

JURISPRUDENCIA

Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de cuentas

Profesor de Derecho concursal de la Universidad de Deusto

Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

Recibido: 08.05.07

Aceptado: 14.06.07

Resumen: Durante los dos años y medio transcurridos, desde el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que regula el procedimiento judicial de concurso de acreedores en España, en sede de los Juzgados de lo Mercantil, de nueva planta, se han tramitado numerosos incidentes, cuyas sentencias, en cierta medida, han sido objeto de apelación, y algunas están pendientes de resolución por las Audiencias Provinciales. He intentado concretar algunas de las cuestiones suscitadas, que pueden interesar a los administradores concursales y otros operadores jurídicos, así como las opiniones de los Congresos de Derecho Mercantil celebrados por Magistrados especialistas y los Autos y Sentencias disponibles, que presento en la web <<http://www.fgm.net/>>, para quienes deseen consultar sus textos íntegros. Con esta segunda parte se completa lo publicado en el anterior número de la revista *Estudios de Deusto*.

Palabras clave: Ley 22/2003, derecho concursal, juzgados de lo mercantil.

Abstract: *During the passed two years, since the 1st of September 2004, date in which took effect in Spain Law 22/2003, July the 9th («windind-up» legal framework), many incidental points were transacted in new created Commerce Courts. Their decisions, to a certain extent, have been object of appeal, but the doctrine and reaction of the Provincial Courts (second instance in Spain) are yet pending. I have tried to concrete some questions that I understand interesting for administrators and other legal advisors, as well as the opinions emitted by expert Judges in Congresses on Commerce Law and the available Resolutions of these specialized Courts, that I present/display in the Web Site <<http://www.fgm.net/>>, for those who wish to consult the complete texts. With this second part what was published in the previous number of the magazine Estudios de Deusto is completed.*

Key words: *Winding-up, commerce law, commercial Courts.*

Sumario: 5. Convenio. 5.1. Propuesta anticipada de convenio. 5.1.1. Propositiones de quita o espera. 5.1.2. Adhesión de acreedores. 5.1.2.1. Cómputo de la adhesión de acreedores. 5.1.2.2. Cómputo de adhesiones presentadas mediante instrumento público. 5.1.3. Oposición a la admisión a trámite. 5.1.4. Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio. 5.1.5. Expedientes de suspensión o extinción de relaciones laborales. 5.1.6. Aprobación de la propuesta de convenio anticipada. 5.2. Propuesta de convenio para junta de acreedores. 5.2.1. Admisión o

inadmisión a trámite de la propuesta de convenio. 5.2.2. Convenios en concursos vinculados. 5.2.3. Convenio aceptado por los acreedores. 5.2.4. Aprobación de convenio. 5.2.5. Convenio y créditos contra la masa. 5.2.6. Prohibición de ejecuciones durante la etapa de cumplimiento de convenio. 5.2.7. Efectos del convenio sobre avalista cambiario.—6. Liquidación. 6.1. Apertura a solicitud del deudor. 6.2. Solicitud de apertura por acreedor. 6.3. Apertura de oficio. 6.4. Efectos. 6.5. Plan de liquidación. 6.5.1. Plazo de presentación. 6.5.2. Contenido. 6.5.3. Aprobación y recursos. 6.5.4. Venta de bienes y derechos incluidos en el plan de liquidación. 6.6. Reglas legales supletorias. 6.7. Pago a los acreedores. 6.7.1. Pago de créditos contra la masa. 6.4. Término de la fase de liquidación.—7. Calificación del concurso. 7.1. Supuestos de culpabilidad. 7.2. Presunciones relativas. 7.3. Cómplices. 7.4. Tramitación de la sección de calificación. 7.4.1. Informe de la administración concursal. 7.4.2. Informe del Ministerio Fiscal. 7.5. Sentencia de calificación.—8. Conclusión del concurso.

Desde el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, hasta el 31 de diciembre de 2006, se han declarado en España 2027 concursos de acreedores¹.

La media anual de procedimientos de suspensiones de pagos y quiebras admitidos y declarados, durante la década 1994-2003, fue de 967, y en el año 2003 ascendió a 1012², cuyos datos permiten deducir que el nuevo procedimiento concursal no ha influido en un aumento de las insolvencias declaradas. Indirectamente, puede considerarse que la profunda reforma concursal, según la exposición de motivos de la ley concursal, pese a su unidad legal (un solo texto que regula aspectos materiales y procesales), de disciplina (igual tratamiento de las situaciones concursales de todos los deudores, con independencia de su carácter o condición civil o mercantil) y de sistema (único proceso), así como la flexibilidad del nuevo procedimiento concursal, no ha calado aún en la cultura empresarial, pues el empresario no utiliza esta herramienta de gestión para intentar la solución de dificultades económico-financieras, quizá por el estigma que conlleva la obligada publicidad judicial y a la merma de crédito que comporta.

Durante los dos años transcurridos desde la vigencia del nuevo concurso de acreedores, se han planteado numerosas cuestiones sobre la referida Ley, que han sido resueltas por los Juzgados de lo Mercantil, aunque la doctrina de las Audiencias Provinciales es escasa. La anterior mención a los Juzgados de lo Mercantil proporciona la ocasión para el reconocimiento a los Magistrados correspondientes, por el gran esfuerzo profesional que vienen

¹ Instituto Nacional de Estadística.

² INE.

realizando, con una carga de asuntos desproporcionada a los medios personales y materiales que disponen, así como por el alto nivel de especialización jurídica de sus resoluciones. En general, la valoración del nuevo concurso de acreedores es positiva³.

En las notas que siguen, trataré de concretar algunas de las cuestiones a que me refería, que pueden interesar a los administradores concursales⁴ y otros operadores jurídicos, y las opiniones de un sector de la doctrina científica y de los Congresos celebrados por los Magistrados especialistas, en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004 y 1 y 2 de diciembre de 2005, y en Salamanca, el 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006, así como las Resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias Provinciales disponibles, aunque dada su extensión he preferido «guardar» y ofrecerlas en la web <www.fgm.net/>, para quienes deseen consultar sus textos íntegros. Esta segunda parte se dedica al convenio y a la liquidación, así como el tratamiento de la calificación del concurso, para completar lo publicado en el Vol. 55/1, enero-junio 2007, de la revista *Estudios de Deusto*.

5. Convenio

Interesa destacar las dos vías procesales por las puede transitar el convenio⁵, a saber: a) la propuesta anticipada de convenio presentada por el deudor, con adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen el 20% del pasivo presentado por el deudor, que se tramitará por escrito, durante la fase común (arts. 104 a 110); y, b) las propuestas de convenio presentadas por el deudor, si no hubiere presentado propuesta anticipada de convenio ni tuviere solicitada la liquidación, o por los acreedores concursales, cuyos créditos superen el 20% del total pasivo de la lista definitiva de acreedores⁶ (art. 113), salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación, que se someterán a acuerdo de la junta de acreedores (art. 116).

Cuestión singular se suscita en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha dieciséis de marzo de dos mil seis, sobre si el deudor, una vez que ha optado explícitamente por la liquidación, en su solicitud de la declaración de concurso, puede rectificar y optar por la presentación de una propuesta de convenio, en el curso del procedimiento, que se resuelve afirmativamente.

³ FERNÁNDEZ PELAZ, Mario, *El Diario Vasco*, 15 de diciembre de 2004; GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel, *Cinco Días*, 01/09/2005; AGÜERA MARÍN, Benito, «La Ley concursal cumple dos años», *Técnica Económica*, n.º 175, págs. 57-63.

⁴ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, *Administración Concursal*, Valencia: Ed. CISS, 2004.

⁵ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «Convenio y liquidación concursal», *Revista Estudios de Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 52/1 Enero-Junio 2004.

⁶ Texto definitivo de la lista de acreedores, según el art. 96.4 de la Ley concursal.

5.1. *Propuesta anticipada de convenio*

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos [un mes *ex art.* 21.1.5.º, desde la última de las publicaciones de declaración de concurso], el deudor, que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105, podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio (art. 104.1). Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de quince días (arts. 190 y 191). Explícitamente, también puede haberlo presentado con la solicitud de concurso voluntario, según el art. 106.2.

5.1.1. PROPOSICIONES DE QUITA O ESPERA

Sobre admisión de la propuesta anticipada de convenio, que supera los límites del art. 100.1, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 24 de enero de 2005: «Razonamientos Jurídicos. Cuarto.— A tenor de lo previsto en el n.º 2 del artículo 104 de la Ley Concursal cabe autorizar la superación del límite quinquenal, al que se refiere el n.º 1 del artículo 100 de dicho texto legal, hasta alcanzar la espera de siete años que se contiene en la propuesta de convenio presentada por la concursada. Resulta razonable que se admita tal excepción, ya que si se desea satisfacer el 100% del importe de los créditos, como se pretende convenir, lo que supone una buena solución para los acreedores, pues les permitirá cobrar la totalidad de lo que se les adeuda, es preciso contar con la financiación adecuada. Y no se generará suficiente caja para culminar el pago del total de las deudas, según se desprende del plan de viabilidad de la deudora, hasta el sexto (el 20%) y el séptimo año (el 10% restante), una vez consolidada la reestructuración de patrimonio (que supondrá la enajenación de activos y la adquisición de inmuebles de dimensión adecuada) y de líneas de actividad comercial (prescindiendo de las que no estaban resultando rentables) previstas por la empresa concursada». D. Enrique García García.

5.1.2. ADHESIÓN DE ACREEDORES

Los requisitos y forma de las adhesiones vienen regulados en el art. 103. Pese a referirse a cualquier acreedor, que incluye a los subordinados, éstos no se computarán para que se considere aceptada una propuesta de convenio, según el art. 124.

La adhesión a la propuesta de convenio por parte de las Administraciones y Organismos públicos se hará respetando las normas legales⁷ y regla-

⁷ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (B.O.E. 15.04.97).

mentarias que las regulan, a que se refieren las Disposiciones finales décima⁸ y decimosexta⁹, así como la nueva Ley General Tributaria (art. 103.4).

5.1.2.1. *CÓMPUTO DE LA ADHESIÓN DE ACREEDORES*

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio se supedita a que se acompañe con la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1), es decir, del montante de la relación de acreedores aportada a su solicitud. Sin embargo, en el momento procesal de la presentación de la propuesta anticipada de convenio se desconoce la calificación jurídica de los créditos, excepto aquéllos con garantía real, si se diese por buena la información documental aportada por el deudor, *ex art. 6.2.4.º*. Llamo la atención sobre los créditos subordinados, que se clasificarán por la administración concursal *ex art. 75.2.2.º*, en relación con el art. 94, y cuya adhesión no permite la Ley; solamente los créditos ordinarios y privilegiados podrán adherirse a la propuesta anticipada de convenio. Si no obrase en autos la relación de acreedores exigida en el citado art. 6.2.4.º, como puede suceder en algún supuesto de concurso necesario¹⁰, la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio puede encontrarse implícita en el art. 105.1.6.º, pues el concursado habrá incumplido el requerimiento recibido, en virtud de lo previsto en el art. 21.1.3.º, y el Juez no podrá comprobar si las adhesiones aportadas superan la quinta parte del pasivo, que no ha sido presentado por el deudor.

En la Segunda Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «En los convenio anticipados, en la medida en la que no hay informe de la administración concursal, se plantea cómo computar los créditos que luego serán determinados para obtener el porcentaje mínimo de admisión. (...) parece razonable, y ajustado al espíritu de la ley de favorecer los convenios anticipados, computar a los efectos de la admisión a trámite de dicha modalidad de convenio la totalidad de los créditos sin efectuar una valoración previa de su naturaleza y su hipotética condición de subordinados.

⁸ Reforma de la Ley General Presupuestaria. Artículo 39 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Derogado con efectos de 1 de enero de 2005, por Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria, y a su entrada en vigor regirá el artículo 10.

⁹ Queda modificado el art. 24 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

¹⁰ No se dará esta posibilidad cuando el concurso necesario tenga esa consideración con causa en lo dispuesto en el art. 22.2, es decir, si en los tres meses anteriores a la solicitud del deudor se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado.

Cuestión distinta es que una vez el informe de la administración concursal sea definitivo hayan de excluirse del cómputo las adhesiones de aquellos acreedores que finalmente se hayan calificado como de subordinados no aprobando aquellas propuestas que no obtengan la adhesión final de los acreedores ordinarios o privilegiados fijados en la Ley».

5.1.2.2. *CÓMPUTO DE ADHESIONES PRESENTADAS MEDIANTE INSTRUMENTO PÚBLICO*

En la Segunda Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Cómputo de las adhesiones escritas ante notario que llegaran tardíamente al Juzgado y si pueden ser tenidas en cuenta a posteriori para conformar las mayorías necesarias para la aprobación. En el convenio anticipado, las adhesiones anteriores a la fecha legalmente prevista, que lleguen al Juzgado con posterioridad a esa fecha pero antes de la aprobación judicial, deberán computarse, ya que el criterio que fija la Ley es que las adhesiones se manifiesten antes de que expire el plazo de impugnación del informe, si esas adhesiones llegan con posterioridad por haberse remitido por correo, por haberse extraviado o por no haber sido depositadas en el Juzgado en el momento oportuno no deben quedar invalidadas. En el supuesto del convenio no anticipado, el problema se plantea cuando tras la celebración de la junta se comprueba que hay adhesiones, que siendo de fecha anterior a la celebración de la junta, sin embargo llegaron al Juzgado con posterioridad a su celebración. No hay ningún cauce legal para que juntas no constituidas por falta de quórum o convenios rechazados por falta de los apoyos necesarios fueran nuevamente convocados a la vista de la llegada tardía de estas adhesiones y el único cauce legal que le queda al concursado o a los acreedores es el de plantear la nulidad de las actuaciones y reclamo de una nueva convocatoria de junta cuando, por causas no imputables al deudor o a los acreedores adheridos, se hubiera alterado el normal desarrollo de la convocatoria de junta, pero esta vía de la nulidad debe considerarse como una solución excepcional».

5.1.3. OPOSICIÓN A LA ADMISIÓN A TRÁMITE

Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que, en un plazo no superior a diez días, proceda a su evaluación (art. 107.1), que tiene posibles efectos obstructivos a su tramitación escrita, según el art. 107.2, sin que venga a cuento su presentación en el más breve plazo, si fuese desfavorable. Es decir, el mencionado informe debe presentarse en el plazo de diez días, en todo caso, y si fuese favorable se unirá también al informe *ex* art. 75.

En la Segunda Mesa Redonda del referido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación se abor-

da la siguiente cuestión: «También en los convenios anticipados algunos acreedores han planteado la posibilidad de oponerse a la admisión de los convenios cuestionando a priori la viabilidad de la empresa... Parece razonable rechazar las impugnaciones que los acreedores puedan hacer del convenio antes de su admisión y sometimiento a votación, ya que si se habilita este sistema de fiscalización previo se corre el riesgo de que los incidentes concursales que pudieran plantearse paralizaran o ralentizaran la fase de convenio».

