

DERECHO TRANSITORIO CONCURSAL

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de Cuentas

Profesor de Derecho concursal - Universidad de Deusto

Sumario: I. Conclusión y reapertura del procedimiento; 1. Conclusión del procedimiento; 1.1. Causas de conclusión del procedimiento; a) Pago, consignación o íntegra satisfacción de acreedores; b) Ausencia de masa activa; c) Desistimiento o renuncia de todos los acreedores; d) Auto de clausura; e) Prohibición de clausura; f) Informe preceptivo; g) Oposición a la clausura; h) Recursos; 1.2. Efectos de la conclusión de procedimiento concursal; II. Reapertura; 1. Inventario y lista de acreedores; III. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio; IV. Convenio en la quiebra; V. Propuestas de convenio; VII. Recapitulación; VIII. Addenda.

La disposición transitoria primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se ocupa de los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, el uno de septiembre de dos mil cuatro, y dispone que continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, es decir, se reconoce el principio general de irretroactividad de las normas legales¹, aunque con ciertas excepciones, objeto del presente estudio.

Destaca la Exposición de Motivos de la mencionada Ley: «*XII... Materia especialmente delicada es la relativa al derecho transitorio, en la que la ley ha optado por respetar el principio de irretroactividad con algunas excepciones, dos de ellas muy señaladas: la primera, para hacer posible la aplicación a los procedimientos que se encuentran en trámite de las normas sobre conclusión del concurso; la segunda, para permitir la aplicación a aquellos procedimientos del régimen más flexible de propuesta de convenio y de adhesiones que establece esta ley, lo que contribuirá a facilitar la tramitación de los que se hallan en*

¹ Art. 2 del Código civil: «3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Artículo 2. de la LEC. Aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles. «Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas». Art. 9 de la Constitución Española: «3. La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...».

curso e incluso, en algunos casos, la conclusión de aquellos que se encuentren paralizados...».

Interesa, también, la disposición adicional primera, dedicada a las normas legales que hagan referencia a los citados procedimientos concursales derogados, que instruye a Jueces y Tribunales para que las interpreten y apliquen poniéndolas en relación con la Ley Concursal, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, con tres particulares reglas².

Conviene recordar el Derecho derogado sobre procedimientos concursales, aunque sólo mencionaré las respectivas normas que han estado vigentes hasta el uno de septiembre de dos mil cuatro: «**concurso de acreedores**» (arts. 1913 a 1928 del Código civil y 1156 a 1317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); «**quiebra**» (arts. 1319 a 1396 de la citada LEC; arts. 874 a 941 del Código de Comercio; y, arts. 1004 a 1177 del primer C. de C. de 1829); «**quita y espera**» (arts. 1912 y 1917 a 1920 del Código civil y arts. 1130 a 1155 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil); y «**suspensión de pagos**» (arts. 870 a 873 del Código de Comercio de 1885³, y Ley especial de 26 de julio de 1922). Además, pueden ser de interés las disposiciones especiales para las **suspensio-**

² «1.ª Todas las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 2.ª Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 3.ª Todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados y las prohibiciones para el desempeño por éstos de cargos o funciones o para el desarrollo de cualquier clase de actividades establecidas en preceptos legales no modificados expresamente por esta ley se entenderán referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación».

³ La doctrina mayoritaria ha considerado tácita y parcialmente derogados (derogación implícita, según Guasch Martorell) los arts. 870-872 del C. de Comercio: GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, José M.ª y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Valladolid, Imprenta de Emilio Zapatero, sin fecha, pág. 153; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, pág. 83; SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*. Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1989, vol. I, págs. 164-166; BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, págs. 150-151; MASCARELL NAVARRO, M.ª José, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Granada, Comares, 1994, págs. 12-13. MENÉNDEZ, Aurelio, «Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, Madrid, septiembre 1994, n.º 2, págs. 6-7. GUASCH MARTORELL, Rafael, «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, abril-junio 1995 (núm. 216), pág. 520.

nes de pagos y quiebras de las empresas de ferrocarriles y demás servicios públicos (arts. 930 a 941 del C. de C.; Leyes de 12 de noviembre de 1869, 19 de septiembre de 1896, 9 de abril de 1904 y 2 de enero de 1915); y el Decreto de 5 de noviembre de 1934, así como la Ley de 1 de septiembre de 1939, de la Jefatura del Estado, sobre intervención de las empresas y en las condiciones que indica.

I. Conclusión y reapertura del procedimiento

El número 1 de la mencionada disposición transitoria primera, como excepción a la declaración general de que los procedimientos concursales en tramitación, a la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el referido derecho anterior, establece que será de inmediata aplicación lo dispuesto en los artículos 176 a 180 de dicha ley, que regulan la conclusión⁴ y reapertura⁵ del concurso, excluyendo la aplicación de los incisos 1.º y 2.º del apartado 1 del citado art. 176⁶, quizá en consideración a que se trata de supuestos comunes de conclusión y archivo de los procedimientos concursales anteriores y del vigente concurso, aunque en el derecho derogado no se dicta auto de declaración de quita y espera.

El auto que declara en estado de suspensión de pagos es ejecutivo (art. 8 de la Ley especial), sin perjuicio de que, celebrada la Junta de acreedores, se pueda impugnar por cualquiera de éstos o por el suspenso, en el modo y tiempo fijados en los artículos 16 y 17 de dicha Ley.

En la suspensión de pagos, una vez cumplido el convenio, el deudor podrá solicitar del juzgado que dicte auto por el que se declare cumplido el convenio celebrado con sus acreedores y se ordene la cancelación de los asientos registrales en los Registros Civil, Mercantil y de la Propiedad, según proceda. El juzgado, ante esta petición, si la encuentra justificada, por las pruebas presentadas, debe dar traslado al Ministerio Fiscal y acostumbra a hacerlo a los acreedores personados en autos, así como a la comisión nombrada para seguimiento o control,

⁴ La conclusión del concurso se regula también en el art. 141 de la Ley Concursal por cumplimiento de convenio.

⁵ Reapertura que parece prevenirse para el supuesto exclusivo de clausura del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos (masa activa), en el art. 179.

⁶ «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. 2.º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.»

en su caso, acodando la publicidad que estime pertinente, antes de resolver definitivamente declarando cumplido el convenio aprobado y mandando archivar el expediente (art. 23).

Si el deudor faltare al cumplimiento del convenio, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de quiebra ante el juez que hubiere conocido la suspensión (art. 17 de la LSP). La sentencia de la AT de Barcelona, de 20 de mayo de 1988, declara que no puede prosperar la pretensión de la comisión de acreedores nombrada en el convenio, pues su incumplimiento por el deudor no permite la ejecución forzosa del mismo, y el único desenlace posible es el previsto en el art. 17 *in fine*, es decir, ejercer la facultad de pedir la rescisión del convenio y la declaración de quiebra. La Circular 1/1995, de 6 de abril, analiza los efectos del incumplimiento del convenio en la suspensión de pagos, considerándolos paralelos a los del incumplimiento en el concurso y la quiebra, sin que pueda deducirse el cumplimiento forzoso

Los efectos de la aprobación del convenio en la quiebra se indican en los arts. 904 a 907 del C. de C. y De la Oliva⁷ concreta: a) el convenio obliga a todos los acreedores aunque no asistiesen a la junta, que no usaron del derecho de abstención, *ex* art. 900, en su caso, y obliga también a los acreedores que no fueron incluidos en el balance ni intervinieron en el proceso concursal, si se les notificó la aprobación y no formularon tempestivamente reclamación (art. 904 C. de C.); b) salvo pacto expreso, el convenio opera la extinción de los créditos en la parte de que se hubiese hecho remisión al quebrado, aun cuando le quedare algún sobrante de los bienes de la quiebra o posteriormente llegare a mejor fortuna (art. 905 C. de C.); c) el quebrado tiene derecho a que se dé publicidad al convenio y los síndicos, con la fiscalización del comisario, han de restituir al deudor todas sus pertenencias y rendirle cuentas en el plazo de quince días. Las posibles impugnaciones de esas cuentas se presentarán al juez de la quiebra (art. 1160 C. de C. 1829). Conviene señalar que la rehabilitación del quebrado, a su instancia, exige informe del comisario y dictamen del Ministerio Fiscal, según previene el art. 1388 de la LEC, que se remite al Libro IV, Título XI (arts. 1168 a 1175) del primer C. de C., así como que el artículo 1396 de la Ley Procesal remite a la previsión contenida en el artículo 1159 del Código de Comercio de 1829, que no contiene una norma similar a la prevista en el 1313 de la Ley Procesal, referida al concurso —éste dispone que firme y comunicado el acuerdo (convenio) se dará por ter-

⁷ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 411.

