2008/207570).

Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 8 de Alicante de 11 de marzo de 2008 (JUR 2008/6543).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 31 de marzo de 2008 (AC 2008/1649).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2008 (AC 2008/1450).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 4 de julio de 2008 (JUR 2008/8754)

Sentencia de la Audiencia Provincial nº 3 de Córdoba de 7 de julio de 2008 (JUR 2009/95813).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de octubre de 2008 (JUR 2009/93116).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 4 de diciembre de 2008 (JUR 2008/6578).

Año 2009

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009/5438).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2009 (JUR 2009/7650).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 15ª de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/400184).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 8 de julio de 2009 (JUR 2009/329104).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 20 de noviembre de 2009 (AC 2010/37).

Año 2010

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/21302).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de septiembre de 2010 (JUR 2010/3347).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de septiembre de 2010 (JUR 2010/5436)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 26 de octubre de 2010 (JUR 2010/408621).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de octubre de 2010 (AC 2011/642).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 30 de diciembre de 2010 (AC 2011/774).

Año 2011

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 16 de febrero de 2011 (JUR 2011/295870).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2011(JUR 2011/87654).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 29 de abril de 2011 (AC 2011/1318).

Año 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 16 de enero de 2012 (JUR 2012/43796).

Sentencia de la Audiencia Provincial a Coruña de 23 de marzo 2012 (RJ 2012/131).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2012 (JUR 2012/177237).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2012 (JUR 2012/209688).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de septiembre de 2012 (AC 2012/2318).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de octubre de 2012 (AC 2013/787).

Año 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 27 de marzo de 2013 (AC 2013/1210).

Año 2014

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2 de enero de 2014 (AC 2014/1352).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de marzo de 2014 (AC 2014/1201).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio de 2014 (AC 2014/1959).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de octubre de 2014 (JUR 2015/54417).

Año 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de junio de 2015 (AC 2015/955).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de octubre de 2015 (JUR 2016/28759).

Año 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de marzo de 2016 (AC 2016/805).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 13 de junio de 2016 (JUR 2016/220449).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 7 de julio de 2016 (JUR 2016/219675).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de julio de 2016 (JUR 2016/213394).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gasteiz de 25 de octubre de 2016 (JUR 2016/273510).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de noviembre de 2016, (JUR 2016/275426).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2016/274957).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de noviembre de 2016 (JUR 2016/269798).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 21 de noviembre de 2016 (JUR 2016/271500).

Jurisprudencia del Juzgado de lo Mercantil

Año 2004

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Las Palmas nº 1, de 5 de noviembre de 2004 (AC 2011/1652).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Barcelona de 15 de noviembre de 2004 (AC 2004/1896).

Año 2005

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4, de Madrid de 17 de febrero de 2005

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Barcelona de 24 de febrero 2005 (JUR 2006/299853).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 22 de marzo de 2005 (AC 2005/741).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Cádiz de 23 de marzo de 2005 (AC 2005/248).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Madrid de 23 de mayo de 2005 (AC 2005/907).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Madrid de 13 de junio de 2005 (AC 2005/1130).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Madrid de 24 de junio de 2005 (AC 2005/1147).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4, de Madrid de 12 de septiembre de 2005 (AC 2005/1739).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Oviedo 26 de septiembre 2005 (AC 2005/1235).

Año 2006

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Bilbao 14 de febrero de 2006 (AC 2006/178).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Barcelona de 2 de mayo de 2006 (JUR 2006/1387).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de la Coruña de 19 de mayo 2006 (AC 2006/2104).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Bilbao de 20 de junio de 2006 (RJ 195/2006).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Oviedo de 3 de julio de 2006 (AC 2006/1798).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Barcelona de 13 de octubre de 2006 (AC 2007/670).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, de Madrid de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2006/201732).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 24 de noviembre de 2006 (JUR 2006/547635).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, de Madrid de 24 de noviembre de 2006 (JUR 2006/102886).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Bilbao de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2006/3598).

Año 2007

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Bilbao de 25 de enero 2007 (JUR 2007/107652).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Oviedo de 12 de marzo de 2007 (AC 2008/810).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10, de Santander de 16 de marzo de 2007 (JUR 2007/368547).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, de Madrid de 29 de marzo de 2007 (AC 2075/571).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Vizcaya de 30 de marzo de 2007 (AC 2007/729).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007 (AC 2008/369).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Málaga de 12 de noviembre de 2007, (AC 2008/87).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Cantabria de 10 de diciembre de 2007 (JUR 2008/38594).