5.1.4. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

El Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, por Auto de fecha 24 de enero de 2005, admite a trámite la propuesta anticipada de convenio en concurso voluntario y autoriza la superación del límite quinquenal, del art. 100.1 de la Ley concursal: «Razonamientos Jurídicos. Cuarto.— A tenor de lo previsto en el n.º 2 del artículo 104 de la Ley Concursal cabe autorizar la superación del límite quinquenal, al que se refiere el n.º 1 del artículo 100 de dicho texto legal, hasta alcanzar la espera de siete años que se contiene en la propuesta de convenio presentada por la concursada. Resulta razonable que se admita tal excepción, ya que si se desea satisfacer el 100% del importe de los créditos, como se pretende convenir, lo que supone una buena solución para los acreedores, pues les permitirá cobrar la totalidad de lo que se les adeuda, es preciso contar con la financiación adecuada. Y no se generará suficiente caja para culminar el pago del total de las deudas, según se desprende del plan de viabilidad de la deudora, hasta el sexto (el 20%) y el séptimo año (el 10% restante), una vez consolidada la reestructuración de patrimonio (que supondrá la enajenación de activos y la adquisición de inmuebles de dimensión adecuada) y de líneas de actividad negocial (prescindiendo de las que no estaban resultando rentables) previstas por la empresa concursada». D. Enrique García García.

5.1.5. EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE RELACIONES LABORALES

En la Segunda Mesa Redonda del mencionado II Congreso De Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Encaje de los ERES del artículo 64 con el convenio anticipado. (...) Aunque la LC no da un criterio claro que permita coordinar los ERES con las propuestas de convenio, el artículo 64 sí puede dar algunas pautas para resolver este tipo de cuestiones partiendo de los siguientes criterios: a) como normal general, el artículo 64 determina que este tipo de expedientes no pueden plantearse hasta que los administradores concursales no han emitido su informe, por lo tanto hay argumentos legales para que la administración concursal y el juez precipiten la admisión de expedientes de regulación de empleo durante la fase común, que es en la que

se desenvuelve el convenio anticipado; b) sin embargo, el propio artículo 64.3 sí permite anticipar la tramitación de los ERES... , esta anticipación del ERE no se vincula a una concreta propuesta de convenio sino a una viabilidad de la empresa, en la que pueden concurrir otros factores tales como la de adecuar las plantillas al volumen de trabajo y de pedidos existente durante el concurso, a la reducción de créditos contra la masa generados por la continuidad de la actividad empresarial, a las previsiones de tesorería y, por lo tanto, de posibilidades reales de pago de los salarios a los trabajadores... Desde esta perspectiva el ERE se desvincula de la propuesta de convenio y permite a la administración concursal impulsar estos expedientes en función de la situación económica de la empresa. La admisión y tramitación del ERE no ha de vincularse al buen fin de una propuesta de convenio sino a estos factores económicos que pueden coincidir o no con la viabilidad concreta de una propuesta de convenio».

5.1.6. APROBACIÓN DE LA PROPUESTA DE CONVENIO ANTICIPADA

Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (diez días a contar desde la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 96, que se remite al art. 95 y éste al art. 23), si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones (art. 108.2¹¹), el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida, es decir, el voto favorable, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, según el art. 124. Se justifica en la exposición de motivos: «Al regular las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio, la ley prima a las que menor sacrificio comportan para los acreedores, reduciendo la mayoría a la relativa del pasivo ordinario».

El juez, mediante providencia, proclamará el resultado, si se hubiese alcanzado el voto favorable a que se ha hecho mención (al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso). En otro caso, dictará auto abriendo la fase de convenio ordinario o de liquidación, según corresponda (art. 109.1). Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128, es decir, diez días desde la fecha de la providencia judicial que haya proclamado que las adhesiones presenta-

¹¹ «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 secretaría del juzgado. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista».

das son suficientes para la aprobación del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. Dicha sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136. La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta ley.

El Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, en la Sentencia de fecha 13 de junio de 2005, aprueba la propuesta anticipada de convenio presentada por la entidad deudora: «Fundamentos de Derecho. Quinto.— De conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Ley Concursal, el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que, recurrida ésta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197. Desde la eficacia de convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42. Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o a alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento. No obstante, como el convenio aprobado es de los denominados “gravosos”, en cuanto la quita y espera exceden de los límites previstos en el artículo 163.1.1.º de la Ley Concursal, por lo que habrá de formarse la sección de calificación, el administrador concursal no cesará hasta que no concluya su intervención en la sección de calificación.

Sexto.— Al amparo de lo establecido en el artículo 134 de la Ley Concursal, el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos. Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio.

Séptimo.— Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste, en cuanto a la subsistencia plena de sus

derechos frente a las obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquellos, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley Concursal.

Octavo.— Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136, los créditos de los acreedores privilegiados que hubieren votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

Noveno.— Al amparo de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley Concursal, con periodicidad semestral, contada desde la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al juez del concurso acerca de su cumplimiento.

Décimo.— En el presente caso, presentada propuesta anticipada de convenio por el deudor cumpliendo los requisitos de forma y fondo exigidos por la Ley, estando acompañada de las adhesiones necesarias y no habiéndose formulado oposición alguna en los plazos legalmente establecidos, procede dictar sentencia aprobando el convenio contenido en la referida propuesta anticipada.

Undécimo.— El artículo 163.1.1.º de la Ley Concursal previene que se formará la sección de calificación del concurso cuando se apruebe judicialmente 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. A su vez, el artículo 167.1 establece que la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se aprueba el convenio.

En su virtud, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, Fallo: se da por concluida la fase común del concurso, y sin apertura de la fase de convenio, se declara aprobado el convenio presentado por la entidad deudora, “Jamones y Embutidos de Fernán Núñez, S. L.”, en propuesta anticipada que obtuvo un total de once adhesiones, que representan un importe total del pasivo de 462.061,83 euros, superior a la mitad del pasivo ordinario (858.772,68 euros).

Se decreta el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que se establecen en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes del deudor de comparecer ante este Juzgado tantas veces sea requerido, colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso y el convenio.

Se decreta el cese del administrador concursal, sin perjuicio de lo previsto en el capítulo II del título del título VI de la Ley Concursal (intervención de dicho administrador en la sección de calificación).

Requírase a dicho administrador a fin de que rinda cuentas de su actuación ante este Juzgado en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente resolución.

Los acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados quedarán vinculados al contenido del convenio, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo de la presente sentencia.

Requírase a la entidad deudora, a fin de que, con periodicidad semestral, a partir de la fecha de esta sentencia, informe a este Juzgado acerca del cumplimiento del convenio». D. Pedro José Vela Torres.

5.2. Propuesta de convenio para junta de acreedores

Cuando el concursado hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio, el juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni de informe de la administración concursal, dictará auto convocando la Junta de acreedores (art. 111.2).

En la Segunda Mesa Redonda del mentado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «También referido al convenio, se plantea el problema de las garantías para la convocatoria, en la medida en la que la Ley no establece una convocatoria individualizada a los acreedores. El artículo 111 de la Ley Concursal establece que la convocatoria de la junta queda sometida al régimen de publicidad del artículo 23 de la Ley Concursal, dado el contenido de este artículo 23, los problemas prácticos pueden ser importantes, ya que el artículo 23.2 sólo exige publicación de edictos en BOE y en diario en el supuesto de la declaración de concursos y en el resto de resoluciones la publicidad es más “difusa”. Lo que sí parece claro es que el auto acordando la convocatoria de la junta deberá notificarse a todos los acreedores personados... Es conveniente que cuando el número de acreedores sea elevado y no estén personados se publiquen los edictos cuando menos en un diario de difusión en el ámbito territorial de la concursada; por otra parte, la Ley no excluye que el Juez de oficio o a petición del proponente del convenio pueda habilitar medios complementarios de publicidad –convocatoria por correo con acuse de recibo, burofax u otros medios análogos–».

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.

En la Segunda Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Criterios para suspender las juntas convocadas. Entre ellos, la solicitud del concursado de un plazo extra para garantizar el éxito del concurso. No hay normas específicas en la Ley concursal respecto de la suspensión de la convocatoria de la Junta, habría que acudir a las normas generales de la LEC, para autorizar una suspensión cuando concurra causa legal, entre las causas legales no aparece en ningún caso la de que el concursado requiera de un plazo extraordinario para recabar adhesiones. En cualquier caso, la interpretación de las causas de suspen-

sión debe ser muy restringida para evitar perjuicios a los acreedores, sólo será posible la suspensión cuando la ausencia de alguna de las partes sea preceptiva y cuando no haya posibilidades de sustitución o apoderamiento—caso de los acreedores—. Cuestión distinta es que la totalidad de los acreedores y el concursado reclamen la suspensión del curso de las actuaciones conjuntamente (artículo 188.1.3 de la LEC), en este caso sí será posible suspender la junta, siempre y cuando se constate que la suspensión la reclaman todas las partes, y podría extenderse esta interpretación a los supuestos en los que la suspensión la piden conjuntamente el concursado y acreedores que representen un número determinante para la obtención del quórum de constitución o la mayoría para aprobar el convenio. Dentro del análisis de esta cuestión se plantea también si en el marco del artículo 111 de la Ley Concursal sería posible habilitar varias convocatorias de junta de acreedores, aunque la redacción del artículo 111 permite considerar que la Ley Concursal establece la celebración de una única convocatoria de junta, (...) permitiendo la continuación en el día hábil posterior a la incidencia [de suspensión]... Más complicado es admitir que, a petición del deudor o de los acreedores proponentes del convenio, se pudieran fijar varias fechas para la celebración de juntas sucesivas, cuando se hubieran de debatir distintas propuestas de convenio, ya que el artículo 121 establece que el debate de distintas propuestas debe hacerse de modo sucesivo pero con unidad de acto».

5.2.1. ADMISIÓN O INADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada (art. 101.1), excepto en los casos previstos en el apartado 2 de dicho art. 101, es decir, cuando se trate de declaración conjunta de concurso de varios deudores (art. 3.5) o de concursos acumulados (art. 25), en los que la propuesta de uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio tendrá lugar en el auto de declaración de concurso, cuando se hubiera presentado con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste. En los demás casos, el juez, dentro de los tres días siguientes al de presentación de la propuesta anticipada de convenio, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite. En el mismo plazo, de apreciar algún defecto, el juez lo notificará al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo (art. 106.2).

El juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones de acreedores presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la citada proporción del pasivo exigida (superior al 20% ex art. 106.1), cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio (quita o espera superiores a los límites establecidos, etc., según el art. 100, o cláusula

las que condicionen su eficacia, según el art. 101) o cuando el deudor estuviere incurso en alguna prohibición *ex art.* 105 (art. 106.3).

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 16 de noviembre de 2005, admite a trámite la propuesta de convenio presentada por la representación procesal de un acreedor, previo minucioso análisis de sus requisitos y contenido: a) que lo propongan acreedores cuyos «créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores»; b) que la propuesta de convenio se encuentre firmada –con firma legitimada– por los proponentes, o por sus representantes con poder para ello, así como por los terceros que asuman obligaciones; c) se trata de una propuesta de convenio de asunción, con contenidos alternativos y en la que terceros asumen obligaciones; d) la propuesta de convenio tiene un contenido alternativo, integrado por una Propuesta Básica y una Propuesta Alternativa; e) trato singular a determinados acreedores; f) excede el límite legal permitido para las quitas y no se exceden los límites legales para las esperas; y, g) detenido estudio de la expresión «Especial trascendencia para la economía» y del «Informe emitido al efecto por la Administración económica competente».

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, por Auto de fecha 16 de marzo de 2006, inadmite a trámite la propuesta de convenio en concurso voluntario, por ausencia de determinación de la fecha de pago de la deuda pendiente, una vez aplicada la quita propuesta, y por falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de viabilidad: «Fundamentos Jurídicos. Segundo.– 1. Presentada la propuesta de convenio, mediante providencia de fecha 17 de febrero de 2006 se pusieron de manifiesto determinados defectos de que adolecía la misma requiriendo a la entidad concursada para que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.1 LC, los subsanara en el plazo de tres días. Fruto de lo anterior es el escrito presentado por la entidad concursada en fecha 1 de marzo de 2006. Para resolver si con el contenido del mismo se subsanan los defectos que en su día fueron puestos de manifiesto, es menester partir de la providencia de fecha 17 de febrero de 2006. En la misma se enumeraban los defectos detectados en la propuesta de convenio presentada por el deudor que en resumida síntesis pueden exponerse como sigue: a) la ausencia de determinación de la fecha o fechas de pago de la deuda pendiente una vez aplicada la quita que se propone; b) la falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de liquidación, identificando y concretando los medios y condiciones para la obtención de los ingresos que permitirían el cumplimiento de la propuesta de convenio, así como el detalle de los compromisos de los terceros en la aportación de tales ingresos; y 3) la falta de concreción del importe de la obligación de futuro contraída por los terceros, de la identificación de tales terceros, y de la plasmación de la asunción de éstos mediante la firma de la propuesta de convenio...

3. El primero de los defectos a los que se aludió en la providencia de fecha 17 de febrero de 2006 consistía en la ausencia de determinación de la fecha o fechas de pago de la deuda pendiente una vez aplicada la quita del 33% que se proponía. En el plan de pagos acompañado a la propuesta de convenio se dice que el plazo para el primer pago es de un mes que se iniciará “al día siguiente a la notificación de aprobación judicial y se contará de fecha a fecha”. En relación con el segundo de los pagos se afirma que “una vez se haya abonado el último desembolso relativo al primer pago, se iniciará el plazo del segundo pago. El plazo del segundo pago será de dos años”. En el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 la entidad concursada se limita a exponer –lo que califica de mejor explicación– que el segundo pago “se abonará, por igual e independientemente del grupo al que pertenezcan, y hasta un montante que llegue, junto con lo abonado en el primer pago, a los 2/3 del total de la actual deuda societaria”. Tal comentario no supone la subsanación del defecto al que se refería la providencia de 17 de febrero de 2006. La redacción transcrita de la propuesta de convenio con relación al momento en que se compromete a efectuar el pago permite al deudor concursado elegir para cada acreedor la fecha de pago dentro del periodo de un mes –para el primero de los pagos– y el de dos años –para el segundo–. Esta libertad de elección supone una potencial espera distinta para cada acreedor o grupo de acreedores en función de la libérrima decisión del deudor. Y es evidente que las quitas deben quedar concretadas en la propuesta de convenio a fin de que cada acreedor o grupo de acreedores sepa la fecha exacta en que va a percibir su crédito, máxime cuando la elección de una fecha u otra puede suponer dar un trato singular a un acreedor, a varios, o a un determinado grupo de acreedores. Trato singular que debe explicitarse puesto que atribuye a la propuesta de convenio un quórum específico para su aprobación (artículo 125 LC), y cuya inconcreción impide a los acreedores destinatarios de la propuesta hacerse una idea cabal de lo que su texto supone para cada uno de ellos, y correlativamente la imposibilidad de configurar adecuadamente su voto frente a la propuesta de convenio.