minado el juicio—. En mi modesta opinión, sólo después de dar cumplimiento a las anteriores disposiciones podrá el deudor solicitar la rehabilitación, en los términos previstos, es decir, para el caso concreto que nos ocupa, el quebrado podrá obtener su rehabilitación justificando el cumplimiento íntegro del convenio (art. 921 del vigente C. de C. y 1172 del antiguo) y, para ello, acompañará los recibos en los que conste el reintegro de los acreedores, para su examen por el comisario, quien emitirá un informe sobre si procede la rehabilitación, y se comunicarán los autos al Ministerio Fiscal para su dictamen. Necesariamente, por lo tanto, será trámite previo recibirlos de la sindicatura, durante su rendición de cuentas. Sin más trámites declarará el juez la resolución que estime justa (arts. 1388 de la LEC y 1173 del viejo C. de C.). Este auto será apelable a ambos efectos. No debe olvidarse que con la rehabilitación del quebrado cesan todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra (art. 922 del vigente C. de C. y 1174 del antiguo), y la resolución judicial, cuando alcanza firmeza, da lugar al oportuno mandamiento para su inscripción en los Registros Públicos, para cancelación de todos los asientos que figuren relativos a la quiebra, como se regula en el art. 325.2 del RRM. Villarrubias Guillamet⁸ señala: «... en la quiebra, el convenio no pone fin al procedimiento de quiebra ni, menos aún, al estado de quiebra. El convenio suspende el procedimiento y sólo cumplido éste en todos sus términos, se pone fin al procedimiento; al igual que se pone fin con la liquidación judicial de la masa. De otra parte cabe tener presente que el estado de quiebra persiste durante toda la vigencia del procedimiento y, consecuentemente, también del cumplimiento del convenio, cesando con la rehabilitación del quebrado».

Si se incurriese por el deudor en el incumplimiento del convenio aprobado, cualquier acreedor podrá pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra ante el juez que hubiere conocido la misma (art. 906 del C. de C.), con la colaboración del mismo comisario y depositario o con la actuación de los síndicos nombrados en su día. De la Oliva⁹ analiza el incumplimiento del convenio por el deudor y las facultades de cualquiera de los acreedores para pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra ante el juez de ésta, y plantea dos cuestiones; la primera, relativa al acierto de hablar de «rescisión», puesto que, a diferencia de la rescisión ordinaria (arts. 1290 y ss. CC),

⁸ VILLARRUBIAS GUILLAMET, Felio, «La comisión liquidadora de acreedores en el ámbito concursal», *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 303.

⁹ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, págs. 411-412.

los efectos de la que nos ocupa son *ex tunc*; y, la segunda, sobre el procedimiento a seguir para esta «rescisión», pues mientras el TS ha exigido en ocasiones la sustanciación de esa demanda por los trámites del juicio ordinario que corresponda según la cuantía, la doctrina sostiene que se debe seguir el procedimiento incidental común, con apelación en ambos efectos contra la sentencia que recaiga. Señala que la reapertura de la quiebra puede presentar la particularidad de que, por la plena capacidad de los actos del deudor posteriores al convenio y anteriores a la declaración judicial de «rescisión», se hayan de incorporar nuevos acreedores, respecto de los cuales habrá de desarrollarse la actividad de reconocimiento y graduación de créditos, pues los antiguos acreedores recobran sus créditos íntegramente.

1. Conclusión del procedimiento

La clausura del concurso, prevista en el citado art. 176, podrá iniciarse de oficio por el juez o a instancia de parte interesada, es decir, del deudor y de cualquier acreedor¹⁰, así como de la administración concursal, luego la misma legitimación regirá para solicitar la clausura de los mentados procedimientos anteriores en tramitación, y también podrá iniciarse de oficio por el Juez de Primera Instancia o a solicitud de cualquier acreedor o de los órganos auxiliares. Surge la duda sobre legitimación de los titulares de créditos contra la masa (art. 84).

1.1. CAUSAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El referido art. 176.1 establece que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones, además de los citados incisos 1.º y 2.º, que no son de aplicación al caso, en los siguientes supuestos:

a) Pago, consignación o íntegra satisfacción de acreedores

«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».

Supuesto extraordinario e infrecuente, en la práctica concursal reciente, pero que parece sugiere la posibilidad de que el deudor o un ter-

¹⁰ Art. 3 «1. Para solicitar la declaración de concurso *están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación...*».

cero (acreedor u órgano auxiliar) pueda acreditar ante el juzgado que los acreedores concurrentes han sido totalmente satisfechos en sus derechos de crédito.

En la suspensión de pagos, el pago de créditos sólo puede efectuarse en fase de convenio (arts. 10 a 19 de la Ley especial de 1922) y la consignación exclusivamente cabe por tercero, así como el afianzamiento, ambos referidos al déficit patrimonial (art. 10¹¹ de dicha Ley). En la quiebra, además del convenio, según los arts. 898 a 907, 928 y concordantes del Código de Comercio, es posible el pago a los acreedores durante la fase de liquidación (arts. 911 y siguientes del citado C. de Comercio). Sin embargo, en este ordinal, aplicable transitoriamente a las suspensiones de pagos, quiebras, etc., se permite que la conclusión del procedimiento, en los supuestos de hecho contemplados, tenga lugar en cualquier estado del procedimiento. Habiéndose especificado el pago¹² y la consignación¹³, como causa de la referida clausura, la mención a la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio deberá relacionarse con otras formas de extinción de las obligaciones¹⁴. En todo caso, antes y ahora, aunque se trate de situaciones extraordinarias e improbables, caben las modalidades propuestas de satisfacción completa a los acreedores, si el deudor alcanzare mejor fortuna.

b) Ausencia de masa activa

«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».

Situación frecuente en la práctica concursal anterior, aunque no contemplada como causa de conclusión procesal en la legislación derogada, y ahora sujeta, además, a condición de inexistencia de terceros responsables.

En la suspensión de pagos, la clausura del procedimiento (sobreseimiento) puede tener lugar por cumplimiento del convenio aprobado judicialmente (arts. 17 y 23 de la Ley especial) y cuando sea solicitado por el deudor o los acreedores, caso de insolvencia definitiva,

¹¹ «...En los casos de insolvencia definitiva no se acordará la convocatoria hasta que transcurra el plazo de quince días señalado en el artículo 8 para la consignación o afianzamiento de déficit».

¹² Arts. 1157 a 1175 C. civil.

¹³ Arts. 1176 a 1181 C. civil.

¹⁴ Arts. 1187 a 1202 C. civil.

sin la consignación o afianzamiento del déficit patrimonial (art. 10 de dicha Ley). La aplicación de esta legislación específica permite deducir que no cabe la clausura de las suspensiones de pagos por inexistencia de bienes, etc., aunque las que estuviesen en tramitación, a partir del 1.09.2004, parece que sí podrán ser clausuradas por esta causa.

En la quiebra, su clausura tiene lugar por la aprobación del convenio (art. 1396 de la anterior LEC, que se remite al art. 1159¹⁵ del C. de Comercio de 1829) o una vez concluida la liquidación, de conformidad con el art. 1134¹⁶ del primer Código de Comercio, al que se remite el art. 1364 de la anterior LEC. Beltrán¹⁷ estudia la conclusión de la quiebra, por insuficiencia de masa activa para satisfacer las deudas de la masa, y considera que tiene que clausurarse, aunque de un modo provisional, cuando la masa activa sea insuficiente para satisfacer los gastos que genera el proceso de quiebra, a pesar de que nada dispongan los textos legales, pues la razón es evidente: el procedimiento no puede continuar útilmente cuando haya imposibilidad de satisfacer los gastos —obligaciones y gastos de la masa— que la quiebra genera. Yanes¹⁸ comparte la tesis expuesta, así como Fernández López¹⁹ y Cuesta Rute²⁰, quienes admiten que la quiebra se sobresea por falta de activo.

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 sindicatura del concurso de acreedores o de la quiebra y de los interventores de la suspensión de pagos, consecuencia de la calificación o por otros medios procesales, a los que luego me referiré.

¹⁵ «No haciéndose oposición al convenio en tiempo hábil, deferirá el Tribunal a su aprobación...»

¹⁶ «Concluida que sea la liquidación de la quiebra, rendirán los síndicos su cuenta para cuyo examen convocará el Juez junta general de los acreedores que conserven interés y voz en la quiebra...».

¹⁷ BELTRÁN, Emilio, *Las deudas de la masa*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albornotiana L), 1986, págs. 247-250.

¹⁸ YANES YANES, Pedro, *La reapertura de la quiebra*. Valladolid, Lex Nova, 1992, págs. 130-132.

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho procesal práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, vol. IX, pág. 525.

²⁰ CUESTA RUTE, José M.^a de la, «Los modos de terminación de la quiebra», en *Derecho Concursal (Cuadernos de Derecho Judicial)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 638-639.

c) Desistimiento o renuncia de todos los acreedores

«5.º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos».