Año 2008

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Vitoria de 9 de junio de 2008 (AC 2009/953).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Málaga de 14 de julio de 2008 (AC 2008/1026).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Madrid de 28 de julio de 2008 (JUR 2009/147979).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 17 de septiembre de 2008 (AC 2010/1886).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Málaga de 10 de noviembre de 2008 (JUR 2008/7568).

Año 2009

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Bilbao de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234429).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Alicante de 16 de abril de 2009 (AC 2009/1826).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Cádiz de 14 de julio de 2009 (AC 2011/1663).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Bilbao de 25 de septiembre de 2009 (AC 2009/2045).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Las Palmas de 2 de noviembre de 2009 (JUR 2010/189776).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 92776).

Año 2010

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Málaga de 11 de enero de 2010 (JUR 2010/81554).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4, de Madrid de 16 de febrero de 2010 (JUR 2010/90392).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 18 de febrero de 2010 (JUR 2010/103571).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Oviedo de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/56435).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Madrid de 26 de julio de 2010 (JUR 2010/301783).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Burgos de 15 de septiembre de 2010 (JUR 2010/343225).

Año 2011

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Cádiz de 22 de julio de 2011 (AC 2011/2108).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Las Palmas, 5 de noviembre de 2011 (AC 2011/1652).

Año 2012

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 7 de marzo de 2012 (JUR 2012/262314).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Madrid de 7 de marzo de 2012 (JUR 2012/3456).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8, de Madrid de 30 de marzo de 2012 (AC 2012/456).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Palma de Mallorca de 28 de mayo de 2012 (AC 2012/1047).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9, de Barcelona de 21 de septiembre de 2012 (AC 2012/1737).

Año 2013

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Bilbao de 14 de febrero de 2013 (AC 2013/1279).

Año 2014

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6, de Madrid de 29 de mayo de 2014 (AC 2016/684).

Año 2015

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Vigo de 5 de marzo de 2015 (JUR 2015/83629).

Año 2016

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Segovia de 7 de enero de 2016 (JUR 2016/71460).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5, de Madrid de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016/109284).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Oviedo de 22 de julio de 2016 (JUR 2016/209781).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2, de Palma de Mallorca de 2 de noviembre de 2016 (JUR 2016/260356).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de Valladolid de 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017/7363).

LEGISLACIÓN

Legislación Comunitaria

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2013 *sobre procedimientos de insolvencia*. (DOUE L 141/19 de 5 de junio de 2015).

Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 *sobre procedimientos de insolvencia*. (DOCE L 160/1 de 30 de junio de 2000).

Legislación Internacional

Italia

Legge Fallimentare Regio Decreto 16 marzo 1942, nº 267, *Régimen de la insolvencia, el concurso de acreedores, suspensión de pagos y liquidación forzosa*.

Francia

Loi de sauvegarde des entreprises dans difficultés núm. 585 del 26 de julio de 2005

Alemania

Insolvenzordnung octubre de 1994 (BGBl. 1994)

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen de 1 de marzo de 2012

Inglaterra

Insolvency Act 1986, Chapter 45

Estados Unidos

Federal Bankruptcy Code Current through Pub. L. 114-38.

Legislación Nacional

Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*. (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003).

Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*. (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009)

Ley 38/2011, de 10 de octubre, *de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. (BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011)

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. (BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013)

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*. (BOE nº 58, de 8 de marzo de 2014).

Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal*. (BOE nº 217, de 6 de septiembre de 2014).

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. (BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014).

Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*. (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*. (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985).

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, *para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003).

Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, *por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales*. (BOE nº 216, de 7 de septiembre de 2004).

Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, *por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de la administración concursal*. (BOE nº 241, de 6 de octubre de 2012).

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil*. (BOE nº 184, de 31 de julio de 1996).

Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, *por el que se regula el Registro Público Concursal*. (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 *por el que se publica el Código de Comercio*. (BOE nº 289, de 16 de octubre de 1885).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 *por el que se publica el Código Civil*. (BOE nº 206, de 25 de julio de 1889).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código penal*. (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. (BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*. (BOE nº 161, de 3 de julio de 2010).

Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, *sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito*. (BOE nº 307, de 21 de diciembre de 1996).

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*. (BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015).

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, *del Impuesto sobre el Valor Añadido*. (BOE nº 312, de 29 de diciembre de 1992).

Ley 22/2015, de 20 de julio, *de Auditoría de Cuentas*. (BOE nº 173, de 21 de julio de 2015).