4. El segundo de los defectos a los que se refiere la providencia de 17 de febrero de 2006 es la falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de viabilidad, identificando y concretando los medios y condiciones para la obtención de los ingresos que permitirían el cumplimiento de la propuesta de convenio, así como el detalle de los compromisos de los terceros en la aportación de tales ingresos. El artículo 100.5 LC, cuando se refiere al plan de viabilidad, establece que “cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, 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”. Como hemos advertido, en el texto de

la propuesta de convenio se indicaba que «el pago de los créditos se efectuará con medios propios de la sociedad, sin que ningún tercero afronte su satisfacción. Para la realización de dichos pagos la empresa concursada se obliga formalmente a realizar y elevar a público las ampliaciones de capital que sean necesarias, a fin de afrontar la deuda pendiente una vez aplicada la quita planteada a los acreedores. Hay que poner de relieve que no puede comprenderse muy bien cómo va a afrontar la sociedad concursada la ampliación de capital “sin que ningún tercero afronte su satisfacción”. Debemos partir de que el artículo 73.2 LSRL establece que “el contravalor del aumento del capital social podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio”. Pues bien, o la entidad concursada indica con qué reservas o beneficios pretende afrontar las ampliaciones de capital anunciadas y lo expone en el correspondiente plan de viabilidad –al asumir que el cumplimiento del convenio se llevará a cabo con recursos generados como consecuencia de la actividad empresarial– o bien indica qué terceros se obligan a suscribir la ampliación de capital. No se hacía esta concreción en la propuesta de convenio inicialmente presentada. Mediante el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 se indica que se tiene previsto articular “dos ampliaciones de capital, que serán suscritas y desembolsadas por el actual administrador social, D. Eusebio (...) para realizar las ampliaciones de capital mencionadas se pondrá a la venta las acciones de las que el Administrador ordinario, D. Eusebio, es titular (...) Don Eusebio es propietario de 1.034 acciones. Cada acción, dice el certificado, tiene un valor de 452,60 euros, lo que hace un total de 467.988,40 euros. Esta cantidad es suficiente para desembolsar las ampliaciones de capital propuestas”. En cuanto a las ampliaciones de capital y su importe se dice en el escrito presentado por la entidad deudora el 1 de marzo de 2006 que “debemos fijar la cuantía de la primera ampliación de capital en 60.000 euros. Con dicha cantidad se asume, y se sobrepasa, el 1.º pago estipulado en el plan de pagos presentado al Juzgado. La segunda ampliación tendrá las mismas características de la primera pero destinándose al 2.º pago del convenio. En este segundo pago variará lógicamente el importe, el cual es materialmente imposible de cuantificar, pero que tal y como se ha comentado, llegará a cubrir el resto –una vez descontado el primer pago– de los créditos, hasta alcanzar los 2/3 de las deudas actuales de la empresa, pagando a todos los acreedores por igual e independientemente de su clasificación”. Tampoco puede tenerse por subsanado el defecto al que se aludió en la providencia de fecha 17 de febrero de 2005 por dos razones: a) se pretende indicar que la segunda ampliación de capital pudiera derivar –al menos en parte– de la reservas o beneficios obtenidos con la continuación de la actividad empresarial y no se aporta el correspondiente plan de viabilidad que lo indique; b) en relación con la segunda ampliación no se concreta el alcance del compromiso del tercero D. Eusebio.

5. Esto último debe entroncarse con el último de los defectos a los que se aludía en la providencia de 17 de febrero de 2006. Se requería a la entidad concursada para que subsanara la falta de concreción del importe de la obligación de futuro contraída por los terceros, de la identificación de tales terceros, y de la plasmación de la asunción de éstos mediante la firma de la propuesta de convenio. Como hemos podido observar, mediante el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 no se identifica el importe de la obligación de futuro que asume D. Eusebio en relación con la segunda ampliación de capital puesto que en relación con la misma se manifiesta que no puede determinarse cuál será su importe. A pesar de lo anterior, se expone que la obligación de futuro contraída por D. Eusebio asciende a la cantidad de 467.988,40 euros, fruto de la venta de 1.034 acciones de la entidad Layros, S. A. de las que es titular, cuyo valor actual es de 452,60 euros cada una de ellas. No corresponde al Tribunal enjuiciar la robustez de la propuesta, sino a los acreedores. Sin embargo, el Juzgado debe velar por el cumplimiento de todos los requisitos legales para la admisión a trámite de la propuesta, entre las cuales se encuentra la de que los terceros —en este caso D. Eusebio— asuman la obligación que anuncian contraer frente a los acreedores. Y, habida cuenta que en la propuesta de convenio no se concretaba la identidad del tercero que se proponía asumir la obligación de futuro consistente en suscribir la ampliación de capital sino que esta concreción —parcial como ya hemos señalado— se hace en el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006, era menester que la firma de éste constara legitimada (artículo 99 LC) no sólo en la propuesta de convenio sino también en el documento de asunción de la obligación. Al no haberse procedido de este modo, tampoco en este caso puede estimarse subsanado el defecto al que se aludía en la providencia de fecha 17 de febrero de 2006.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, Dispongo: se inadmite a trámite la propuesta de convenio presentada por la representación procesal de la entidad Tacondi, S.L., mediante escrito prestando en este Juzgado en fecha 27 de enero de 2006», D. Antoni Frigola i Riera.

Inadmite, también, la propuesta de convenio el Auto del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Granada, de fecha 23 de enero de 2006, debido no sólo a que el plan de viabilidad, exigido por el art. 100.1 de la L.C., no contempla expresamente que la superación de tales límites es necesaria para atender el cumplimiento del convenio, sino por no contemplar el convenio cómo se pagaran los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad, entre otras causas.

5.2.2. CONVENIOS EN CONCURSOS VINCULADOS

En la Segunda Mesa Redonda del reiterado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación» se aborda la siguiente cuestión: «Convenios en concursos vinculados. Condicionar un convenio a otro, problemas de interpretación del 135.2 de la Ley.

El artículo 135.2 advierte que la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído o por los convenios que sobre el particular hubieran establecido. El término *convenios* puede generar confusión ya que con él puede hacerse referencia: a) al contenido de los convenios concursales que se hubieran presentado en uno y otro concurso, en este caso la Ley permite que un convenio pueda condicionarse a otro en el supuesto de concursos acumulados o vinculados –se pacta una quita de un 50% en uno de los convenios y en el otro las quitas quedan vinculadas a la aprobación del primer convenio–, no hay problemas en la medida en la que todos los acreedores conocen el contenido de ambos convenios y pueden expresar en las juntas su parecer respecto de las propuestas; b) el convenio o lo convenido puede hacer referencia también al contenido de las obligaciones recogidas en los contratos correspondientes –las convenidas por las partes en esos contratos en los que se constituyen las obligaciones y garantías– en estos casos tampoco parece que haya problemas dado que los contratos en cuestión serán anteriores a la declaración del concurso y la administración concursal en su informe advertirá de las contingencias y alcance de las obligaciones derivadas de estos contratos; c) hay una tercera acepción más compleja que es la que habilitaría que el concursado y sus avalistas pudieran convenir acuerdos o pactos con los acreedores con posterioridad al establecimiento de la obligación, convenios o pactos no reflejados en el convenio concursal ni en el contrato inicialmente pactado. En estos casos, conforme a las reglas del artículo 40 de la Ley Concursal, tanto si el deudor tiene intervenidas sus facultades como si las tiene suspendidas, la administración concursal ha de conocer y autorizar estos pactos teniendo en cuenta el interés de todos los acreedores del concurso».

5.2.3. CONVENIO ACEPTADO POR LOS ACREEDORES

En el caso de propuesta anticipada de convenio, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (diez días a contar desde la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 96, que se remite al art. 95 y éste al art. 23), si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones (art. 108.2), el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida, es decir, el voto favorable, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, según el art. 124. El juez, mediante providencia, proclamará el resultado, y si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128, es decir, diez días desde la fecha de la

providencia judicial que haya proclamado que las adhesiones presentadas son suficientes para la aprobación del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131.

En el mismo día de conclusión de la junta o en el siguiente hábil, el secretario elevará al juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado (art. 127).

En la Segunda Mesa Redonda del repetido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación» se aborda la siguiente cuestión: «Facultades de oficio del Juez para rechazar un convenio una vez ha sido votado. El control de oficio que prevé el artículo 131 de la Ley Concursal debe circunscribirse a la apreciación de defectos o problemas formales observados en el trámite de admisión, convocatoria o desarrollo de la Junta, así como al conocimiento sobrevenido de alguna de las circunstancias o requisitos formales –objetivos o subjetivos– del convenio. No parece razonable que en el ámbito de estas facultades el Juez se arroge la posibilidad de rechazar de oficio convenios por razones de tipo económico vinculadas a las objeciones que pudiera plantear el plan de pagos o el plan de viabilidad. En el caso del convenio anticipado el Juez puede no admitir a trámite una propuesta que cuente con un informe desfavorable de la administración concursal, y en el convenio no anticipado la evaluación del mismo no permite al Juez volver a revisar los criterios de admisión. La inviabilidad objetiva como motivo de oposición –artículo 128.2– sólo debe reconocerse como motivo de oposición a la administración concursal y a los acreedores titulares de al menos un 5% de los créditos ordinarios».

5.2.4. APROBACIÓN DE CONVENIO

Transcurrido el plazo de oposición, sin que se hubiese formulado ninguna, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, salvo lo establecido en el artículo 131, es decir, que el juez lo rechazase de oficio, por alguna de las causas previstas en el art. 128.1, anteriormente relacionadas (art. 130).

A la sentencia aprobatoria se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24, según el art. 132, es decir, publicará en el BOE y en un diario con difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en otro diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Igualmente se inscribirá en los Registros públicos que procedan (Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, etc.). La mencionada sentencia confiere eficacia al convenio, salvo que fuese recurrida en apelación (art. 133.1).

Dicha eficacia produce el cese de los administradores concursales, sin perjuicio de sus funciones cuando se forme la sección de calificación del concurso (art. 167 que se remite al art. 163), que en este caso, de aprobación de convenio, tendrá lugar cuando consista en una quita superior a un tercio

de los créditos o una espera superior a tres años. Desde la fecha de la eficacia del convenio (sentencia de aprobación) cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el art. 42 (colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso). Asimismo, como indicaba, cesarán en su cargo los administradores judiciales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento. Pero el ejercicio de las funciones que el convenio les encomiende no mantiene el estatuto de la administración concursal y solo actuarán como mandatarios. Producido el cese, los administradores judiciales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale (art. 133.2).

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, por Sentencia de fecha 30 de enero de 2006 (D. Antoni Frigola i Riera), aprueba la propuesta de convenio presentada en concurso de acreedores e introduce determinadas consideraciones sobre su contenido, que resultan de interés, así como acuerda el cese de la administración concursal, en sus funciones de intervención, aunque continuando en el cargo para la calificación, y fija su retribución para esta función.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona (D. José M.ª Fernández Seijo), de fecha diecisiete de octubre de dos mil seis, aprueba el convenio de acreedores votado favorablemente en Junta y cesando los efectos de la declaración de concurso y cesando los administradores excepto en las labores derivadas de la sección de calificación y la fiscalización de la completa satisfacción de los créditos contra la masa.

5.2.5. CONVENIO Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA

En la Segunda Mesa Redonda del señalado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación» se aborda la siguiente cuestión: «En la medida en la que durante el concurso los gastos y créditos contra la masa se incrementan considerablemente, se plantean dudas sobre como encajar el pago de los créditos contra la masa con las previsiones del convenio... Los administradores concursales, aunque se apruebe el convenio, pueden quedar prorrogados en sus funciones no sólo respecto de la sección de calificación, sino también respecto de la realización de los pagos de estos créditos contra la masa».

5.2.6. PROHIBICIÓN DE EJECUCIONES DURANTE LA ETAPA DE CUMPLIMIENTO DE CONVENIO

El Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 y Mercantil de Córdoba, de fecha dieciséis de febrero de dos mil seis, acuerda no despachar la ejecución solicitada por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, con causa en que hasta la conclusión del concurso, a tenor del artículo 176

de la Ley concursal, siguen vigentes las prohibiciones de ejecución del artículo 55.

5.2.7. EFECTOS DEL CONVENIO SOBRE AVALISTA CAMBIARIO

El Auto Audiencia Provincial de Córdoba (Sección n.º 3), de fecha diecisiete de octubre de dos mil seis, resuelve que, como consecuencia de la autonomía del aval cambiario (el aval cambiario es una obligación autónoma, en la que el avalista no puede oponer las excepciones personales del avalado), éste no queda afectado por la novación modificativa que haya sufrido la obligación garantizada conforme al artículo 136 de la Ley Concursal.

6. Liquidación

La liquidación¹² de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y la aplicación de su producto a la satisfacción de los créditos contra la masa y concursales es causa de conclusión del concurso, entre las previstas en el art. 176 de la Ley concursal.

La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos jurídicos, a saber: 1.– Sobre el deudor: a) suspensión de sus facultades de administración y disposición, si las hubiere conservado; b) si fuese persona natural, la pérdida del derecho a alimentos, aunque se mantienen sus obligaciones como alimentista y sus derechos sobre prestaciones inembargables; y, c) si fuese persona jurídica, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145); 2.– Sobre los créditos concursales: a) el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones; b) la reanudación de ejecuciones de garantías reales, cuyas actuaciones hubieran quedado suspendidas por la declaración de concurso *ex* art. 56, y que se acumularán al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, según el art. 57 (art. 146).

Respecto del deudor, según declara el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2005, existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso, a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC).

¹² GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «Convenio y liquidación concursal», *Revista Estudios de Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 52/1 Enero-Junio 2004.

6.1. *Apertura a solicitud del deudor*

El deudor podrá pedir la liquidación, según el art. 142.1: 1.º Con la solicitud de concurso voluntario, concordante con el art. 6.4, a la que acompañará propuesta de plan de liquidación; 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones (diez días desde la comunicación del informe regulado en el Título IV, cuya publicidad se ordena en el art. 97), o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 96.4), 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.º Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110, que le faculta para solicitar la liquidación; y, 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. Se observa que la petición de liquidación por el deudor, en los supuestos descritos, tiene lugar durante la fase común del concurso.

Sin embargo, la Ley confiere al concursado la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación durante la fase de convenio, según previene el art. 128.3, en el plazo de diez días, contado de la fecha de conclusión de la junta de acreedores que aceptó una propuesta de convenio presentada por acreedores, a la que él no le hubiese prestado conformidad. Cuando el deudor hubiese pedido la liquidación, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de liquidación, 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 secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 142.2).

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 (art. 142.3). Este precepto impone al concursado la obligación de pedir la liquidación de su patrimonio y dejar sin efecto el convenio en fase de cumplimiento, pero queda a su libre albedrío pedir la liquidación y valorar la imposibilidad de cumplimiento del convenio aprobado por resolución firme, así como, al parecer, no concede margen de control alguno al Juez, que dictará auto abriendo la fase de liquidación, sin contradicción. Como consecuencia de esta resolución judicial, el convenio se torna ineficaz, es decir, queda rescindido, según establece el art. 140.4, para el supuesto de declaración de incumplimiento de convenio, y desaparecen los efectos sobre los créditos *ex* art. 136, además de reponerse la administración concursal, si hubiera cesa-

do, para que se encargue de las operaciones de liquidación (plan, etc.), asuma la administración del patrimonio concursal, sustituyendo al deudor, y prepare el informe de calificación. Lógicamente, dicha administración concursal tendrá en cuenta lo previsto en el art. 162, sobre coordinación de pagos anteriores en fase de convenio.

6.2. *Solicitud de apertura por acreedor*

Cualquier acreedor, concursal o titular de créditos contra la masa, podrá solicitar la liquidación, si el deudor no la solicitase durante la vigencia del convenio, con causa en lo dispuesto en el art. 2.4, es decir, si acredita alguno de los hechos de insolvencia descritos, y el juez dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de la Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación (art. 142.4).