El inciso segundo del apartado 1 de la disposición transitoria primera de la Ley Concursal, objeto de estudio, dispone que, a estos efectos, se entenderá que la referencia a la fase común del concurso, mencionada en ordinal transcrito, está relacionada con el trámite de reconocimiento de créditos, propio del concurso de acreedores y la quiebra (piezas segunda y cuarta, respectivamente) o su equivalente. Esta equivalencia puede referirse a la aprobación judicial de la lista definitiva de acreedores de la suspensión de pagos, *ex art.* 12²¹ de la Ley especial. Respecto al desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos podrá acreditarse en documento notarial o por comparecencia judicial y puede traer causa en un convenio extrajudicial.

En la suspensión de pagos, cuando el deudor no asista a la junta de acreedores, convocada para deliberar y aprobar, en su caso, el convenio propuesto, el juez sobreseerá el expediente. Si los créditos de los concurrentes y representados en dicha junta no sumaren, por lo menos, tres quintos del pasivo exigible computable, levantará el juez la sesión, declarando legalmente concluido el expediente. En ambos casos, los interventores cesarán en sus funciones diez días después de la fecha en que se comunique y publique la respectiva resolución (art. 13 de la Ley especial).

La Circular 1/1995, de 6 de abril, de la Fiscalía General del Estado, resume en su conclusión 4.^a c): *«Aun cuando no esté previsto en la Ley el desistimiento, a iniciativa del suspenso, hay que partir de su admisibilidad dado el carácter voluntario y de privilegio procesal de la suspensión de pagos, pero con límites de distinta naturaleza; por virtud de los temporales, el ejercicio de la facultad ha de ser anterior a la iniciación de la pieza de responsabilidad, y por razón de los límites formales sus efectos no son automáticos, sino que es exigible la comunicación del acto unilateral del desistimiento a las demás partes para que tengan la oportunidad de solicitar la continuación del procedimiento».*

En la quiebra, un sector de la doctrina entiende que no cabe el desistimiento una vez declarada ni, desde luego, después de nombrados

²¹ *«Ocho días antes de la celebración de la Junta quedará en poder del Juez, formada por los Interventores, la lista definitiva de acreedores... El Juez resolverá sobre cada reclamación sin ulterior...»*

los síndicos, según indican los profesores Fernández López, Rifá Soler y Valls Gombau²², y otros que citaré posteriormente. Sin embargo, Ramírez²³ acepta como viable (legal) el levantamiento de la quiebra por desistimiento expreso del que la obtuvo, siempre antes del nombramiento de síndicos, porque ninguna actuación compete al instante en cuanto tal, a partir de que estén nombrados los síndicos.

En la quiebra voluntaria, dictado el auto declarativo, el deudor no puede desistir y, si lo hace, tal desistimiento no producirá efecto alguno, en opinión de Rives y Martí²⁴. Este autor es terminante al afirmar que la declaración de quiebra hecha por el juzgado, una vez firme, crea una situación de derecho general, absoluta e indivisible, que afecta al interés del comercio en general y de la sociedad, y que impide al deudor y a los acreedores hacer convenio alguno, salvo en concurrencia con los demás acreedores, una vez reconocidos los créditos y con sujeción a las formalidades legales, sin otras preferencias ni privilegios que los admitidos en derecho y reconocidos por la junta o, en su caso, por el juez. Es tal la importancia del referido interés público en la quiebra, que en el supuesto de que la totalidad de los acreedores se declarasen pagados o condonasen sus deudas, el procedimiento habría de continuar, al menos, hasta el trámite de la calificación, ya que el único modo de que resulte satisfecha la vindicta pública consiste en la depuración de la responsabilidad del deudor. Con el mismo criterio, De la Cuesta Rute²⁵ sostiene que en la quiebra voluntaria no cabe desistimiento, aun antes de que se hayan nombrado los síndicos, y ello debido a que en el auto que declare la quiebra se convocará a los acreedores a la primera junta general, lo que equivale a un emplazamiento. A partir de éste, no cabe desistimiento por la simple voluntad del actor, sino que hay que oír al demandado y tener en cuenta su opinión. En el caso que nos ocupa, esta condición resulta de imposible cumplimiento, ya que habría que practicar la interlocución con todos los acreedores o, en su caso, con los síndicos. Pero si éstos han sido designados no es posible considerar el desistimiento. Así, la simple declaración de la quiebra volunta-

²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel; RIFÁ SOLER, José M.^a; VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo IX, 1997, pág. 527.

²³ RAMÍREZ, José A., *La quiebra*. Barcelona, Bosch, 1959, tomo III, págs. 106-111.

²⁴ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras, con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*. 3.^a ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, tomo II, págs. 267-268.

²⁵ CUESTA RUTE, José M.^a de la, «Los modos de terminación de la quiebra», en *Derecho Concursal* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 634.

ria traza todos sus perfiles, que son indisponibles por la voluntad del quebrado que la instó.

En la quiebra necesaria, en principio, el acreedor instante no puede desistir de su pretensión, una vez que el juzgado haya dictado el oportuno auto, y, si desistiese de lo instado, cuando haya alcanzado firmeza la declaración, el juicio de quiebra seguirá su curso. Para Rives y Martí²⁶, la declaración de quiebra, una vez firme, crea un estado de derecho general, absoluto e indivisible que imposibilita el desistimiento del acreedor, ya que éste no puede: a) cobrar su crédito antes del momento señalado por la Ley, al igual que los demás acreedores; b) concertar ningún convenio, salvo en concurrencia con los demás acreedores una vez reconocidos los créditos y mediante las formalidades establecidas legalmente; y, c) cambiar la naturaleza de su crédito colocándose en situación preferente para el cobro, ya que no hay más preferencias ni privilegios que las reconocidas en derecho. Por otra parte, el mencionado interés público provoca la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento, siendo necesaria la calificación de la quiebra para determinar si el quebrado es o no culpable de la misma y, en su caso, perseguirle criminalmente. Será preciso para ello una sindicatura y los antecedentes obrantes en autos, de lo cual se carecería si el juez accediese a la petición de desistimiento del acreedor. Recordamos que el nuevo Código Penal deroga el requisito de prejudicialidad civil para perseguir los delitos de insolvencia punible (arts. 257 a 261).

De la Cuesta Rute²⁷ advierte que el argumento de mayor peso que se invoca para la aceptación del desistimiento del acreedor instante, antes del nombramiento de los síndicos, está en la relación de analogía entre este supuesto y el art. 1329 LEC, según el cual el acreedor instante podrá allanarse a la oposición del quebrado al auto de declaración de quiebra, reponiéndose el mismo. Esta perspectiva le parece acertada, si bien considera que debería requerirse también, para la eficacia del desistimiento, la voluntad del quebrado. Sin embargo, estima que no deben olvidarse hechos significativos, entre los que se acotan los siguientes: a) en la oposición al auto de declaración de quiebra se discute la procedencia del mismo, según su apoyo en los presupuestos objetivos de la quiebra, y, en cambio, el desistimiento parte de la iniciativa del acreedor instante, que puede no tener referencia alguna a la justificación objetiva para la declaración de la quiebra; b) la quiebra declarada, con plena justificación, crea una institución jurídica en la que pesa tanto la vertiente penal como la civil, y no parece apropiado dejar a dispo-

²⁶ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *op. cit.*, tomo II, págs. 276-277.

²⁷ CUESTA RUTE, José M.^a de la, *op. cit.*, págs. 634-635.

sición del instante de la quiebra el componente penal de la quiebra, lo cual ocurriría si cupiera una estricta razón de analogía entre el desistimiento y el allanamiento referidos, debiendo tenerse por no declarada la quiebra en todos los órdenes.

Según Sala Reixachs²⁸: «*Ninguna similitud guarda el desistimiento con el allanamiento (expreso o tácito), y si el acreedor instante desiste del procedimiento, dando a su escrito el contenido de allanamiento, exponiendo una situación ficticia y simulada para que el juez reponga el auto de declaración de quiebra, está incurriendo junto con el quebrado en fraude de ley, fruto de una inteligencia dolosa entre acreedor y deudor en perjuicio del resto de acreedores de buena fe*».

Yanes²⁹ descarta el juego del desistimiento en la quiebra como modalidad de terminación del proceso, y añade, a los argumentos citados, como nota esencial de la resolución judicial que declara la quiebra, su inconsumibilidad, lo que quiere significar que los efectos propios del auto no se agotan frente al instante sino que se proyectan *erga omnes*, sobre todos los acreedores legítimos y frente a terceros.

El hecho de que no quepa el desistimiento del acreedor, según la doctrina mayoritaria, no significa que esté obligado a seguir el procedimiento, debido a: a) firme el auto declarativo de quiebra, se convocará de oficio junta de nombramiento de síndicos, que representarán a los acreedores e instarán el procedimiento en lo que no es dado promover de oficio; y, b) aun cuando el acreedor tuviese que hacer algún pedimento en interés común de la quiebra, los gastos originados saldrían del fondo disponible, ya que los gastos y costas judiciales son de cobro preferente a los créditos.

No obstante, de acordarse el sobreseimiento, a petición del acreedor instante de la quiebra necesaria, como al parecer se admite en la sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de fecha 27.10.1973, el deudor podrá iniciar acciones de resarcimiento de daños y perjuicios.

La doctrina estudia el acuerdo unánime de los acreedores como un modo de acabar la quiebra, no regulado en nuestro Derecho positivo, según Ramírez³⁰, quien atribuye al desistimiento expreso de todos los acreedores cierta relación con el convenio, y le lleva a admitirlo. De la Cuesta Rute³¹ plantea si es posible terminar el juicio de quiebra por el

²⁸ SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*. Barcelona, Bosch, 2000, pág. 45.

²⁹ YANES YANES, Pedro, *La reapertura de la quiebra*. Valladolid, Lex nova, 1992, págs. 122-125.

³⁰ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo III, págs. 112-114.

³¹ CUESTA RUTE, José M.^a de la, *op. cit.*, págs. 635-637.

desistimiento de todos los acreedores, y opone ciertos reparos que conduce al convenio. Yanes³² rechaza la legalidad del desistimiento por acuerdo unánime de los acreedores y considera que la equiparación del acuerdo unánime de los acreedores, para abandonar el proceso, y el convenio de masa encierra algunos equívocos, dada la más que dudosa identidad estructural entre el convenio y el desistimiento unánime, debido a que el convenio se rodea de considerables garantías y cautelas taxativamente previstas en la ley, cuya eficacia se produce sólo con la resolución judicial.

El desistimiento, por acuerdo unánime de los acreedores, además de la conformidad del deudor, exigiría que se adopte y manifieste por todos los acreedores concursales, no solamente por los concurrentes, lo que no resulta posible de afirmar durante el proceso de quiebra, dado que en traladad de morosos pueden concurrir en cualquier momento de su tramitación, en tanto exista masa activa (art. 1112 del primer C. de C.).

Otro supuesto, de laboratorio, es que los acreedores concurrentes, reunidos en junta, acuerden por unanimidad desistir del proceso universal, pero tampoco en este caso extraordinario cabe que tenga efectos para la clausura del proceso, es decir, que el juzgado acuerde el sobreseimiento de la quiebra, ni siquiera con la conformidad del deudor. En primer lugar, porque puede haber acreedores morosos a los que se perjudicaría su derecho a solicitar el reconocimiento de créditos y sucesivas acciones, y, en segundo, debido al reiterado interés público de la quiebra y sus efectos penales (arts. 259 a 261 del C. Penal).

Ramírez³³ acepta el abandono de todos los acreedores como uno de los varios modos anormales de acabar o cesar la quiebra, sin necesidad de esperar al instituto de la caducidad, y menciona algunas situaciones absurdas: *«Y si ningún acreedor hace acto de presencia ¿podrá seguirse el juicio de quiebra? ¿cómo nombrar los síndicos? ¿cómo verificar y reconocer los créditos? ¿cómo graduar éstos? Aún admitiendo que los acreedores asistieran a la junta sobre nombramiento de síndicos ¿qué decir si se abstienen de nombrarlos? Y si nombraron los síndicos, ¿qué diremos si luego no atienden el llamamiento judicial y dejan de presentar los títulos de sus créditos a los síndicos? Aun admitiendo que acudieran a la fase de verificación, aportando sus títulos de crédito ¿qué pasará si luego no acuden a la junta sobre reconocimiento de créditos o, de asistir a ella, se abstienen de pronunciarse sobre el “estado general” de créditos que los síndicos confeccionen? Aun supo-*

³² YANES YANES, Pedro, *op. cit.*, págs. 125-127.

³³ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo III, págs. 112-115.

niendo que acudieran a tal junta, y que votaran en ella, ¿qué diremos si luego no acuden a la junta sobre graduación de los créditos o si, asistiendo a la misma, se abstienen de votar?».

Cuesta Rute³⁴ estudia la amplia casuística que puede plantearse en el ámbito forense, en relación con el desistimiento tácito, por falta de asistencia a las juntas convocadas o por una total inhibición de los acreedores en el proceso, que se relaciona con la caducidad de instancia, y exige el transcurso del tiempo estipulado por la ley para que pueda alzarse la quiebra, contando con que dicha inactividad sea compartida por el deudor.

Yanes³⁵ dedica el siguiente comentario al acuerdo unánime de abandono del proceso por los acreedores: *«En un sector de hipótesis más generales conviene prestar cierta atención a una que, revistiendo corrientemente la forma del desistimiento, encuentra su fundamento en la disponibilidad por los acreedores de los derechos sustanciales reclamados. Así, absolutamente generalizado en el convencimiento de los concursualistas prácticos, el acuerdo unánime de abandono del proceso por los acreedores ha venido configurándose como modo autónomo de terminación del juicio de quiebra. Generalizando en lo fundamental, las bases sobre las que reposa esta posición descansan en la equiparación del acuerdo unánime y el convenio de masa, pues si para el ordenamiento concursal es factible la terminación de la quiebra por el acuerdo entre quebrado y acreedores —si bien sometida su aprobación a un sistema de mayorías y articulada en una resolución judicial vinculante—, debería serlo también el abandono unánime por los acreedores del juicio de quiebra, máxime cuando la unanimidad de los interesados elimina cualquier situación de indefensión. El argumento, de apariencia sustancialmente correcta, suele venir reforzado con una consideración de carácter pragmático que enfatiza la esterilidad de un procedimiento privado de impulso merced a la inacción procesal de todos los acreedores. Sin embargo, este modo de razonar, convincente en una primera lectura, encierra algunos equívocos que conviene aclarar de inmediato. En primer lugar, resulta más que dudosa la identidad estructural que pretende establecerse entre el convenio y el desistimiento unánime, no sólo porque la celebración de aquél se rodee de un considerable número de garantías y cautelas en el marco de un procedimiento taxativamente organizado por la ley, sino también porque su efecto procesal más importante (la clausura) se produce sólo con la homologación del acuerdo por el órgano jurisdiccional. En segundo*

³⁴ CUESTA RUTE, José M.^a, *op. cit.*, págs. 635-638.

³⁵ YANES YANES, Pedro, *op. cit.*, págs. 125-127.

término, y desde una perspectiva eminentemente pragmática, tampoco puede pasar por alto que serán pocas las ocasiones en que el acuerdo de abandono se embeba en el supuesto normativo del artículo 899 C. de C., que manda que los convenios o acuerdos sean hechos en junta debidamente constituida. Lo contrario supondría abrir un portillo a la amplia fenomenología de corruptelas procesales que por el conducto del convenio amistoso no judicial pudieran lesionar, constante el estado legal de quiebra, los intereses de los acreedores minoritarios. Estas consideraciones parecen suficientes para respaldar el rechazo a la inclusión de esta figura en el cuadro general de modos de terminación de la quiebra, debiendo remitirse a lo ya expuesto con ocasión del estudio del proceso de quiebra al que no concurre ningún acreedor legítimo del quebrado, para determinar en estos casos los efectos de una posible inacción procesal absolutamente generalizada de los acreedores».

Si no asistiere acreedor alguno a la primera junta de acreedores convocada para elección de síndicos, el juez podía dar por finalizada la quiebra, sin esperar a la terminación de la pieza quinta, caso de que se hubiese iniciado con la presentación por el comisario del preceptivo informe *ex art.* 1138 del primer C. de C., al que se remite el art. 1382 de la LEC, y la censura del Ministerio Fiscal sobre calificación de la quiebra ordenada en el art. 1139 del citado Código mercantil. Así parece desprenderse del auto de la AP de Navarra, de fecha 26.09.1997:

«Primero. Frente al auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, que acuerda el sobreseimiento del presente expediente de quiebra, se alza la parte apelante —a la sazón la que ha instado dicho expediente, al tratarse de una quiebra voluntaria—, solicitando la revocación de dicho auto. La peculiaridad que se presenta al análisis y resolución, primero del Juez de instancia y después por vía de este recurso a la Sala, radica en encontrarnos ante una situación que no está prevista procesalmente, ni por la LEC, ni por la regulación que en materia de quiebras se residencia en el Código de Comercio de 1829 (arts. 1068 y siguientes), y en el vigente. El supuesto que se ha dado consiste en la negativa de los acreedores de la sociedad quebrada, al nombramiento de los síndicos, no obstante haber sido citados en legal forma y por dos ocasiones para ello. La legislación al respecto parte de la necesidad de nombrar tres síndicos, en cuanto que es uno de los órganos de la quiebra, órgano administrativo encargado de administrar el caudal de la quiebra y representar a ésta y a la masa de acreedores en juicio y fuera de él, mientras dura el procedimiento (arts. 1218, 1319 y 1366 de la LEC). La legislación aplicable (LEC y Código de Comercio de 1829), regulan la elección de los tres síndicos, los distintos supuestos que se

puedan dar en la votación de los mismos, así como los casos de fallecimiento, cese o separación del síndico ya nombrado, pero nada contempla —quizá por impensable en principio— que los acreedores de la concursada se abstengan de nombrar a ningún síndico. El Juzgador de Primera Instancia, ante dicho silencio legal, señala como única hipótesis plausible la de la real inhibición de los acreedores concursales, que ante su pasividad, no pudiendo designarse los síndicos, órgano encargado de la administración de la quebrada y su representación, determinan la parálisis del procedimiento y la imposibilidad de su continuación, acordando en consecuencia sobreseer el expediente de quiebra.