6.3. *Apertura de oficio*

Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación, en los casos previstos en el art. 143.1.

Expreso la preocupación, sin alcanzar solución satisfactoria, en el supuesto de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio aprobado, sobre el contenido de convenio previsto en el art. 100.2, que permite:

a) Conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o créditos participativos. Parece que quedará rescindido, si hubiera sido formalizado.

b) Enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, o de determinadas unidades productivas, a favor de adquirente, que haya asumido la continuidad de dichas actividades y el pago de créditos contra la masa y concursales. ¿Rescisión? No parece solución adecuada, pues a idéntica solución podría llegarse vía liquidación. Significa que enajenados bienes y derechos convencionalmente, se hace indisponible para el deudor la petición de liquidación, pues de hecho ya han sido liquidados, aunque no estoy muy seguro.

Planteo las mismas dudas que en el caso anterior, por incumplimiento del convenio aprobado (art. 143.1.5.º), cuando la liquidación se abra a petición del concursado o de cualquier acreedor, durante la vigencia del convenio (art. 142.3 y 4).

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, por auto de fecha tres de febrero de dos mil cinco, con causa en la anterior petición de liquidación por el deudor, acuerda la conclusión de la fase común del concurso y la apertura de la fase de liquidación, así como fija con carácter definitivo la retribución que corresponde al administrador concursal, por su actuación en la fase común.

El Juzgado Mercantil de Sevilla, por Auto de fecha 26 de enero de 2006, decreta de oficio la apertura de la fase de liquidación en concurso de acreedores, al no haberse aceptado la propuesta de convenio. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valladolid, por Auto de fecha trece de julio de dos mil seis, declara finalizada la fase común y acuerda abrir la fase de liquidación, con causa en que la sociedad deudora estaba disuelta y en liquidación antes de la solicitud de concurso.

6.4. Efectos

La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos jurídicos, a saber:

1.– Sobre el deudor: a) suspensión de sus facultades de administración y disposición, si las hubiere conservado; b) si fuese persona natural, la pérdida del derecho a alimentos, aunque se mantienen sus obligaciones como alimentista y sus derechos sobre prestaciones inembargables; y, c) si fuese persona jurídica, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145).

2.– Sobre los créditos concursales: a) el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones; b) la readjudicación de ejecuciones de garantías reales, cuyas actuaciones hubieran quedado suspendidas por la declaración de concurso *ex* art. 56, y que se acumularán al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, según el art. 57 (art. 146).

Respecto del deudor, conservará su capacidad procesal en el concurso y existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso, a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC), según declara el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2005. D. Enrique García García.

6.5. Plan de liquidación

El artículo 148 establece que la administración concursal presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos... Es decir, la liquidación no supone necesariamente la desaparición de la empresa ni su «desguace».

6.5.1. PLAZO DE PRESENTACIÓN

Breve plazo, de quince días, para presentar el plan de liquidación, cuan-

do la masa activa sea de mayor cuantía, aunque pueda prorrogarse por otros quince días, y brevísimo si de procedimiento abreviado se tratase (ocho días), según el art. 191.1. En el corto plazo establecido (quince días, prorrogables por otros quince, u ocho días, con la prórroga de otros ocho días, en el procedimiento abreviado, si el juez lo acuerda), la administración concursal presentará al juez dicho plan de liquidación, es decir, su propuesta de realización individualizada o por lotes, bien por unidades de producción o como conjunto de explotación industrial, cuando se tratase de deudores dedicados a actividades profesionales o empresariales.

Pese a la literalidad del precepto que ordena a la administración concursal, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la presentación al Juez de un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, se ha suscitado la siguiente cuestión, relativa a la notificación del Auto, por el que se acordó la apertura de la fase de liquidación, a la administración concursal, para que ésta formulase el plan de liquidación, sin esperar a que se haya publicado en el BOE y en el diario correspondiente que resuelve la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), por Auto de fecha veintinueve de junio de dos mil seis, en el sentido de que la administración concursal deberá atenerse a la notificación recibida.

6.5.2. CONTENIDO

La administración concursal, para preparar el plan de liquidación, tomará en consideración el presentado por el deudor, en el supuesto previsto en el art. 142.1.1.º, al que se remite el art. 6.4, aunque no le vincula, y deberá partir del inventario de la masa activa, anexo a su informe *ex* art. 75.2.1.º, al que incorporarán, en su caso, los bienes y derechos fruto de la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69), o consecuencia de enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor, con anterioridad a la declaración del concurso, o de rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento (derechos de traspaso), según el art. 70, así como de las acciones de reintegración o de impugnación (artículos 71 a 73), debidamente valorados, si se hubiesen incorporado o reintegrado con posterioridad al citado informe.

En cuanto al modo de realizar las enajenaciones de la masa activa, parece que prima el método de venta directa, que permite hacerlo a través de entidad especializada (arts. 640-642 LEC), aunque no se descarta la subasta pública (arts. 643-675 LEC) o notarial (art. 220¹³), y puede considerarse que cumple la función del convenio de realización del procedimiento de apremio en la ejecución forzosa (art. 640 LEC).

¹³ Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, según modificación por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

El art. 148.1 se inclina, cuando sea factible, por un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, es decir, la venta como un todo o por partes con entidad suficiente para su provecho empresarial independiente. Sobre posibles fusiones¹⁴ y escisiones¹⁵ es aconsejable la lectura a Hernández Martín¹⁶, que analiza las posibilidades de fusión con extinción de la sociedad concursada, durante las fases común, de convenio o de liquidación, así como la fusión sin extinción de la sociedad concursada, durante la fase de liquidación y, por último, la escisión de la sociedad declarada en concurso, aunque descarta la escisión total y considera aprovechable la escisión parcial para su inclusión en el plan de liquidación. Estas operaciones de reestructuración societaria vienen reguladas en las secciones segunda y tercera del capítulo octavo del TRLSA. Hasta donde alcanzo, así como en fase de convenio la fusión o escisión de la sociedad concursada puede servir como fórmula para la satisfacción de los acreedores, por medio de la sociedad absorbente o de la nueva entidad nacida de la fusión, en fase de liquidación no estoy tan seguro.

En la Segunda Mesa Redonda del mencionado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «El grado de concreción de los planes de liquidación, especialmente, si los planes de liquidación pueden hacer mención a ofertas ya existentes y propuestas de adjudicación directa. Si hay ya ofertas que hubieran llegado a la administración, antes de la apertura de la fase de liquidación, es conveniente que se reflejen en dicho plan y que puedan servir como referencia para concretar el modo de realización y el valor de los bienes que se van a enajenar. Debe tenerse en cuenta que en la fase de liquidación no hay prevista en la Ley concursal una valoración de los bienes a los efectos de su enajenación y, por lo tanto, el valor de referencia debe ser el que aparezca refe-

¹⁴ Fusión de sociedades, es decir, la reunión de dos o más sociedades preexistentes, bien sea que la concursada sea absorbida por otra o que ambas sean confundidas para constituir una nueva sociedad y esta última herede a título universal los derechos y obligaciones de las sociedades intervinientes.

¹⁵ Escisión impropia, puesto que contribuye al fenómeno de la concentración, cuando la parte escindida se cede a una tercera sociedad, quien la absorbe o con la que se fusiona. Entonces se habla de escisión por fusión, por adquisición o por absorción, como modalidades de la escisión impropia. Según KPMG (<www.kpmg.es>): «*Los pasos clave para gestionar el proceso de separación incluyen, entre otros: la definición de la propiedad de los activos, la identificación e imputación de pasivos y contingencias y la formalización de contratos conforme a las condiciones del mercado en relación con los servicios de transición, así como la definición de problemas relativos a personas y aspectos operativos*».

¹⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, Tomasa, «Fusión y escisión de sociedades en situación concursal», *Auditores*, n.º 3, Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, febrero 2007, págs. 53-63.

rido en el inventario que se adjunta al informe de la administración concursal. Excepcionalmente, podrá la administración concursal plantear una nueva valoración de los bienes, cuando dada su naturaleza o condición hayan podido sufrir alteraciones en el valor durante la tramitación del concurso. De igual modo será necesario realizar una valoración específica de los bienes del concursado o de determinadas unidades productivas, cuando se pretenda su enajenación unitaria, dado que estas unidades productivas no fueron objeto de valoración específica en el inventario. Si se establece un criterio objetivo y transparente de valoración y se fijan unos máximos y mínimos a obtener, que puedan ser objeto de conocimiento por parte del deudor y de los acreedores, no debe ponerse obstáculo para que la administración concursal opte ya en el plan de liquidación por una de las ofertas recibidas e incluso para que solicite la aprobación de un sistema de adjudicaciones directas».

Se omite el calendario previsto para la ejecución de dicho plan de liquidación, pero deberá realizarse en el plazo de un año, según el art. 153. No cabe la dación de bienes o derechos en pago o para pago de deudas, si se considera aplicable en fase de liquidación la prohibición del art. 100.3 para el convenio. El adquirente puede ser cualquier persona capacitada, sin que se deba poner reparo a que fuese acreedor, concursal o contra la masa.

El apartado 4 del precitado art. 148 contempla el caso de que las operaciones de liquidación previstas supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo y declara la aplicación del art. 64, antes de la elaboración del plan, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, quien llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Esta incidencia puede dar al traste con el plazo de quince días y su prórroga, pues parece que se suspende éste, en tanto en cuanto no se resuelva la problemática laboral.

En la Segunda Mesa Redonda del aludido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos... Cuando exista plan de liquidación y la enajenación se efectúe conforme a dicho plan, no parece justificado que el Juzgado haya de dictar un auto de adjudicación específico más allá de la aprobación del plan de liquidación. Esta afirmación determina que la administración concursada quede habilitada para poder llevar la liquidación a su último término si obstáculo ni limitación alguna».

6.5.3. APROBACIÓN Y RECURSOS

El Auto que aprueba el plan de liquidación propuesto por la administración del concurso puede ser recurrido en apelación (art. 197), como se ha

planteado en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), mediante el referido Auto de fecha veintinueve de junio de dos mil seis.

6.5.4. VENTA DE BIENES Y DERECHOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE LIQUIDACIÓN

Conforme al plan de liquidación, el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 30 de junio de 2006, acuerda la reanudación de las actuaciones de ejecución hipotecaria en relación con un inmueble y autoriza su transmisión por venta directa. D. Antonio Martínez-Romillo Roncero.

6.6. Reglas legales supletorias

Cuida el art. 149, en el ordinal 3.º de dicho apartado 1, de regular:

a) Con carácter general, que los bienes y derechos del concursado se enajenarán según su naturaleza (muebles o inmuebles), salvo aquellos afectos a créditos con privilegio especial, conforme a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio (arts. 634 a 675), es decir, mediante subasta judicial, convenio de realización (art. 640) o a través de empresa especializada (art. 641).

En la Segunda Mesa Redonda del mentado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Alternativas a la subasta. Encaje de la LEC en la Ley concursal. Tanto los sistemas de adjudicación directa como la encomienda de venta a un tercero –artículos 640 y 641 de la LEC– pueden ser mecanismos previstos dentro del plan de liquidación y, por lo tanto, planteados por los administradores del concurso. Si no existe esa previsión en el plan de liquidación, el artículo 149 sólo permite la celebración de subasta judicial –sin las limitaciones que en cuanto a posturas ridículas o insuficientes permite la LEC– y la adjudicación directa, si la subasta queda desierta».

b) Que, caso de enajenación del conjunto empresarial o de determinadas unidades productivas, el juez otorgará preferencia a las ofertas de compra que garanticen la continuación de la empresa o de las respectivas unidades productivas y de los puestos de trabajo, y sobre las que serán oídos los representantes de los trabajadores.

En el apartado 2 del art. 149, se anuda a estas enajenaciones la declaración de sucesión de empresa, a efectos laborales, regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷, cuando los bienes transmitidos mantengan su identidad, entendida como un conjunto de medios organizado a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorias, aunque faculta al juez para acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación,

¹⁷ Disposición final decimocuarta de la Ley concursal.

que sea asumida por el FOGASA. Al respecto, sobre sucesión de empresa y derivación de responsabilidades, conviene citar la Disposición final undécima, que exonera de responsabilidad tributaria por sucesión de empresa en sede concursal, así como que se echa en falta una disposición similar respecto de responsabilidades de la misma naturaleza con la Tesorería General de la Seguridad Social (arts. 104 y 127 del TRLGSS).

En la Segunda Mesa Redonda del indicado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Liquidación y continuidad de la actividad empresarial por terceros. Alcance de las obligaciones que asumen los terceros. A la vista de los artículos 148 y 149 parece compatible llegar a la fase de liquidación y que la concursada siga con actividad empresarial, ya que la Ley permite que los expedientes de regulación de empleo se planeen en fase de liquidación y que terceros adquieran la empresa en funcionamiento o unidades productivas de la misma. Se observa una aparente contradicción entre el contenido del artículo 146, que afirma que la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, con el 148 que permite la realización de los bienes y derechos de la masa activa como una unidad. Si una empresa está en funcionamiento y se liquida como una unidad, el tercer adquirente puede estar interesado no sólo en adquirir los bienes –maquinaria, suelo, stock, materias primas–, los intangibles –fondo de comercio, derechos de propiedad industrial– y plantilla, sino también pedidos y contratos pendientes de realización y ejecución, y terminar de cumplir con las obligaciones pendientes del concursado que no fueran resueltas durante la fase común. El plan de liquidación deberá habilitar fórmulas para dar cobertura legal a estos supuestos, en los que un tercero adquiere una empresa en funcionamiento, fórmulas que deberán contar con el conocimiento y autorización de los terceros afectados por dichos contratos. El tercero que adquiere una empresa en funcionamiento o una unidad productiva no asume créditos concursales sino que se compromete al pago de una cantidad que pasa a formar parte de la masa activa del concurso para su distribución entre los acreedores, es decir, compra un bien a cambio de un precio. Sólo en lo referido a las obligaciones laborales, el artículo 149.2 establece que estas adquisiciones suponen una subrogación a los efectos laborales, existiendo sucesión de empresa, lo que determina que el adquirente sí se subroga en los créditos y responsabilidades laborales, con la posibilidad legal de que el Juez acuerde que el Fondo de Garantía Laboral asuma el pago de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago antes de la liquidación, conforme a los mínimos legales fijados en el Estatuto de los Trabajadores. Este precepto exige algunas precisiones legales:

*Exige una expresa autorización judicial.

*No distingue la Ley entre deuda contra la masa –derivada de la continuidad de la actividad empresarial– y deuda concursal –anterior al con-

curso-, luego el Juez puede pronunciarse respecto de la subrogación tanto de una como de otra deuda.

*En cualquier caso debe ser oído el Fondo de Garantía Salarial.

*No parece posible extender esta posibilidad de subrogación a las deudas públicas vinculadas al pago de indemnizaciones y salarios –retenciones de IRPF y de Seguridad Social-, que tienen la consideración de crédito bien concursal bien contra la masa, en función de cuándo se genere la deuda.

*La subrogación sólo será posible respecto de aquellos trabajadores y aquellos supuestos que se planteen en fase de liquidación, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúen en la empresa porque sus contratos se extinguieron en la fase común bien individualmente, bien en EREs concluidos durante la fase común».