Segundo. La parte apelante discrepa de la solución dada por el Juez “a quo”, al considerar que si bien el desistimiento de los acreedores sería admisible en la quiebra necesaria, no es admisible, sin embargo, en la quiebra voluntaria, no pudiendo en este supuesto condicionar los acreedores el desarrollo del expediente y la decisión de la quebrada de instar el procedimiento concursal. Estamos de acuerdo con la parte recurrente en que no sería de aplicación al caso considerar como solución el desistimiento de los acreedores —manifestado en su negativa a nombrar síndicos—, pues los efectos procesales del desistimiento quedan “prima facie” residenciados en la actuación y decisión de quien puede desistir, que en el caso de la quiebra voluntaria, al igual que en cualquier otro procedimiento, no es otro que el actor, al menos por lo que a la iniciativa se trata. Ha propuesto por otra parte algún autor la solución de la caducidad de la instancia, sin embargo tampoco parece aplicable al caso presente, precisamente por la actividad desplegada por la quebrada, puesta de relieve con el recurso que analizamos. Tampoco es admisible la solución dada por la parte apelante, en el sentido de entender que en realidad los acreedores de la quebrada lo que están, no es desistiendo del procedimiento, sino del cobro de sus créditos, ya que ninguna manifestación expresa de renuncia hay al respecto, ni cabe interpretar de sus actos lo anterior, ya que el silencio o conducta pasiva no equivale necesariamente a renuncia, salvo si acompañada del transcurso del tiempo la ley prevé dicho efecto (prescripción, caducidad).

Tercero. Lo cierto es que, coincidiendo con el Juzgador de instancia, la conducta pasiva de los acreedores imposibilita la continuación del procedimiento concursal y es razonable, atendido lo expuesto por la parte apelante, que se dé una solución definitiva al expediente de quiebra. Imposibilidad de continuación del procedimiento concursal y en definitiva de alcanzar los fines de esta institución jurídica, dirigida a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, desde el principio de la “par conditio creditorum” o principio de la comunidad de pérdidas, que surge de la importancia del trámite obstaculizado o simplemente renunciado por los acreedores, como es la designación y nombramiento de síndicos, en cuanto que es un ór-

gano fundamental de la quiebra, al asumir el poder de administración y de disposición de los bienes de la quiebra, a fin de satisfacer a los acreedores sus créditos reconocidos, conforme a la graduación de los mismos y representar en juicio y fuera de él los intereses de la masa de la quiebra. Las funciones que les están encomendadas en la LEC y Código de Comercio de 1829, condicionan la actuación de otros órganos de la quiebra —por ejemplo, las juntas generales— y los trámites procesales siguientes a su nombramiento, de ahí que sólo parece razonable la definitiva conclusión del procedimiento instado por la quebrada, al quedar truncada la ya indicada finalidad del procedimiento concursal. Por lo tanto deberán quedar sin efecto las iniciales consecuencias que trae la declaración de quiebra y que afectan a la capacidad de obrar de la quebrada, especialmente por lo que se refiere a la inhabilitación para el ejercicio de cualquier clase de comercio, y los efectos patrimoniales, por lo que se refiere a la inhabilitación para la administración de sus bienes y la pérdida de la posesión de los bienes, debiendo cesar en sus funciones el comisario y depositario de la quiebra. Por otra parte, la pasividad de los acreedores concretada en la ausencia de designación y nombramiento de síndicos, hace también inviable el desarrollo de la pieza quinta de la quiebra, esto es, la de calificación del concurso, al tener que basarse el informe del Ministerio Fiscal en el correspondiente y previo de los síndicos, por lo que no procede tampoco dejar viva tal pieza».

Esta es también la opinión de Sala Reixachs³⁶, quien advierte: «*La pieza de calificación quedará asimismo paralizada, al igual que las otras secciones, sin que pueda continuarse o seguirse su tramitación al no haberse nombrado síndicos. ... Los síndicos intervienen en la pieza quinta por imperativo de la ley, y su falta de nombramiento imposibilita constituir válidamente la relación jurídica procesal. No es infrecuente que ante la falta de nombramiento de síndicos, el titular del órgano jurisdiccional acuerde la paralización de todas las piezas de la quiebra con exclusión de la quinta. En estos supuestos, las funciones de la sindicatura suelen ser sustituidas por el depositario o se residen en el Ministerio Fiscal. Tanto en uno como en otro caso se infringe gravemente el art. 895 del nuevo Código de Comercio y el art. 1383 de la LEC, así como todos los preceptos que regulan la intervención de la sindicatura en la pieza de calificación. En este procedimiento incidental, tramitado en pieza separada formando parte de la sección quinta, todas las actuaciones estarán viciadas de nulidad, ante la ausencia de intervención de la sindicatura por su falta de nombramiento, por lo que, de no ser declarada por el juez, a instancia de parte o de*

³⁶ SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra...*, op. cit., págs. 167-169.

oficio (art. 240³⁷ en relación con el 248³⁸ de la LEC), con toda seguridad la resolución que recaiga será revocada por la Audiencia». Y apunta, como otros efectos de la clausura provisional de la quiebra por falta de síndicos, los siguientes: «a) Se produce la parálisis o suspensión del procedimiento, que queda clausurado definitivamente al transcurrir el tiempo de inactividad procesal que requiere la caducidad de instancia. b) El comisario y depositario cesan en sus funciones. c) El quebrado readquiere la plena disposición sobre su patrimonio. d) Cabe la posibilidad de la reapertura de la quiebra a instancia de cualquier acreedor. e) Los créditos no se extinguen hasta que se produzca la prescripción de la acción. f) El quebrado no puede ser rehabilitado al no haber satisfecho todas sus deudas (art. 921 del Código de Comercio vigente)».

En los casos expuestos, relativos al sobreseimiento de la suspensión de pagos o de la quiebra, que se encuentren en tramitación a partir del 1 de septiembre de 2004, parece que también será de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente.

d) Auto de clausura

El art. 176.2 dispone: «En los tres últimos casos del apartado anterior, 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».

Este informe, cuyo contenido se especifica en el apartado 4 del mismo artículo, objeto de posterior atención, será emitido, en los procedimientos de concurso de acreedores y quiebra, por la sindicatura (no por el depositario, como luego veremos), en la quiebra con la conformidad del comisario, y por la intervención judicial en la suspensión de pagos. En el procedimiento quita y espera no se nombra órgano auxiliar del juzgado, lo que podrá suplirse con el traslado a todas las partes personadas, si la clausura se ha iniciado de oficio, o a las partes que no hayan solicitado la clausura, para alegaciones.

³⁷ Arts. 115.2 y 121 de la nueva LEC. «Art. 115. Competencia para instruir y resolver incidentes de recusación. ... 2. La recusación será resuelta por medio de auto, por una Sección de la Audiencia Provincial o, en su caso, por la Sala o Sección que conozca del asunto». «Art. 121. Competencia para instruir y resolver el incidente de recusación. El incidente gubernativo de recusación de un oficial, auxiliar o agente judicial se instruirá por el Secretario del Juzgado, Sala o Sección que esté interviniendo en los autos, y lo decidirá el Juez o el Presidente, respectivamente».

³⁸ Derogado por DDU.1 de la nueva LEC.

e) Prohibición de clausura

El art. 176.3 establece: *«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».*

Será imperativa su observancia en el concurso de acreedores (arts. 1295 a 1302 de la anterior LEC) y en la quiebra (arts. 1382 a 1388 y 1366 a 1377 de dicha Ley ritualaria), así como en la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva (art. 8), por remisión a los arts. 20 y 21 de la Ley especial, que disponen la aplicación de los arts. 886 a 894 y 879 a 882 del C. de Comercio, respectivamente, es decir, no podrá acordarse la clausura del concurso de acreedores, la quiebra o la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva, sin haberse tramitado las piezas de calificación u otras acciones sociales de responsabilidad, así como las acciones de reintegración (revocatorias concursales *ex* arts. 879 a 882 del C. de C.) y, en la quiebra, además, las acciones de nulidad *ex* art. 878 del C. de Comercio, en su caso, previo señalamiento de la fecha definitiva de retroacción. En la quita y espera no se contemplan dichas previsiones sobre calificación de la conducta del deudor ni las relativas a acciones de reintegración.