Tiene interés para dichas enajenaciones judiciales lo dispuesto en la Disposición final duodécima, que las exonera del régimen de comprobación administrativa de valores.

En la Segunda Mesa Redonda del referido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos. Cuando se apliquen las normas supletorias previstas en el artículo 149 de la Ley, la previsión de la celebración de una subasta judicial determina que aprobada la subasta deba dictarse un auto de adjudicación».

6.7. Pago a los acreedores

En la Segunda Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Actualización del estado de los créditos durante la fase de liquidación. Control de los pagos realizados por terceros, vencimiento anticipado de obligaciones y coordinación de pagos entre concursos de un mismo grupo de empresas. El contenido de los artículos 159 a 162 de la Ley Concursal permite considerar que al abrirse la fase de liquidación los administradores del concurso han de actualizar el estado de créditos concursales y contra la masa en la fase de liquidación. La relación y condición de acreedores referida en el informe, que pone término a la fase común, puede ser incompleta o inexacta, porque se hayan realizado pagos por terceros o porque se hayan cumplido las contingencias inicialmente anunciadas conforme al artículo 87 de la Ley, una vez ha concluido la fase común. Parece, por lo tanto, razonable exigir a los administradores concursales que antes de efectuar los pagos en la fase de liquidación actualicen la situación de los créditos, al objeto de evitar este tipo de problemas e informar sobre los créditos inicialmente considerados contingentes».

En estrecha relación con la anterior cuestión, en dicho II Congreso de Derecho Mercantil, se suscita otra del máximo interés: «¿Puede reconocerse un crédito de una administración pública en fase de liquidación, cuando es consecuencia de su actividad inspectora conforme al art. 92.1 LC? La rigidez con la que se regula el plazo de insinuación de créditos podría llevar a considerar que los créditos no insinuados en el plazo legal –30 días desde la publicidad del auto de declaración de concurso– y la no impugnación del informe –artículo 97– tienen como consecuencia que los créditos no insinuados quedan fuera del concurso. Sin embargo, el artículo 92.1 determina que no puedan ser calificados como subordinados créditos de insinuación tardía cuando para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones públicas. El artículo 134.1 –cuando habla de la eficacia del convenio– advierte de la posibilidad de que haya créditos concursales que no hubiesen sido reconocidos, aunque la falta de reconocimiento en el informe no determina que dichos créditos no existan y no deban ser tenidos en cuenta. La posibilidad de que la Administración pública, como consecuencia de su actividad inspectora, conozca o determine créditos anteriores a la declaración de concurso es una realidad a la que ya se enfrentan los juzgados mercantiles, puesto que los mecanismos de control de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública no se activan en muchas ocasiones hasta que no se ha declarado el concurso y las garantías de este sistema de inspección es causa de que no puedan determinarse ni tan siquiera de modo provisional los créditos pendientes –con sus correspondientes sanciones y recargos– durante la fase de insinuación. De un modo un tanto pragmático se ha planteado la posibilidad de que se insinúen como créditos contingentes, pero lo cierto es que esa insinuación contingente es arriesgada. Parece más razonable que mientras exista activo en la concursada –es decir antes de la conclusión del concurso conforme al artículo 176– se dé entrada en el procedimiento a aquellos créditos anteriores a la declaración de concurso y que, sin embargo, por causa justificada no se determinan sino tras la conclusión de la fase común. Los administradores concursales al actualizar la situación de la masa pasiva, en fase de liquidación, pueden introducir estas modificaciones con la debida justificación y someter la fiscalización de la misma al correspondiente incidente concursal».

6.7.1. PAGO DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos de la masa o contra la masa, denominados *prededucibles*, se satisfarán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (concordante con el art. 90), es decir, a cargo de la masa, y las acciones relativas a la existencia, calificación o pago de créditos se ejercerán ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal.

En la Segunda Mesa Redonda del señalado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se

aborda la siguiente cuestión: «Reparto de activos cuando el patrimonio del concursado no permite ni siquiera hacer frente a las deudas de la masa. Especial incidencia en los créditos laborales contra la masa, cuando la extinción de los contratos laborales no se ha hecho en un solo expediente sino en dos expedientes sucesivos. Si los bienes o derechos no sometidos al pago de créditos con privilegio especial resultaran insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa atendiendo al orden de sus vencimientos, aunque esta regulación puede generar agravios comparativos y, de hecho, ya los ha planteado en la práctica en materia laboral cuando las extinciones de los contratos de trabajo no se han realizado de una sola vez sino en diferentes fases: se plantea un expediente parcial de regulación de empleo que se vincula a un convenio en el que se acompaña un plan de viabilidad, en ese momento se pacta una indemnización a los trabajadores por encima del mínimo legal, indemnización que se paga de inmediato con cargo a la masa. Posteriormente el convenio no llega a aprobarse y la concursada entra en fase de liquidación, donde nuevamente se abre expediente en este caso para extinguir el resto de contratos, en este caso el patrimonio de la concursada es ya insuficiente y los trabajadores no sólo se ven privados de la posibilidad de negociar con expectativas de cobro, sino que puede que incluso no haya bienes ni patrimonio para indemnizar el mínimo legal. Este mismo criterio del vencimiento puede dar la paradoja de que se antepongan a los créditos de los trabajadores –excluidos los del último mes trabajado que son los créditos cuyo vencimiento es anterior a la declaración de concurso– otros créditos contra la masa derivados del pago de gastos y honorarios de profesionales que han presentado sus créditos con anterioridad a la conclusión del expediente de regulación de empleo. Hay otros escenarios en los que el criterio del vencimiento puede plantear problemas, como es en el supuesto de que autorizada la extinción de todos los contratos queden vinculados a la empresa algunos trabajadores encargados de concluir pedidos o de colaborar con la administración concursal en tareas de gestión, y estos trabajadores, si la extinción del contrato se demora, pueden encontrarse con que otros trabajadores han cobrado con anterioridad y no queda activo. En definitiva, pueden plantearse supuestos en los que la determinación del vencimiento –que deben recoger los administradores concursales en su listado de deudas contra la masa– puede generar agravios y, por ello, deben articularse los mecanismos para que en estos casos extremos de clara insuficiencia de la masa activa, incluso para cubrir los créditos prededucibles, se resuelva conforme al criterio de prorratear el activo entre los acreedores contra la masa. En conclusión, si el concurso tiene dinero en efectivo se irán satisfaciendo los créditos a medida que vayan venciendo. Si no hay efectivo debe irse a la ejecución respecto de los bienes y derechos no afectos a créditos con privilegio especial. El profesor Beltrán advierte que los créditos contra la masa quedan sometidos en cuanto a su fiscalización al incidente concursal, lo que determina que, a falta de normativa específica en materia de recursos, las senten-

cias dictadas en dichos incidentes queden vinculadas al régimen general sobre recursos en el proceso concursal, lo que obligará a dar un tratamiento diferencia a aquellos incidentes que se planteen durante la fase común –que tiene limitado el acceso al recurso de apelación– de aquellos que puedan plantearse en fase de liquidación –donde sí es posible el acceso directo al recurso de apelación– y se aplican las normas y garantías sobre la ejecución de las resoluciones concursales apeladas. Es común la preocupación... por la insuficiencia de la masa activa para hacer frente ni tan siquiera a las deudas contra la masa. Conforme al artículo 176.1.4.º, la inexistencia de bienes y derechos del concursado dará lugar a la conclusión del concurso. Autores como el profesor Beltrán consideran que entre las responsabilidades de la administración concursal se encuentra la de no incrementar las deudas contra la masa, cuando se prevea que dichos créditos pueden frustrar cualquier posibilidad de pago parcial de los créditos concursales».

6.4. *Término de la fase de liquidación*

La exposición de motivos indica: «La ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin... señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución».

Como antecedente preciso del art. 153 de la ley concursal, puede acudirse al art. 111¹⁸ de la LSRL, según recuerdan Sala Alcaide¹⁹ y Sacristán Represa²⁰.

En la Segunda Mesa Redonda del reiterado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «El término que propone la administración concursal de ejecución del proceso de liquidación ¿puede ser rebajado a petición de las partes? Conforme al artículo 153.1 de la Ley Concursal parece que la fase de liquidación no puede durar más allá de un año en el procedimiento

¹⁸ 2. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.

¹⁹ SALA ALCAYDE, Alberto, *Nueva Ley Concursal, Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, A. SALA, F. MERCADAL, J. ALONSO-CUEVILLAS, Coordinadores, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, págs. 674-678.

²⁰ SACRISTÁN REPRESA, Marcos, Directores: Juana PULGAR EZQUERRA, Carmen ALONSO LEDESMA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II. Registradores de España, Editorial Dickinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 1361-1365.

ordinario –6 meses en el procedimiento abreviado– y esta previsión de duración no siempre será posible respetarla, ya que puede haber créditos contingentes que no sea posible realizar en los términos previstos en el artículo 150 de la Ley, o pueden incorporarse a la masa activa bienes o derechos como consecuencia de la firmeza y ejecución de resoluciones judiciales –acciones rescisorias o de otro tipo– producida con posterioridad, como consecuencia de las dilaciones ordinarias de los procedimientos judiciales –sobre todo los que queden pendientes de recursos de casación–. Atendiendo a la naturaleza y circunstancias de los bienes y derechos que hayan de ser liquidados, tanto el plan de liquidación como las observaciones que puedan hacer los acreedores permiten fijar plazos de duración inferiores de la fase de liquidación. El artículo 153 establece un término de duración cuyo único efecto es que a partir del transcurso de un año puede haber responsabilidad del administrador concursal por la dilación, responsabilidad que no es automática, pues habrá que ponderar los factores que puedan haber incidido en la dilación.

Las referidas en el mentado Congreso de Derecho Mercantil son incontestables y, aunque la casuística es impredecible, imagino que retrasará justificadamente la finalización de la liquidación, además de las incidencias sobre pago de créditos, las secuelas de la sección sexta, pues la administración concursal deberá proceder a la enajenación de los bienes o derechos objeto de la condena a las personas afectadas por la calificación de culpable o declaradas cómplices, de devolver los que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2.3.º), y al reparto de la indemnización de los daños y perjuicios causados por las mencionadas personas afectadas (art. 172.2.3.º, *in fine*), así como del importe de la condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, según el art. 172.3.

7. Calificación del concurso

La calificación del concurso²¹, como fortuito o culpable, es pieza decisiva, cuando tenga lugar su formación, en la que se evaluará la conducta del deudor, en los dos años anteriores a la declaración judicial y con posterioridad, es decir, durante la tramitación del procedimiento.

²¹ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «La calificación del concurso en la nueva Ley», *Revista Estudios de Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 51/2 Julio-Diciembre 2003.

7.1. *Supuestos de culpabilidad*

El apartado 2, del mencionado art. 164, dispone que, en todo caso (presunción absoluta), el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos:

«1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara».

En la Tercera Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos». Segundo bloque. Presunciones de culpabilidad, se aborda las siguientes cuestiones: «¿Es necesario que el hecho dé lugar a la presunción de culpabilidad *iuris et de iure*, art. 164.2 LC, o *iuris tantum*, art. 165 LC, agrave o genere la insolvencia y pueda además ser imputable al deudor o a los administradores o liquidadores de la sociedad? Acreditada la concurrencia de alguno de los hechos descritos en el art. 164.2, dada la expresión “en todo caso” empleada por el legislador, el concurso debe considerarse como culpable, sin posibilidad de prueba en contrario por el deudor, dando el legislador, en este caso por asegurada y presente, no solo la culpabilidad, sino también el nexo causal. Solo en el caso de las presunciones del art. 165 puede el deudor alegar y probar que el hecho no le es imputable. En otro caso, la diferencia entre el valor de las presunciones del art. 164.2 y las del 165 de la LC, podría perder sentido».

«Presunciones relacionadas con obligaciones contables: ¿Qué se entiende a los efectos del artículo 164.2.1.º LC por incumplimiento “sustancial” de la llevanza de contabilidad, o por «irregularidad relevante»? ¿La existencia de doble contabilidad determina siempre la aplicación de la punición? Desde luego incumplimiento sustancial será la no llevanza de contabilidad, y en general aquellos incumplimientos en materia contable que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor, en todo caso no es posible determinar reglas a priori, al tratarse de una cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso concreto. Dada la respuesta consignada a la pregunta anterior de este bloque, la doble contabilidad debe entenderse siempre verificada con ánimo defraudatorio o con intención de perjudicar a los acreedores, y debe dar lugar a la calificación de concurso culpable, incluso aunque la información de la contabilidad exterior, llevada hasta la declaración de concurso, reflejase la situación patrimonial real del concursado».

«¿Qué efectos produce en la calificación el incumplimiento del deber de formular cuentas consolidadas? Estando previsto en el art. 164.2.1.º de la Ley Concursal como actuación determinante, en todo caso, de la calificación del concurso como culpable la consistente en que el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que lleva-

ra, ha de recordarse que el art. 42.1 de Código de Comercio impone a la sociedad dominante de un grupo de sociedades o, en aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, a la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación, la obligación legal de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en los preceptos siguientes y con las excepciones previstas en el art. 43. Por tanto, ha de plantearse la posibilidad de considerar que la falta de formulación de dichos documentos contables, la comisión de irregularidades relevantes en los mismos o la llevanza de doble contabilidad consolidada (sic) es un hecho determinante de la calificación del concurso de la sociedad como culpable, cuando se tratara de una sociedad obligada legalmente no sólo a llevar la contabilidad de la sociedad en sí, sino también la contabilidad consolidada (sic) del grupo societario».

«164.2.2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos». Concordante con los arts. 6.2 y 3, 21.1.3.º, 45, 46, 96 y 100.4 y 5, de esta Ley.

En la mencionada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «Presunciones relacionadas con la apertura y tramitación del proceso concursal: ¿Es más reprobable para el legislador la inexactitud grave o falsedad en la documentación, art. 164.2.2.º, que la omisión de la documentación requerida y no aportada, art. 165.2.º? Claramente sí, se sanciona así de forma más grave la apariencia engañosa de incumplimiento que la falta abierta de colaboración. Hemos de matizar que en el primer caso debe tratarse de «inexactitud grave», sin que cualquier error determine la aplicación de la presunción. En el segundo caso se establece la consecuencia del incumplimiento de la obligación prevista en el art. 45. Cuando se ha declarado el concurso necesario, forzosamente por justificarse la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 2.4, con arreglo al 5.2, hemos de presumir que el deudor conoció su estado de insolvencia, por tanto, ¿hemos de limitarnos en este caso al examen del plazo de dos meses del 5.1 o puede extenderse el debate a la presencia de las circunstancias del artículo 2.4? La respuesta debe ser afirmativa. En otro caso, cuando el concurso incluso llega a la apertura de la fase de calificación, estaríamos abriendo la posibilidad de cuestionar incluso su viabilidad inicial, con evidente riesgo de resoluciones contradictorias, reabriendo debates que deben darse por resueltos por aplicación del principio de preclusión, art. 136 LEC, por remisión de la disposición adicional quinta de la LC.

Para determinar si es imputable al concursado el incumplimiento, ¿hemos de examinar la presencia de caso fortuito o fuerza mayor, dada la redacción del 164.2.3.º, o impedirá su presencia estimar incumplido el convenio? ¿Resultará fundamental a estos efectos el informe de evaluación de la admi-

nistración concursal? El artículo 164.2.3.º LC estima culpable el concurso cuando se proceda de oficio a la liquidación «por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado». Por tanto parece aquí contemplar también el legislador la posibilidad de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no imputable a culpa al deudor. Por ello, pese a la opinión en contra de prestigiosos autores, la presencia de caso fortuito o fuerza mayor en consecuencia no debería impedir que se apreciase el incumplimiento del convenio, y su presencia debe examinarse en fase de calificación. Parece que el informe de evaluación a estos efectos no debería resultar primordial, debiendo estar a cada caso concreto y a la situación existente al momento del incumplimiento, aunque puede considerarse como un elemento probatorio de indudable valor. Parece que debemos descartar que la presentación de una propuesta, calificada de inviable por la administración concursal, pero sin embargo aceptada, aunque proceda del deudor, deba determinar la imputabilidad del concursado por este hecho, anterior a la perfección del convenio».

«164.2.3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado». Concordante con lo dispuesto en los arts. 140, 142.3 y 4, 143.1.5.º y 169.3.

La Sentencia que declare el incumplimiento del convenio deberá expresar su causa, como previene el art. 172.1 de esta Ley y a lo que coadyuva lo dispuesto en el art. 169.3, en relación con el art. 167.2.

«164.2.4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación».

En la misma Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «Presunciones basadas en la posible actuación fraudulenta anterior del acreedor: ¿Puede dar lugar a la presunción del artículo 164.2.4.º, el no facilitar en una ejecución la relación de bienes requerida, conforme al artículo 589 LEC, incluso si ya ha sido sancionada esta conducta en los términos previstos en nuestra legislación procesal? Puede dar lugar a la presunción mencionada, ya que tal actuación, al menos, debemos entender que dificulta la eficacia de cualquier embargo. En el improbable caso de imposición anterior de multa coercitiva, por aplicación del apartado 3 del 589 LEC, el principio *non bis in idem* en principio impediría sancionar al mismo sujeto “en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento”, evitando “una reacción punitiva desproporcionada” (SSTC 154/1990, de 15 de octubre). Aunque es cierto que este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa, no obstante, “que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores

diversos” (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Sin embargo no debemos olvidar que la misma jurisprudencia constitucional (SSTC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2; y AATC 721/1984, de 21 de noviembre, FJ 2; 150/1984, de 7 de marzo, FJ 3; 781/1985, de 13 de noviembre, FJ 3; y 1264/1988, de 21 de noviembre, FJ 2), admite la posibilidad de doble sanción en los supuestos que tengan un fundamento distinto, como creo que es el caso, ya que mientras en la LEC se trata de castigar la obstaculización de la ejecución, con la calificación de concurso culpable se trata de inhabilitar a quien culpablemente ha generado o agravado la situación de insolvencia, para administrar bienes propios o ajenos por un tiempo. Por tanto, no existiendo identidad de fundamento entre las sanciones no cabe aplicar la interdicción de duplicidad por los mismos hechos».

«164.2.5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos».

En la referida Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «¿Es posible aplicar el artículo 164.2.5.º, cuando la acción rescisoria del art. 71 LC se haya desestimado?, ¿y si no se ha ejercitado?, ¿puede darse prejudicialidad civil, en los términos del artículo 43 LEC? La idea del legislador es la de desvincular los conceptos de perjuicio y fraude. Por tanto si las acciones rescisorias no se basan en el fraude la respuesta a la primera y segunda cuestión debe ser afirmativa, y no cabe hablar de prejudicialidad. Únicamente en el caso del artículo 71.5 LC, cuando se trate de actos realizados en los dos años anteriores, tiene sentido el planteamiento de estas dudas, pero en este caso la situación habitual será la del ejercicio de acción de reintegración, que como hemos visto no se basan en el fraude. ¿Debemos tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales establecidos al interpretar los artículos 1111, 1291 y 1297 CC en la aplicación del artículo 164.2.5.º? Desde luego nada lo impide, y parece que resultaran plenamente aplicables para determinar el dolo del deudor, que aparece en las operaciones efectuadas en fraude de acreedores».

«164.2.6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia». Lo ficticio se contrapone a imagen fiel, macroprincipio de Derecho contable, que se destaca en el art. 34.2 del C. de C. y el art. 172 del TRLSA.

7.2. Presunciones relativas

El artículo 165 establece que se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, incurran en los siguientes supuestos de hecho:

«1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso». Es decir, el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, que

impone el art. 5.1, dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia, y que se presume, salvo prueba en contrario, cuando hayan transcurrido los plazos señalados en el art. 2.4.4.º (art. 5.2). Es decir, presunción sólo válida, al parecer, para los concursos necesarios.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de fecha veintiocho de julio de dos mil seis, califica como culpable el concurso que la administración concursal calificaba de fortuito y el Ministerio fiscal culpable, el cual consideró que el administrador de la concursada, a sabiendas de que se encontraba en situación de insolvencia, sobrepasó el plazo de dos meses previsto en la Ley para solicitar el concurso y que los perjuicios han ido aumentando con el paso del tiempo y con la continuación de la actividad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de fecha catorce de septiembre de dos mil seis, desestima el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, con costas, contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, que calificó fortuito el concurso, en solicitud de que se dicte nueva sentencia revocando la de instancia y calificando el concurso como culpable, con causa en que el deudor promovió la declaración del concurso una vez transcurrido el plazo de dos meses a partir del momento en que conoció o debió conocer su estado de insolvencia.

«2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el Juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la Junta de acreedores». Es decir, por incumplimiento de los deberes de colaboración con los órganos concursales, establecidos en los artículos 21.1.3, 42, 45, así como del deber del concursado de asistir a la junta de acreedores para convenio, según dispone el art. 117.2. Es razonable la incorporación de esta conducta omisiva del deudor y otros, como elemento que coadyuve a lograr un comportamiento activo y positivo del concursado, que supere la actual desidia del suspenso o quebrado, en general.

«3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso». Es decir, el incumplimiento de los deberes establecidos en las leyes mercantiles, sobre contabilidad y auditoría²², en parti-

²² En sentido estricto, la ley (Código de Comercio de 1885, Ley de Auditoría de Cuentas de 1988 y Ley de Sociedades Anónimas de 1989) y, en sentido amplio, su desarrollo reglamentario (Plan General de Contabilidad de 1990, Normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas de 1991, Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1990, Normas Técnicas de Auditoría de 1991, etc.).

cular, el título III del libro I del Código de Comercio (arts. 34 a 41) y el capítulo VII del referido TRLSA (arts. 171, 203, 212 y 218).

7.3. *Cómplices*

En la mencionada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», cuarto bloque, calificación y grupos de sociedades, se plantea la siguiente cuestión: «2.- ¿Es aplicable el concepto de complicidad del artículo 166 de la Ley Concursal a sociedades del mismo grupo que la concursada? El art. 166 prevé la consideración de cómplices de las personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor, sus representantes legales o, caso de ser persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, a la realización de cualquier acto en el que se base la calificación el concurso como culpable. Pues bien, cuando la sociedad concursada está integrada en un grupo, tanto las sociedades integrantes del grupo como sus administradores podrán ser declarados cómplices del concurso calificado como culpable cuando hubieran cooperado con la sociedad deudora a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. Por ejemplo, mediante negocios sobre las acciones de otra sociedad del grupo, que la normativa societaria, tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley del Mercado de Valores, equipara a los negocios sobre las propias acciones y respecto de los cuales establece serias restricciones, puesto que tales operaciones pueden haber provocado o agravado la insolvencia de la sociedad concursada, perjudicando a ésta en beneficio de otras sociedades del grupo; o puede haber existido una cooperación por parte de otros integrantes del grupo societario en la simulación de una situación patrimonial ficticia de la sociedad deudora. Ha de tenerse en cuenta que varios de los supuestos que el art. 164.2 de la Ley Concursal prevé como determinantes “en todo caso” del carácter culpable del concurso son actuaciones que responden a patologías típicas de los grupos de sociedades, en las que pueden cooperar otras sociedades del grupo o sus administradores. Así sucede, por ejemplo, con la consistente en que durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (art. 164.2.5.º de la Ley Concursal), o que antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6.º de la Ley Concursal)».

7.4. *Tramitación de la sección de calificación*

En la misma Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos».

Tercer bloque. Tramitación procesal de la sección, se abordan las siguientes cuestiones: «Los acreedores que pueden personarse en la sección de calificación, conforme al artículo 168.1, ¿son los incluidos en la lista definitiva de acreedores, o cualesquiera acreedores, como acreedores contra la masa, o acreedores no incluidos o incluso excluidos expresamente de dicha lista? Habida cuenta que el artículo 168.1 habla de “cualquier acreedor”, debe hacerse una interpretación amplia del concepto de acreedores a estos efectos, y por tanto considerar legitimados para comparecer y ser parte en la sección de calificación tanto a los acreedores concursales integrados en la lista elaborada por la administración concursal y aprobada por el juez, como los acreedores contra la masa e incluso los acreedores no incluidos en la lista por no haber comunicado su crédito dentro del plazo legal, pero que pueden acreditar su condición de tales.

¿Qué ocurre con las costas generadas por dicha intervención: son incluidas en la tasación, se abonan con cargo a la masa? La Ley no aclara si los interesados que se personen en la sección de calificación tienen algún derecho a ser reintegrados de los gastos que ello les genere. Ante este silencio legal y por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe entenderse que la intervención en la sección sexta de los acreedores u otras personas con interés legítimo deberá hacerse a sus expensas, sin posible derecho a ser reintegrados por la masa de los gastos del juicio ni de las costas, cualquiera que fuesen los resultados de su actuación procesal (respecto de la legislación anterior, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de febrero, 4 de marzo y 13 de abril de 1988)».

7.4.1. INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El artículo 169.1 establece que la administración concursal presentará al Juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes (artículos 164 y 165) para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, y si la propuesta fuese como culpable expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación (el deudor o, si los tuviera, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho) y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

7.4.2. INFORME DEL MINISTERIO FISCAL

Del referido informe de la administración concursal se dará traslado al Ministerio Fiscal, para que emita dictamen sobre la calificación del concurso, en el plazo de diez días. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen, se entenderá conforme con la propuesta de calificación.

En la mencionada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se abordan las siguientes cuestiones: «¿El dictamen del Ministerio Fiscal debe reunir los mismos requisitos de forma y contenido que para el informe de la administración concursal determina el artículo 169.1 LC? La propuesta formulada por los administradores debe basarse en un informe “documentado” y “razonado”; es decir, no basta con que la administración concursal argumente su propuesta, sino que debe justificarla con documentos que acrediten los hechos en que basa su calificación. A tal efecto, es admisible que la administración se remita a su propio informe que emitió a tenor de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Y en todo caso, esta justificación documental no será la única prueba que pueda tenerse en cuenta, puesto que si mediara oposición se tramitará un incidente concursal, en el que podrán proponerse y practicarse todo tipo de pruebas. Por el contrario, la Ley no dispone ningún requisito de contenido respecto del dictamen del Ministerio Fiscal, salvo lo previsto para el supuesto de que la sección de calificación se abriera o reabriera a consecuencia del incumplimiento del convenio específicamente gravoso, en cuyo caso se establece que ha de hacerse mención a las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable (artículo 169.3). Aunque la falta de especificación legal concede una evidente libertad de forma al Fiscal para la redacción de su dictamen de calificación, parece también claro que, como mínimo, deberá contener una propuesta de resolución en relación con la conducta del deudor, y caso de estimarse que es culpable, una identificación de las personas afectadas, tanto a título principal como en calidad de cómplices».

«¿Sería posible la petición de alguna medida cautelar junto con el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal? Podría pedirse el embargo de bienes, en los términos del artículo 48.3 de la Ley Concursal».

En la reiterada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «Dado que las partes personadas en la sección de calificación pueden alegar por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable (artículo 168.1), pero a su vez sólo el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal tienen virtualidad para la calificación (artículo 170), ¿qué alcance tienen las alegaciones de las partes personadas? Las partes que se personan en la sección, dado que no pueden formular escrito de pretensiones que pueda condicionar la calificación en contra del dictamen de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, son simples coadyuvantes, que pueden “sugerir” el sentido de la calificación, pero no mantenerla. Si el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal fueran coincidentes en calificar el concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones sin más trámite, mediante auto irrecurrible (artículo 170.1). Esta previsión tan automática es criticable, puesto que tiene pleno sentido si las únicas partes personadas son la administración concursal, el Ministerio Fiscal y

el deudor, pero en aquellos casos en que, conforme al artículo 168 de la Ley Concursal, se hayan personado otros interesados, si los mismos postulan una calificación de culpabilidad, su pretensión quedaría sin respuesta expresa, lo que en la práctica supone someter *ex lege* al auto que se dicta a una incongruencia omisiva».

7.5. Sentencia de calificación

En la Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», cuarto bloque, calificación y grupos de sociedades, se plantean las siguientes cuestiones: «1.– ¿En qué casos procede la extensión de la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada a otras sociedades del grupo? La sección de calificación del concurso, concretamente algunas de las consecuencias anudadas a la calificación del mismo como culpable, es quizás una de las principales vías por las que se puede extender la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada a otras sociedades integrantes del grupo o a sus administradores, o al menos conseguir la devolución por los mismos de los bienes obtenidos indebidamente de la sociedad concursada, la extinción de las deudas de la concursada para con los mismos y la indemnización de los daños y perjuicios. Recordemos que la sentencia que califique el concurso como culpable acordará la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y les condenará a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º de la Ley Concursal), y si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o Liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 de la Ley Concursal). Ha de precisarse, no obstante, que no se trata de una responsabilidad objetiva, es decir, no se trata de que las demás sociedades del grupo, señaladamente la matriz o dominante, o sus administradores, deban responder de las deudas de la sociedad integrante del grupo que haya sido declarada en concurso o hayan de perder los derechos que tengan frente a la misma por el simple hecho de que la sociedad insolvente pertenezca a su grupo empresarial (sin perjuicio de que los mismos hayan de ser calificados como subordinados por ser personas especialmente relacionadas con el deudor, arts. 92.5 y 93.2 y 3 de la Ley Concursal). Se trata, por el contrario, de una responsabilidad culpabilista, derivada de la concurrencia de determinadas actuaciones realizadas con dolo o culpa grave que han provocado o agravado

la insolvencia de ésta, si bien es cierto que el art. 164.2 de la Ley Concursal establece una serie de supuestos en los que el concurso se calificará en todo caso como culpable (el legislador ha realizado y positivizado la valoración de determinadas conductas como dolosas o gravemente culposas determinantes de la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor), y el art. 165 otros supuestos en los que existe una presunción *iuris tantum*, puesto que admite prueba en contrario, de culpabilidad».