Ahora bien, este precepto matiza *«salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión»*, que faculta a la administración concursal y, en derecho transitorio, a los síndicos del concurso de acreedores y de la quiebra, en este último procedimiento con autorización de comisario, e interventores de la suspensión de pagos, para la negociación con terceros de cesión de las acciones de reintegración, así como de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, de derecho o de hecho, socios personalmente responsables de las deudas concursales, cómplices, etc., cuya contraprestación se incorporará a la masa activa.

f) Informe preceptivo

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».*

He anticipado que los emisores de este informe serán los síndicos del concurso de acreedores o de la quiebra, en este último procedimiento con

la supervisión del comisario, y los interventores de la suspensión de pagos declarada en insolvencia definitiva, cuyo contenido se concreta en este apartado «*afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas*», y que podrá ser objeto de alegaciones por las demás partes personadas (deudor y acreedores), es decir, se dará audiencia para alegaciones a las partes personadas.

Las acciones de nulidad y de reintegración en la quiebra, cuya legitimación activa ostenta la sindicatura, con la aprobación de comisario, se regulan en los citados arts. 1366 a 1377 de la anterior LEC, que se remiten a los mencionados arts. 878 a 882 del C. de Comercio. En la suspensión de pagos debe acudir al art. 21 de la referida Ley especial, que se remite a los referidos arts. 879 a 882 del C. de C. En cuanto a las acciones de responsabilidad contra terceros, conviene recordar las específicas contra los administradores de derecho o de hecho, a los que podrá afectar el régimen general de responsabilidad (arts. 133 y 262.5 del TRLSA y arts. 69 y 105.5 de la LSRL) y el previsto en el art. 1301 de la anterior LEC, para el concurso de acreedores, y en la sección quinta de calificación de la quiebra (art. 1382 y siguientes de dicha Ley rituaría), que incluye la responsabilidad civil de los cómplices³⁹ (art. 893 del C. de C.), así como a través de la pieza separada de la suspensión de pagos declarada en insolvencia definitiva para la calificación y depuración de las responsabilidades en que haya podido incurrir el suspenso (art. 20 de la Ley especial).

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.

g) Oposición a la clausura

El art. 176.5 estipula: «*Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, el juez le dará la tramitación del incidente concursal*».

Se entenderá que esta referencia al incidente concursal está hecha al procedimiento del artículo 393⁴⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

³⁹ Los **cómplices** de la quiebra serán condenados, civilmente, a perder cualquier derecho que tengan sobre la masa (normalmente su crédito) y a reintegrar los bienes y derechos sustraídos, con intereses e indemnización de daños y perjuicios (art. 894 del C. de C.).

⁴⁰ Admisión, sustanciación y decisión de las **cuestiones incidentales**. «... 2. *En la providencia sucintamente motivada en que se admita el planteamiento de la cuestión se resolverá si ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones. 3. Traslado a las demás partes el escrito en que*

según dispone el inciso segundo del número 1 de la mentada disposición transitoria primera, es decir, que no se tramita el incidente de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del título VIII (arts. 192 a 196) de la Ley Concursal. En el concurso, estarán legitimados para formular oposición a la conclusión del concurso la administración concursal, el deudor y los acreedores, que no la hubiesen solicitado. En los procedimientos derogados, además de estos últimos (deudor y acreedores), estarán legitimados para oponerse a su clausura los síndicos del concurso de acreedores o de la quiebra y los interventores de la suspensión de pagos, si no la hubiesen instado.

h) Recursos

El art. 177 dispone: «1. *Contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno*».

Este auto se dictará sólo en ausencia de oposición por las partes legitimadas y, si acuerda la conclusión del procedimiento concursal correspondiente, contra el auto correspondiente no cabrá recurso alguno.

«2. *Contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso, cabrán los recursos previstos en esta ley para las sentencias dictadas en incidentes concursales*».

Según dispone el inciso segundo del número 1 de la disposición transitoria primera, objeto de estos comentarios, se entenderá que contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del procedimiento concursal cabrá el recurso de apelación (arts. 455 a 465 de la LEC) y que contra la sentencia que resuelva este último cabrá el recurso de casación o el de infracción procesal, en los términos previstos en la LEC (arts. 466 a 489).

1.2. EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DE PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El art. 178 dispone: «1. *En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y*

se plantee la cuestión, podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales. 4. Formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso. Si la cuestión fuere de especial pronunciamiento, será resuelta, con la debida separación, en la sentencia definitiva. 5. Cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva».

disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación».

El expediente de suspensión de pagos puede finalizar por convenio o sobreseimiento, como hemos adelantado, recuperando el deudor la plena capacidad para la administración de sus bienes, salvo que el convenio incluya limitaciones (art. 15⁴¹ de la Ley especial), como se previene en el nuevo concurso (art. 133.2 y 137), y puede ser objeto de calificación, si de insolvencia definitiva se tratase (art. 20 de la Ley especial).

En la quiebra, que puede finalizar por convenio o liquidación, no cabe la rehabilitación del deudor, si fuese calificada de fraudulenta (art. 920 del C. de C.), luego no cesarán tales limitaciones, salvo aprobación del convenio en caso de quiebra de las compañías (STS de 6.06.1977 y SAT de Barcelona de 30.06.1987), dado que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta⁴², pueden alcanzar un convenio con sus acreedores (art. 929 y concordantes del C. de C.), sin que sea preciso haya tenido lugar previamente su calificación⁴³.

⁴¹ «El Juez se limitará a proclamar el resultado de la votación favorable al convenio, absteniéndose de aprobarlo hasta que transcurra el plazo marcado en el artículo 16. Los Interventores cesarán en sus funciones, a menos que en la Junta se acuerde que continúe la intervención en la misma forma, designando a los mismos u otros Interventores, así como la forma de sustituirles o revocarles el nombramiento, pudiendo conferirles la representación de la masa para, en interés de ésta, ejercitar las acciones procedentes».

⁴² STS, de 31 de marzo de 1930: «...los artículos 898 y 929 del vigente Código de Comercio, estudiados en relación con los arts. 1147 y siguientes del Código de 1829 y con la Exposición de Motivos de aquél, revelan con claridad que el legislador, atento a la gran utilidad que reportan al quebrado y a sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, siempre costosos y complicados, del juicio de quiebra, se propuso permitir a las compañías anónimas que pudieran acogerse al beneficio de dicho convenio en cualquier estado de la quiebra, fundándose esta excepción, como dice la misma Exposición de Motivos, en que no existiendo realmente en las compañías anónimas una persona que, en concepto de quebrada, debiera quedar sujeta a procedimiento especial por virtud del resultado de la calificación, no había de afectar a la conducta de los que hubieran formalizado la proposición de convenio».

⁴³ AP de Ciudad Real, de fecha 30.12.2000: «Tercero. Siendo claro que este precepto dispensa cuando menos del requisito temporal, en cuanto no es precisa ni la previa calificación ni la celebración de junta de reconocimiento, el tema se circunscribe a determinar si esta norma especial también dispensa de la prohibición que las normas generales imponen al quebrado fraudulento. Y a tal respecto, este Tribunal, en sentido contrario al criterio sustentado por el Juez de Primera Instancia, considera que el verdadero propósito del art. 929 es facilitar, en todo caso y ante todo evento, a la sociedad anónima quebrada la posibilidad de plantear el convenio que pueda poner fin al estado de quiebra, pues el citado precepto hace, por completo, abstracción de cuál sea la calificación que proceda, por cuanto, aun sin ella, contempla esa posibilidad. Este significado surge de la interpretación teleológica del artículo en cuestión, pues si algo ha de significar es precisamente la irrele-

«2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso».

Consecuencia jurídica del art. 1911⁴⁴ del C. Civil, que se confirma en el art. 1248 de la LEC de 1881, y previsible en el concurso de acreedores y en la quiebra, al término de la liquidación (arts. 1234 y 1358 de la anterior LEC, respectivamente), aunque la inexistencia de bienes y derechos no era causa de conclusión de dichos procedimientos, más bien de su archivo provisional y, en todo caso, del mantenimiento de la responsabilidad patrimonial del deudor. La quita y espera o la suspensión de pagos no podían ser declaradas conclusas por esta causa, aunque de probarse la inexistencia de bienes y derechos, constituía presupuesto objetivo para solicitar la declaración de concurso de acreedores o de quiebra, respectivamente. La importancia práctica de este precepto radica en la remoción de obstáculos para el ejercicio de acciones singulares por parte de los acreedores concurrentes, una vez declarada la conclusión de la suspensión de pagos, el concurso de acreedores o la quiebra por inexistencia de bienes y derechos, si se conociesen bienes embargables de su deudor. Este efecto era claro en el sobreseimiento de la suspensión de pagos, con causa en los arts. 10⁴⁵, 13⁴⁶, 15⁴⁷ y 19⁴⁸ de la ley especial.

vancia de la calificación para llevar a cabo el convenio, lo que se compagina con la estructura y dinámica de estas entidades, en las que la responsabilidad derivada de la quiebra y las causas que la motivaron recaen, ante todo, en los administradores o gestores, que no tienen por qué coincidir con los socios».