«¿Una sociedad del mismo grupo puede ser considerada administrador o liquidador de hecho de la concursada? La sociedad dominante o su administrador, o el administrador del grupo propiamente dicho, pueden ser considerados como administrador o liquidador de hecho de la concursada, y, por tanto, alcanzarle la sentencia de calificación del concurso como culpable, no ya como cómplices, sino como personas directamente afectadas por la calificación, es decir, autoras principales de las actuaciones que, con dolo o culpa grave, determinaron o agravaron la insolvencia de la sociedad filial concursada, con sus consecuencias de devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente, pérdida de derechos frente a la concursada, indemnización de daños y perjuicios y pago total o parcial a los acreedores de la parte de sus créditos no percibida en la liquidación de la masa activa. Debe recordarse que en estos casos el art. 172.2 de la Ley Concursal impone al juez del concurso la obligación de motivar en la sentencia la atribución de tal condición de administrador o liquidador de hecho a la sociedad matriz o a su administrador. La condición de administrador o liquidador de hecho ha de conectarse con lo que se ha denominado la “difusión del poder de la empresa”. Dicho poder no reside ya únicamente en quien, conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social, el administrador societario de derecho. Ha de estarse más a la «funcionalidad» que a la «formalidad», a quien detenta el poder real de la sociedad más que a quien aparece formalmente investido del mismo, y hacer responder a quien funcionalmente detentaba tal poder real. Cuatro características esenciales pueden entenderse que caracterizan al administrador de hecho:

- 1.º) La ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento.
- 2.º) El carácter sistemático, no meramente puntual, del ejercicio de funciones de administración.
- 3.º) El desempeño de funciones propias de los administradores legales.
- 4.º) Su ejercicio autónomo efectivo, cuyo objeto no tiene por qué ser propiamente la marcha cotidiana de la empresa, sino que puede versar sobre la adopción de decisiones estratégicas, la determinación del destino de la sociedad.

La existencia de un grupo de sociedades implica la existencia de un “interés de grupo” al que responde la “unidad de decisión” que caracteriza

tal figura. Y significa que además de unos administradores de cada una de las sociedades que integran el grupo, hay otros que dirigen el grupo en sí, adoptando las decisiones estratégicas que afectan a todas y cada una de las empresas integrantes del mismo, y que incluso pueden incidir en mayor o menor grado en la adopción de otras decisiones que afectan a la marcha cotidiana de esas empresas del grupo, restando autonomía, en mayor o menor grado, según sea el grado de centralización del grupo, al ámbito de decisión de los administradores “formales” de las empresas del grupo (que si carecen de cualquier autonomía pueden llegar a ser considerados como “testaferros” u “hombres de paja”), razón por la cual pueden ser considerados como administradores de hecho de las empresas filiales. Puede entenderse, a efectos de la sección de calificación, que el administrador de hecho de la sociedad filial concursada ha sido la propia sociedad dominante, pese a que la misma, como tal persona jurídica, ha de actuar a través de una persona física, su administrador o administradores de derecho o de hecho, cuando éstos hayan actuado como representantes de la sociedad dominante, es decir, en defensa de los intereses de dicha sociedad dominante o del interés de grupo, y cuando la actuación de la sociedad concursada determinante de la provocación o agravación de la insolvencia se haya realizado en cumplimiento de las órdenes o directrices emanadas de la sociedad dominante. La sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter “orgánico” pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas, y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada. Y si la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable ha sido adoptado por el órgano de administración de la sociedad concursada dentro de su ámbito de autonomía de decisión, no afectado por su inserción en el grupo, no puede realizarse extensión de responsabilidad alguna fuera de los órganos de administración “de derecho” de la sociedad concursada. De todas formas, hay que tener en cuenta que en la sección de calificación no se puede dictar una sentencia declarando afectada por la calificación del concurso como culpable, o cómplice, en base a una mera responsabilidad objetiva, sino por culpa. Hay que estar, en consecuencia, a la determinación de quién ha realizado la actuación que se considera (bien porque se trate de una de las presunciones *iuris et de iure*, bien una presunción *iuris tantum* no desvirtuada, o bien porque así es valorada en la sentencia aun no estando incluida en esa relación de presunciones legales, que entiendo que no tienen un carácter cerrado respecto de los supuestos determinantes de

la calificación del concurso como culpable) como causante de la insolvencia o de su agravamiento con dolo o culpa grave. Por ello ha de estarse a las concretas circunstancias del grupo, a su mayor o menor grado de centralización y, por tanto, a si la actuación ha de imputarse al administrador, formal o de hecho, de la sociedad filial concursada, por entrar dentro de su ámbito de autonomía de decisión, o si también puede imputarse, en exclusiva o de modo compartido, a la sociedad dominante, como administrador de hecho de la sociedad concursada, o a los administradores de aquella. Además, la extensión de la responsabilidad fuera de los órganos “formales” de la sociedad concursada integrante del grupo no significa necesariamente la exculpación de los administradores “formales” de dicha sociedad, si los mismos, por acción u omisión, han intervenido en las citadas actuaciones determinantes de la calificación del concurso como culpable, sin que pueda ser admitida una exculpación por “obediencia debida” u argumento similar».

En la mentada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», aplicación de la normativa sobre calificación a hechos y conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley, primer bloque; aplicación retroactiva, se aborda la siguiente cuestión: «¿Los efectos patrimoniales previstos en el artículo 172.3 LC, constituyen sanción o penalidad civil? ¿Cuando el incumplimiento de los deberes contables no se corrige o subsana, después de la entrada en vigor de la LC, resulta plenamente aplicable la nueva normativa en todos los casos y a todos los sujetos previstos en ella? Respecto a la primera cuestión, existen discrepancias en cuanto a calificarla como responsabilidad-sanción, sin que existiera acuerdo sobre su carácter sancionador o meramente resarcitorio. En cuanto a la segunda cuestión debe responderse también en sentido afirmativo, pudiendo extender esta respuesta a cualquier otra situación, que si bien en la practica no será tan frecuente, también puede plantear la misma situación. En este punto conviene recordar la STS 16 de julio de 2002, que respecto a la responsabilidad de los administradores por el art. 262 LSA, señalaba que: “no importa que la causa determinante de la disolución de la sociedad hubiera surgido antes del uno de enero de 1990, si la misma subsiste, permanece y se prolonga después de esta fecha sin que los administradores actúan en la forma que establece el artículo 262, procediendo estimar la responsabilidad *ex lege*. Efectivamente, el día uno de enero de 1990, la sociedad anónima se encontraba aún incurso en causa de disolución, rigiéndose a partir de dicha fecha, por la nueva Ley de Sociedades Anónimas 19/89, que expresamente deroga la ley de 17 de julio de 1951, estando obligados los administradores a convocar la junta para disolver la sociedad, por la causa señalada en el artículo 260.4, siendo totalmente contraria a la Ley su conducta, consistente, en permitir que la situación se prolongara, e incluso se acrecentara, sin promover la disolución en la forma prevenida en el artículo 262, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Ley, no afectando a la referida obligación lo dispuesto en las Disposicio-

nes Transitorias, estableciendo determinados plazos a las entidades creadas bajo la vigencia de la antigua Ley, para adecuarse a la posterior, porque ninguna de ellas se refiere a la disolución de las compañías, materia en la que entró en vigor la Ley nueva, como se ha consignado, el uno de enero de 1990».

La Sentencia del Juzgado de lo mercantil de Málaga, de fecha 21 de septiembre de 2005, adopta decisiones de gran interés profesional, entre ellas, la condena a la persona afectada por la calificación de culpable a que abone los créditos concursales y algunos de los créditos contra la masa (retribución del administrador concursal), así como las costas del incidente de calificación, con los siguientes Fundamentos de Derecho: «Sexto: La nueva normativa concursal recoge que el concurso ha de calificarse como fortuito o como culpable, recogiendo en el artículo 64 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, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho”. El citado precepto recoge una serie de supuestos, *numerus apertus*, en los que el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de ellos. Igualmente el artículo 165 LC presume el dolo o culpa grave, necesaria para la calificación como culpable, en otra serie de supuestos como presunción *iuris tantum*. El análisis que hemos de realizar no parte necesariamente del estado de insolvencia al que se ha llegado pues es evidente que el mismo existe desde que se declara el concurso y tras el informe de la administración concursal sino el análisis de la actuación del deudor por la infracción de los mínimos deberes que hubieran llevado a esa situación de insolvencia o a la agravación de la misma. Cuando se trata de personas jurídicas el análisis ha de realizarse respecto de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, en definitiva, de sus representantes orgánicos. En dicho análisis es conveniente distinguir:

- a) Un elemento subjetivo o intencional en el que es el proceder del deudor concursado, de sus representantes orgánicos hecho o de derecho, por cuanto son sus actuaciones las que deben analizarse para determinar si con dichas actuaciones se han infringido las mínimas normas de diligencia a los efectos de llevar a la empresa a dicha situación de insolvencia o a agravarla. Este elemento subjetivo incluye el dolo, mala fe, malicia o voluntariedad en causar el daño y culpa grave (*hominum communis natura desiderat, culpa lata, dolo uiparaturt*) partiendo de la diligencia mínima y de la posibilidad revista de que se causare el daño concreto y que hubo de tener en cuenta dicho concursado o sus representantes orgánicos. En cuyo análisis hemos de tener en cuenta que la ley concursal recoge una serie de supuestos en los que se presume la existencia de ese dolo o culpa grave cuando el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concur-

- so, no se hubiera colaborado en la tramitación del mismo, no se hubiera formulado cuentas anuales o realizado las auditorias exigidas legalmente o no se hubieren depositado las cuentas aprobadas en el Registro Mercantil referidas a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso.
- b) Que con dicha conducta se haya generado la situación de insolvencia o la agravación de la misma, en cuyo análisis hemos de tener en cuenta que la ley concursal recoge una serie de supuestos en los que se presume igualmente la existencia de ese daño consistente en la generación de la insolvencia o en su agravación y que se concreta en el no observar los mínimos elementos de la diligencia de un ordenado comerciante o de un leal administrador por cuanto de su actuación ya se deduce dicho incumplimiento.
 - c) Relación de causalidad (discutida en algún supuesto) entre la conducta realizada y el daño producido consistente en a situación de insolvencia o en su agravación.

A partir de las anteriores consideraciones hemos de tener en cuenta que se han producido, en el citado proceso concursal, determinadas actuaciones del concursado que nos llevan a recoger alguna de las presunciones el artículo 165 LC en cuanto a la actuación dolosa o culpa grave:

1. Existe un incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso en los términos previstos en el artículo 165.10 en relación al artículo 5 de la Ley Concursal. Este último impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Y este deber se manifiesta en el artículo 3.1 LC en la legitimación del órgano de administración o de liquidación. En el año 2001, tal y como recoge el informe del administrador concursal, los fondos propios de la empresa concursada son negativos. Hemos de tener en cuenta que en el año 2002 (28 de diciembre) se adopta el acuerdo de disolución con nombramiento de liquidador. Es decir, que se va más allá de los dos meses para instar cualquier tipo de medida para adecuar la realidad jurídica de la empresa, pero que el liquidador deja transcurrir al menos desde dicho año hasta la declaración de concurso, en fecha de 28 de diciembre de 2004, sin realizar ni tipo de operación ni instar la declaración de concurso.
2. Ha existido un incumplimiento del deber de colaboración en el concurso (165.20 LC) por cuanto ya se ha señalado que les fueron requeridos documentos que se concretan en los apartados del artículo LC y que no se han aportado. Aunque inicialmente el concursado manifestaba que los tenía un asesor y posterior a esto un auditor, lo cierto es que dichos documentos sólo se centraban en ejercicios hasta el año

2001. No hay constancia, pues nada se ha dicho y nada se ha aporta de los posteriores años. Los artículos 42 y 45 de la Ley Concursal en relación al artículo 21.1.30 LC establecen la obligación de aportar los documentos a los que se refiere el artículo 6 por parte del deudor y eso no se ha realizado a pesar del requerimiento expreso que se efectúa mediante la providencia de fecha 3 de enero de 2005 (sección segunda).

3. Tal y como consta en el informe de la administración concursal y en la certificación registral mercantil el deudor es una persona jurídica con la obligación de llevanza de contabilidad tanto por lo dispuesto en el Código de Comercio como en la normativa específica de Sociedades Limitadas. El deudor no ha formulado las cuentas anuales y, evidentemente, no las ha depositado de los ejercicios 200 a 2004. (165.30 LC). En este caso hemos de tener en cuenta igualmente que la disolución de la sociedad se adopta en fecha de 28 de diciembre de 2002 y por tanto corresponde al liquidador la formulación y presentación de las cuentas de ese mismo año en el ejercicio de 2003.

Al respecto del elemento subjetivo analizado y en las presunciones de dolo o culpa grave que se han recogido procede tener en cuenta que de todas estas actuaciones y por los deberes básicos que legalmente le corresponden las conductas señaladas han sido realizadas por el liquidador de la sociedad y ello aun a pesar de que se une el hecho de que el Administrador que lo fue de la misma debió convertirse en liquidador, de forma automática, conforme a los Estatutos de la Sociedad y que la protocolización del acuerdo de disolución no se produce hasta fecha de 5 de febrero de 2003 en cuyo acto comparecen el administrador de la misma y el liquidador y que por lo tanto hasta dicha fecha actuó como administrador de la sociedad, aun a pesar de que el acuerdo de disolución era de 26 de diciembre de 2002. En cualquier caso el concurso es declarado fuera del periodo de dos años que fija el artículo 48 de la Ley Concursal. Igualmente concurren presunciones, de las previstas en el artículo 164 de la Ley Concursal, que nos indican claramente que la actuación de la sociedad concursada ha colaborado gravemente a la generación o agravación del estado de insolvencia. En concreto desde el año 2002, inclusive, no existe constancia de haber llevado la contabilidad en los términos exigidos en la normativa mercantil (164.2.10 LC). Así se acredita en el informe de la administración concursal. Pero también es cierto que, desde al año 2001, inclusive y hasta la declaración del concurso, tal y como consta en el informe del administrador concursal y en las cuentas del año 2001, ya existía una situación de fondos propios manifiestamente insuficientes e inadecuados para el ejercicio de la actividad. Esto es reconocido por el propio concursado en el referido escrito, lo que nos lleva a determinar que se actuó de forma desordenada, negligente y perseverante en el mantenimiento en la vida jurídica de una empresa, aún en liquidación, sin realizar la más mínima

actuación tendente a dar por concluida la actividad a la que se dedicaba. No se trata de un supuesto de los previstos en el artículo 164 de la Ley Concursal pero el análisis de dicho precepto hemos de realizarlo a partir de su concepción como *numerus apertus* por la referencia a “en todo caso” que el mismo recoge al enumerar las circunstancias por las que se calificará como culpable. Dicha situación no fue definitivamente recogida como presunción en el artículo 164 LC pero ya se recogía en el anteproyecto de la ley vigente como una de las causas que motivarían su calificación como culpable.

Al respecto de la relación de causalidad hemos de partir de que nada se ha alegado ni por el concursado ni por el administrador ni por el liquidador de la sociedad pero en cualquier caso la existencia de dichas presunciones y circunstancias, unidas a la actuación negligente del liquidador y a la situación actual de la sociedad, evidencian que, de haber cerrado, disolviendo o liquidando la empresa, en un plazo más o menos razonable, no se hubiera dado lugar a la indeterminación de la masa activa que consta en el informe de la administración concursal y que por tanto la inicial insolvencia que ya se pone de manifiesto en el año 2001 se ha agravado con la dolosa actuación del liquidador, pues de conformidad al artículo 111 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada el plazo de liquidación razonable para terminar la liquidación es de tres años y ello significa que al menos se deberían haber realizado operaciones de liquidación que permitieran ver el avance en dicho proceso. En la situación de la empresa se evidencia que el liquidador nada ha realizado al efecto y que ninguna actuación, ni la inicial prevista en el artículo 115 LSRL, ha ejecutado.

Por todo ello procede declarar el concurso como culpable por cuanto el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad ha incumplido sustancialmente esta obligación, por la existencia, desde el año 2001 y hasta la declaración de concurso, de una situación de fondo propios manifiestamente insuficientes e inadecuados para el ejercicio o mantenimiento de la actividad y por la no realización de ninguna actuación tendente a la liquidación incumpliendo la normativa societaria desde el acuerdo de disolución y nombramiento de liquidador en fecha de 26 de diciembre de 2002 (protocolizado en fecha de 5 de febrero de 2003).

Séptimo: En cuanto a la determinación de las personas afectadas por la calificación procede entender que, por su propia naturaleza y los efectos propios de dicho proceso concursal lo es la entidad concursada. Igualmente hemos de recoger, conforme a lo señalado al liquidador de la persona jurídica, en quien concurren las circunstancias necesarias para entender que son sus actuaciones (o mejor dicho su pasividad) las que han motivado el agravamiento de la situación de insolvencia que ya se puso de manifiesto con el acuerdo de disolución que se adopta en el año 2002.

Octavo: A los efectos de la determinación de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, y en concreto el liquidador procede atender a la entidad del perjuicio y a la gravedad de los hechos tal y como reco-

ge el artículo 172.2.20 LC. Concurren en el presente dos circunstancias a tener en cuenta:

- a) El perjuicio se identifica en el presente caso con la situación de la sociedad concursada y en concreto con la situación de impago de las deudas sociales y de los gastos del concurso y de la terminación del mismo. Sin embargo este no puede ser considerado grave pues la sentencia que inicialmente acredita el crédito del solicitante el concurso es dictada en fecha de 11 de marzo de 2003 y consta en el informe de la administración concursal tan sólo la existencia de dos acreedores. En cualquier caso este perjuicio ha de identificarse expresamente con la dejación de funciones de liquidación y la situación a la que dicha dejación ha llevado a la sociedad ahora en concurso con los gastos que ello conlleva.
- b) Los hechos han de calificarse como graves a tenor de la concurrencia de los tres supuestos, como se ha expuesto, de dolo o culpa grave que recoge el artículo 165 de la Ley Concursal.

La graduación de la inhabilitación ha de hacerse, respecto de liquidador, atendiendo a los límites legales (entre dos y 15 años) y vista la existencia de una circunstancia agravante en cuanto a los hechos que podemos señalar como cualificada y otra respecto del perjuicio causado menos grave, procede imponerla en el grado medio en su mitad inferior y por tanto en cinco años de inhabilitación para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar cualquier persona durante el mismo periodo.

Noveno: Procede igualmente, a tenor de lo previsto en el artículo 72.2.30 LC fijar la pérdida del liquidador, de cualquier derecho que tuviera como acreedor de la masa, al no ser acreedor concursal, con expresa condena a indemnizar los daños y perjuicios causados que en el presente caso se identifican con:

1. Los créditos pendientes recogidos en el informe de la Administración concursal respecto de la concursada tanto a D. (...) como a la Tesorería General de la Seguridad Social.
2. Los créditos contra la masa.
3. Los créditos de retribución del administrador concursal.
4. Los créditos que surjan posteriormente contra la masa para a definitiva conclusión del concurso.

Es necesario determinar que ha sido la actuación señalada del liquidador la que ha agravado la situación de la sociedad pues durante el periodo de liquidador han surgido créditos contra la sociedad que no ha atendido precisamente por la dejación de funciones de liquidación y que han motivado la situación de insolvencia y posterior declaración de concurso. Esto lleva que

tanto su actuación dolosa como el incumplimiento de los deberes mínimos de su cargo han coadyuvado directamente a generar daños y perjuicios en la sociedad derivados de la existencia de dichos créditos y de los créditos contra la masa. En el presente supuesto es posible realizar la determinación de los daños y perjuicios derivados de los créditos en la masa y de alguno de los créditos contra la masa que se identifican con:

1. La deuda al acreedor solicitante. D. (...), por importe de 18.329 euros.
2. La deuda contra la Tesorería de la Seguridad social por importe de 6.651,76 euros.
3. La deuda respecto de la retribución de la administración concursal consistente en:
 - a. Para la fase común en ciento treinta y siete con setenta y dos euros.
 - b. En la fase de convenio: el 10% de la cuantía de la fase común durante los meses de duración de la fase de convenio que se abrió en fecha de 18 de abril de 2005 y se cerró en fecha 27 de mayo de 2005.
 - c. Durante la fase de liquidación: el 10% de la citada cantidad de la fase común durante los seis primeros meses desde la apertura de dicha liquidación y el 5% durante los restantes seis meses hasta completar el año.

Sin embargo, no es posible determinar aún el resto de los créditos contra la masa que pudiera derivarse de los diferentes preceptos que la ley concursal y que deben ser fijados por la Administración concursal atendiendo los criterios que fija la ley. Ello, de conformidad a los artículos 209 y 219 de la LEC, no significa realizar ninguna operación de liquidación pues la misma se determina dentro del proceso concursal y con las impugnaciones que la misma prevé, por lo que dicha cantidad será líquida a partir de su fijación. De esta forma procede también imponer el pago de dichos daños y perjuicios conforme se liquiden en el proceso concursal que se concreten en créditos contra la masa hasta la conclusión del concurso y las inscripciones correspondientes», D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de fecha 16 de febrero de 2006, considera la responsabilidad concursal, consecuencia de la calificación culpable, como una responsabilidad sanción, que carecía de tipificación en la legislación derogada, y plantea la posibilidad de su aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, para responder negativamente, por aplicación del artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.3 del Código civil y la propia Disposición Transitoria Tercera del Código Civil, como tiene declarado el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de abril de 1991). D. Alberto Arribas Hernández.

La Sentencia de calificación de concurso culpable, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de fecha nueve de mayo de dos mil seis, se fun-

da en la comisión de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor y salida fraudulenta de bienes del activo.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de fecha 22 de mayo de 2006, es digna de consulta, pues analiza minuciosamente: a) la presunción dolosa o con culpa grave del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso a tiempo; b) actitud dolosa de la concursada en la manifestación de propiedad de determinados bienes inmuebles, que fueron calificados negativamente por el Registrador por no estar inscritas a nombre de la concursada; omisión de créditos en la lista de acreedores u omisión de deudores en el inventario (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso); c) como consecuencia de dicha actuación dolosa se hubiere generado o agravado el estado de insolvencia; d) falta de presentación en tiempo de las cuentas anuales (las normas no sancionan un cumplimiento tardío sino el incumplimiento sustancial de esta obligación); e) las personas afectadas por la declaración de culpable (aquellas personas que hubieran intervenido con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia y aquellas que hubieran participado directamente en los hechos que motivan la declaración del concurso como culpable, bien por tener el control directo de la causa que lo genera o por omisión de sus propios deberes motivando o permitiendo que la misma se produzca); f) cómplices (cooperación directa y dolosa por voluntaria en determinados actos que motivan la declaración y agravan la situación de insolvencia); g) inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes... (administradores sociales); h) condena de los administradores sociales a pagar el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores (concursoales y contra la masa); i) pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursoales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Granada, Mercantil, de fecha dos de octubre de dos mil seis, tiene en cuenta la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y analiza la facultad concedida al Juez del concurso en el art. 172.3 «(...) la sentencia podrá (...)».

En la citada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos. Tercer bloque.— Tramitación procesal de la sección», se aborda las siguientes cuestiones: «¿En qué casos cabrán los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en materia de calificación? Contra la sentencia que recaiga en el incidente concursal subsiguiente a la oposición a la calificación

cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, según previene expresamente el artículo 172.4 LC. A su vez contra la sentencia resolutoria de la apelación cabrá recurso de casación, siempre que concurran los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según precisa el artículo 197.6 Ley Concursal. A tal efecto, conviene recordar que el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 establece que, en materia de calificación, el recurso de casación no podrá basarse en la cuantía del concurso, sino en el interés casacional a que se refiere el artículo 447.3 de la LEC. A su vez, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición Final 16.^a, apartado 1.2.º, de la LEC, el recurso extraordinario por infracción procesal sólo procederá cuando, en virtud del interés casacional, también proceda sobre el fondo del recurso de casación».

8. Conclusión del concurso

El art. 176 regula las causas de conclusión del concurso y establece que procederá su conclusión y el archivo de las actuaciones.

El apartado 1.1.º del art. 176 dispone lo siguiente: «1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 1.º Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso». El Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Burgos, de fecha 6 de febrero de 2006, en cumplimiento del Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 30 de diciembre de 2005, que estimaba el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de declaración de concurso voluntario, declara la conclusión y consiguiente archivo de las actuaciones y retrotrae las mismas al momento anterior al de la presentación de la solicitud del mentado concurso, dejando sin efecto todos y cada uno de los pronunciamientos de la declaración de concurso voluntario.

Sigue el art. 176: «1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio». El auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 Vitoria-Gasteiz, de fecha dos de junio de dos mil seis, declara concluso el procedimiento concursal por haberse acreditado el pago realizado a la totalidad de acreedores de la concursada, incluidos en el informe de la Administración concursal, así como el de los créditos contra la masa devengados.

Dispone el apartado 1: «4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores». El requisito de inexistencia de bienes y derechos del concursado se completa con el de

inexistencia de terceros responsables para satisfacer a los acreedores, lo que entraña el agotamiento del ejercicio de acciones de responsabilidad frente a terceros, por parte de la administración concursal, consecuencia de la calificación o por otros medios procesales, previstos en los arts. 69 a 73.

El art. 176.2 dispone: «... *la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas*». El art. 176.4 preceptúa: «*El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda*». Solamente si se prueba el hecho de inexistencia de masa activa, así como cuando se alcance evidencia sobre la inviabilidad de acciones de reintegración de bienes y de responsabilidad contra terceros, podrá proseguirse la tramitación de la clausura del procedimiento concursal. El informe de la administración concursal incluirá una completa rendición de cuentas, como ordena el art. 181.1.

Conviene estudiar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de fecha veintiocho de marzo de dos mil seis, que resuelve sobre la conclusión del concurso instada por la administración concursal por falta de bienes y derechos, con los siguientes Fundamentos de Derecho: «Primero: Mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2005 la administración concursal presentó informe favorable a la conclusión del concurso de conformidad al artículo 176.4.º de la Ley Concursal. Dado traslado a las partes se presentó escrito de oposición por la solicitante del concurso, la procurador Sra. (...), en nombre y representación de D. (...), defendido por el abogado Sr. (...) En dicha demanda se señalaba diferentes incidencias ocurridas en la tramitación del procedimiento y en el acto de la vista el letrado director de la parte señalaba que ya se había subsanado el defecto de falta de publicación y que por lo tanto procedía la continuación del procedimiento. A dichas alegaciones se opusieron las partes contrarias y la administración concursal.

Segundo: Las incidencias sufridas en el presente procedimiento respecto de la nulidad declarada nada tienen que ver ni resultan afectadas a los efectos de la aplicación del artículo 176.1.4.º LC, en donde exclusivamente la cuestión debe centrarse en la posibilidad de conclusión del concurso «en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores».

Dicho apartado debe completarse con lo dispuesto en el 176.3 en cuanto señala que «no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de

responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión». Además, señala el 176.4 Lc que «el informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas».

Lo anterior conlleva varios elementos a tener en cuenta:

1. Que según el 176.1.40 LC la conclusión del concurso podrá realizarse en cualquier momento del procedimiento, tanto en fase común, como en cualquier otra fase.
2. Que hemos de partir de la inexistencia de bienes y derechos del concursado, lo que aquí se ha realizado a la vista del informe de la administración concursal, no impugnado en su momento y que determina que no existen.
3. Que la referencia a terceros responsables que hace el artículo 176.1.4.º LC debe conectarse con el 176.4 LC y por tanto se refiere a acciones de responsabilidad de terceros diferentes a las que derivan del proceso concursal pues necesitan ser ejercitadas por la administración concursal o cualquier otro legitimado derivadas del artículo 48.4 ó 5 de la LC o cualquier otra que pudiera derivar de la norma concursal, pero no la que se determina a partir de los artículos 172 ó 166 LC pues es evidente que las mismas sólo parten de la necesidad de un convenio que supere determinados límites o de liquidación y que ello circunscribiría la posibilidad de conclusión a la terminación por convenio o a la terminación por liquidación con apertura de la sección de calificación, lo que contradice el tenor literal del artículo 176.1.4.º LC.
4. Que no se esté tramitando la sección de calificación, lo que evidencia que para que proceda la conclusión por este motivo hemos de distinguir dos momentos: uno es aquel que se produce en cualquier estado del procedimiento, antes de la apertura de la pieza de calificación (163 LC) y otro posterior a la apertura de dicha sección. Es en este segundo caso en el que cabría esperar a que terminara dicha sección para poder concluir dicho concurso pues es evidente que será entonces, con las responsabilidades que pudieran declararse cuando habría que valorarse la existencia de bienes y derechos propios o de los declarados responsables, afectados o cómplices. En los presentes autos no se está tramitando la sección de calificación pues nos encontramos, a la fecha en que se inicia este incidente, en fase de informe de la administración concursal pendiente de las publicaciones que voluntariamente no realizó, hasta un momento posterior, la solicitante (23 y 24 LC).
5. Que no existan acciones viables de reintegración de la masa activa. En el presente procedimiento ni se ha interesado por la administración

concursal ni se ha interesado por ningún otro interesado, ni el solicitante, el ejercicio de este tipo de acciones.

Tercero: A partir de las anteriores manifestaciones lo cierto es que tampoco la demanda de oposición se manifiesta sobre ninguno de los elementos necesarios a tener en cuenta a los efectos de la conclusión del concurso. El alegato de la demandante pasa por hacer un análisis, ya resuelto, sobre los trámites procesales y las diferentes incidencias del concurso al respecto de la falta de publicación de la declaración del concurso y de las medidas cautelares en su día adoptadas. Cuestiones estas que tampoco incidirían en el resultado del presente procedimiento pues en realidad el análisis pasaría precisamente por la consideración de la situación patrimonial y de viabilidad patrimonial de la concursada en el momento en que nos encontramos. Y este momento es precisamente el de informe de la administración concursal a cuyos efectos ni existen bienes y derechos, ni se plantean ejercicio de ningún tipo de acción, ni está abierta en este momento, la sección de calificación. Por todo ello procede la conclusión del concurso.

Cuarto: La conclusión del concurso no empece, no obstante a las obligaciones derivadas de la ley concursal y conforme al artículo 178 LC, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del mismo o se declare nuevo concurso, pero si procede la extinción y cierre de la hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, librando mandamiento.

Quinto: No habiéndose formulado oposición sobre la rendición de cuentas del administrador concursal procede, de conformidad al artículo 181 LC, declarar aprobadas las mismas». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

A modo de despedida, anuncio el propósito de permanecer a la espera, durante los próximos meses, para conocer las Resoluciones de las Audiencias Provinciales, algunas especialistas de lo Mercantil, como las Secciones correspondientes de las de Madrid y Barcelona, sobre las apelaciones planteadas contra algunas de las Sentencias a que se ha hecho referencia, y de ofrecerles su recopilación, D. m.