⁴⁴ *«Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».*

⁴⁵ *«... En los casos de insolvencia definitiva no se acordará la convocatoria hasta que transcurra el plazo de quince días señalado en el artículo 8 para la consignación o afianzamiento de déficit. Si el Juez, cumplido este trámite, mantuviere la calificación de insolvencia definitiva, convocará inmediatamente la Junta, a no ser que en el plazo de cinco días el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra».*

⁴⁶ *«...Si el deudor no concurriese por sí, o especialmente apoderado, el Juez sobreseerá el expediente...».*

⁴⁷ *«...Si en la votación no se reuniera la mayoría determinada en el artículo anterior, se entenderá desechada la propuesta del convenio...».*

⁴⁸ *«El Juez aprobará el convenio cuyas cláusulas sumen a su favor según sea la espera o la insolvencia definitiva alguna de las dos mayorías de capital previstas para cada caso en el artículo 14, pero cuando se introduzcan modificaciones en el convenio propuesto por el deudor, por virtud de los votos emitidos por comparecencia ante el Secretario Judicial o por acta notarial, se dará vista al deudor para que preste o no su asentamiento en un plazo de cinco días, y por su resultado, el Juez aprobará el convenio o sobreseerá el expediente».*

«3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

A la extinción de la sociedad se refiere el art. 278⁴⁹ del TRLSA, así como el art. 121⁵⁰ de la LSRL. En el citado art. 278 se menciona la cancelación registral de los asientos referentes a la sociedad extinguida y en el art. 122⁵¹ de dicha LSRL se anuda a la extinción societaria la cancelación de todos los asientos relativos a la sociedad. Al cierre de la hoja registral se dedica el capítulo VIII del RRM, con causa en la disolución y liquidación de sociedades, pero permite inscripciones varias, pese a la cancelación efectuada (art. 248⁵² RRM), que pueden ser preci-

⁴⁹ «Aprobado en el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil la **cancelación** de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico».

⁵⁰ «Los liquidadores otorgarán escritura pública de **extinción** de la sociedad que contendrá: a) La manifestación de los liquidadores de que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo a que se refiere el apartado 2 del artículo 118 sin que se hayan formulado impugnaciones, o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiera resuelto. b) La manifestación de los liquidadores de que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos. En caso de cesión global del activo y del pasivo, la manifestación de inexistencia de oposición por parte de los acreedores o la identidad de quienes se hubieren opuesto, el importe de sus créditos y las garantías que al efecto hubiese prestado el cesionario. c) La manifestación de los liquidadores de que se ha satisfecho a los socios la cuota resultante de la liquidación o consignado su importe. A la escritura pública se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno.

⁵¹ «1. La escritura pública de **extinción** se inscribirá en el Registro Mercantil. 2. En la inscripción se transcribirá el balance final de liquidación y se hará constar la identidad de los socios y el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido a cada uno de ellos, y se expresará que quedan **cancelados todos los asientos** relativos a la sociedad».

⁵² «1. En caso de que **aparecieran bienes o derechos de sociedad cancelada**, los liquidadores otorgarán escritura pública de adjudicación de la cuota adicional a los antiguos socios, que presentarán a inscripción en el Registro Mercantil en el que la sociedad hubiera figurado inscrita. 2. Presentada a inscripción la escritura, el Registrador Mercantil, no obstante la cancelación efectuada, procederá a inscribir el valor de la cuota adicional de liquidación que hubiera correspondido a cada uno de los antiguos socios. 3. En el caso de que el Juez competente hubiere acordado el nombramiento de persona que sustituya a los liquidadores para la conversión en dinero de los bienes y derechos a que se refiere el apartado primero y para la adjudicación de la cuota adicional a los antiguos socios, el Registrador Mercantil, no obstante la cancelación efectuada, procederá a inscribir el nombramiento de dicha persona en virtud de testimonio judicial de la resolución correspondiente».

sas, si apareciesen nuevos bienes (activo sobrevenido) y se declarase la reapertura del procedimiento concursal, según previene el art. 179 de la Ley Concursal, de inmediata atención. Es importante la publicidad registral ahora regulada, aunque el Procurador del deudor o del acreedor instante (concurso o quiebra necesarios) puede tener dificultades para cumplimentar el mandamiento y el pago del arancel correspondiente.

II. Reapertura

Dispone el art. 179: 1. *«La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior».*

Aunque ofrece alguna duda, parece que los autos del concurso de acreedores, la quiebra o la suspensión de pagos anterior, cuando hubiesen concluido por inexistencia de bienes y derechos de deudor persona natural, deben incorporarse al nuevo concurso del mismo deudor, cuando se declare dentro de los cinco años siguientes de haberse clausurado el anterior, y tendrá la consideración de reapertura de éste. Serán competentes los nuevos Juzgados de lo Mercantil, quienes oficiarán a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes para dicha acumulación.

«2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24».

De nuevo anticipo algunas dudas, pero me parece lo más seguro que la reapertura del anterior procedimiento concursal de persona jurídica (suspensión de pagos o quiebra, generalmente), con causa en que hubiese llegado a mejor fortuna o se descubriesen nuevos bienes o derechos, será competencia del mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del anterior juicio universal, a cuyo auto de reapertura se dará la publicidad meramente informativa o «publicidad-noticia» (art. 23), así como la correspondiente constancia registral en los registros jurídicos de personas y de bienes, en este supuesto en el Registro Mercantil u otros registros públicos y en el Registro de la Propiedad, etc. (art. 24), y que abrirá la fase de liquidación, a la que será de aplicación lo dis-

puesto en los arts. 145 a 153 de la nueva Ley Concursal. Será preciso que el Juez nombre órgano auxiliar, es decir, depositario en el concurso de acreedores; depositario y comisario en la quiebra; o interventores en la suspensión de pagos, con arreglo a la legislación derogada, aunque no resultaría forzada la interpretación que considerase procedente el nombramiento de administradores concursales *ex art. 27* de la nueva Ley, previa declaración de procedimiento ordinario o abreviado.

La tramitación procesal de la fase de liquidación de los bienes y derechos de la persona jurídica concursada, quebrada o suspensa, aparecidos con posterioridad al archivo del respectivo procedimiento, tendrá lugar conforme a lo previsto en la Sección 2.^a Capítulo II del Título V de la citada Ley Concursal. La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos sobre el deudor, según el art. 145, entre otros: suspensión de sus facultades de administración y disposición; si fuese persona jurídica, que es el caso, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, es decir, por el anteriormente mencionado órgano auxiliar; y, sobre los créditos concursales, según el art. 146, el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones. Esta referencia a créditos concursales, recuerda la necesidad de que la administración concursal actualice la lista de acreedores, según dispone el art. 180, que comentaré en el siguiente epígrafe.

Según el art. 147, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, que regula los efectos de la declaración de concurso, es decir, deberán respetarse los arts. 40 a 73, en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación (capítulo II, del título V), particularmente las dedicadas a las operaciones de liquidación (art. 148 a 153). Precisamente, el citado art. 148 obliga a la administración concursal a presentar al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa (plan de liquidación) o la observancia de reglas legales supletorias *ex art. 149*, previo inventario de la masa activa, según previene el citado art. 180, para dedicar su producto al pago de los créditos contra la masa y de los concursales, previo reconocimiento y graduación ¿conforme a la normativa del procedimiento que se trate? No me parece acertado y considero que deberán aplicarse los arts. 85 a 94 de la Ley Concursal. El pago a los acreedores, me parece, se hará conforme a lo dispuesto en los arts. 154 a 162, pues se integra en la fase de liquidación.

En la quita y espera, el art. 1140 de la anterior LEC reconoce derecho de abstención a determinadas categorías de créditos, aunque sobre privilegios, en general, puede aceptarse lo dispuesto para el concurso

de acreedores, en cuyo procedimiento la graduación de créditos tiene lugar en Junta de los acreedores, a la que darán cuenta los síndicos de cuatro estados, según el art. 1268 de dicha LEC, que comprenderán: 1.º Los acreedores por trabajo personal y alimentos; 2.º Los acreedores hipotecarios y pignoratícios; 3.º Los acreedores por escritura pública; 4.º Los acreedores comunes. Estos estados de acreedores deben formarse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1921 a 1925 del Código Civil.

En la suspensión de pagos, la aprobación del convenio exige la constitución de una masa de acreedores (créditos concurrentes), a los cuales se les califica jurídicamente de forma especial, en función de la relación de créditos preparada por la comisión interventora y, finalmente, aprobada por el juez: lista definitiva de acreedores (art. 12 de la Ley especial), aunque no tiene lugar la graduación de créditos, propiamente dicha, sino la formación de dos grupos de acreedores: a) Acreedores con derecho de abstención; b) Resto de acreedores. El artículo 15 de la citada Ley señala: «*Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de Comercio, podrán abstenerse de concurrir a la Junta, pero si concurrieran quedarán obligados como los demás acreedores*». El art. 913.3.º incluye los privilegiados por derecho común, es decir, los créditos vinculados con aquéllos mencionados en los artículos 1922, 1923 y 1924 del Código civil. El art. 22 concede el mismo derecho de abstención a los acreedores que invoquen los derechos reconocidos en los arts. 908 a 910 del C. de C., es decir, a los mal llamados acreedores de dominio.

En la quiebra, la graduación de los créditos reconocidos tiene lugar en Junta de acreedores, señalando la naturaleza y lugar que debe ocupar cada uno, para que sean pagados con la preferencia que les corresponda. El Código de Comercio vigente dedica parte de la Sección Quinta, concretamente los arts. 912 al 919, a la graduación y pago de créditos. Ante la falta de un texto refundido y único, regulador de la preferencia y prelación de créditos de todas clases, puede decirse que en el Código Civil se encuentran las disposiciones generales que han de mencionarse a la hora de dar alguna luz sobre la graduación de créditos en las quiebras, para la aplicación de lo establecido en el mencionado art. 913.3.º del Código mercantil. En dicho contexto, los referidos artículos 1922, 1923 y 1924 del Código Civil.

Conviene recordar, en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, que el concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable, en la sección sexta del procedimiento, según dispone el art. 164, aunque el tono imperativo del art. 179.2 «*La reapertura... se*

limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad» permite interpretar que la calificación de la conducta del deudor está vedada. Sin embargo, me inclino por la procedencia de tramitar también la sección sexta, para evitar quedasen impunes actuaciones irregulares de los administradores sociales de la persona jurídica deudora, desde la clausura hasta la reapertura, cualquiera que hubiese sido la calificación anterior, en su caso, y aplicando los arts. 164 a 173 de la Ley Concursal, en la medida que no prevalezca, en dicha materia calificadora, el aludido principio de irretroactividad de las normas legales que bien pudieran considerarse sancionadoras. Si así fuese, la calificación de la conducta del deudor, durante el período transcurrido desde la clausura hasta la reapertura, se hará conforme a las disposiciones citadas de la anterior legislación concursal, salvo que se valore más acertado el criterio expuesto favorable a la observancia de los preceptos vigentes, particularmente en el caso de la conducta a calificar corresponda a un período posterior al uno de septiembre de dos mil cuatro.

1. *Inventario y lista de acreedores*

El art. 180 dispone: «1. *Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor; a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores».*

Creo que es un texto claro, para actualizar la información sobre masa activa y pasiva en la declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de masa activa (art. 179.1), así como en la reapertura del concurso de persona jurídica regulado en el anteriormente referido art. 179.2, aunque no encuentro aplicación a que dicha actualización, en cuanto al inventario, consista en suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor y a corregir la valoración de los subsistentes, cuando la clausura del anterior concurso fue causada por inexistencia de masa activa, es decir, desde su conclusión no han podido salir ni subsistir bienes o derechos que no existían entonces.

Sin embargo, cuando se trate de la declaración de nuevo concurso de persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra, por inexistencia de masa activa (art. 179.1), o de la reapertura de concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos de persona jurídica, recuerdo que en este último procedimiento no se menciona el inventario como documento contable y deberá ponerse en relación con el activo del balance *ex* art. 8 de la Ley especial, concretamente con la masa activa determinada por el juez respecto de la verificada por la intervención. En el concurso de acreedores, la masa activa la forman los síndicos (art. 1228 de la anterior LEC), y en la quiebra la sindicatura forma el inventario del haber (bienes y derechos) *ex* art. 1355 de la anterior LEC, en relación con los arts. 1079 a 1081 del primer C. de comercio. Lo expuesto queda como derecho histórico y en el transitorio habrá de actuarse según se expone en el apartado siguiente.

Respecto de la lista de acreedores, deberán actualizarse los créditos reconocidos en el concurso de acreedores (art. 1262 de la anterior LEC), así como en la quiebra (arts. 1380 y 1381 de la misma LEC), al igual que en la suspensión de pagos (art. 12 de la Ley especial), de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

«2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización».

Los capítulos citados se refieren a la determinación de las masas activa (arts. 76 a 83) y pasiva (arts. 84 a 94), que comprende la calificación de créditos, referidas a la fecha del auto de reapertura, su publicidad e impugnación (arts. 95 a 97).

El inventario de la masa activa de persona natural no casada y de persona jurídica, según el art. 82, consistirá en una relación con los siguientes datos: 1) Descripción de bienes y derechos; 2) Naturaleza; 3) Características; 4) Lugar en que se encuentran; 5) Datos de identificación registral; 6) Gravámenes, trabas y cargas; y, 7) Valoración. Cuando el deudor fuese persona casada, dicho inventario incluirá, además, la relación de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. A dicho inventario se añadirán dos relaciones, a saber: a) Una, con los litigios cuyo resultado pueda afectar a los bienes

y derechos incluidos en el mismo; b) Y otra, con las acciones que debieran promoverse para la reintegración de la masa activa (art. 71). En estas dos relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales. Además, cuando la administración concursal haya acudido a expertos independientes para la valoración de los bienes y derechos inventariados, unirán al inventario los informes emitidos por tales expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa, según dispone el art. 83.2.

La lista de acreedores comprenderá dos relaciones, a saber:

- A) Relación de créditos incluidos, ordenada en el apartado 2 del art. 94, se presentará con múltiples columnas, a saber: 1) identidad; 2) causa; 3) principal comunicado; 4) intereses y sanciones comunicados; 5) principal reconocido; 6) intereses y sanciones reconocidos; 7) suma, en su caso; 8) fechas de origen; 9) fechas de vencimiento; 10) garantías personales; 11) garantías reales; 12) calificación jurídica del principal y de los intereses o sanciones; 13) carácter de litigioso del principal o de los intereses (sin cuantía); 14) condicionales; 15) pendiente de excusión; 16) falta de comunicación oportuna; u otras, si se incluye la dirección de los acreedores, aunque no se menciona, salvo que se considere implícita en la identidad, así como si se incorpora una columna final, para observaciones o para referenciar anexos, que resultarán convenientes para dejar constancia de datos complementarios de los créditos verificados. Si el deudor fuese persona casada, en régimen de gananciales o de comunidad de bienes (art. 86.3), se presentarán dos relaciones de acreedores separadas, es decir, los créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privado y los que puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común.
- B) Relación de créditos excluido (apartado 3 del art. 94), que expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión, es decir, no presentará importes, al parecer, sólo la identidad del acreedor y la causa de su exclusión, aunque considero una omisión cuestionable, pues debiera figurar el importe declarado por el deudor o reclamado por acreedor.

El apartado 4 del art. 94 exige otra relación separada, sobre el detalle y cuantía de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, que en el Derecho derogado son ajenas al proceso concursal y ostentan derecho de ejecución separada, y que resultará indispensable con vistas a la liquidación en curso.

El artículo 95, sobre publicidad del informe y de la documentación complementaria, dispone que la administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal a cada uno de los interesados... La verdad es que se hubiera ganado en seguridad jurídica si se hubiese encomendado al Secretario Judicial la función notificadora, en lugar de a los administradores concursales, respetando así la competencia exclusiva que ostenta para la práctica de notificaciones y demás actos de comunicación ex art. 279.3 de la LOPJ, en concordancia con lo dispuesto en la Disposición final sexta. Funciones de los Secretarios Judiciales: *«La intervención de los Secretarios Judiciales en la ordenación formal y material y en el dictado de resoluciones en los procesos concursales, así como la interpretación que en cada caso deba hacerse cuando se suscite controversia en esta materia, se ajustará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil»*. Este precepto impone dicho deber de comunicación a la administración concursal, simultáneamente a la presentación de su informe ex art. 75, es decir, el mismo día, por fax, burofax, e-mail, correo certificado con acuse de recibo, etc., pero no a todos los interesados en el concurso sino solamente a los acreedores que hayan sido excluidos, o incluidos sin que hubiesen insinuado su crédito, o incluidos por cuantía inferior a la que reclamaron, o incluidos con calificación distinta a la que pretendieron, explicándoles la situación que les afecta y concediéndoles un plazo de diez días, desde que reciban dicha notificación, para que formulen las reclamaciones que a su derecho convenga. Me parece que el trámite relatado pugna con el establecido en el art. 96, concordante con el apartado siguiente del citado art. 95: *«2. La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23⁵³ y se publicará en el tablón de anuncios del juzgado. 3. El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados»*.

⁵³ *«1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. No obstante lo anterior, la declaración del concurso se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado» y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él. La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia»*.

El artículo 96 dispone que cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días, a contar desde la publicación ordenada en el citado art. 95.2, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Naturalmente, aquí se reconoce el derecho de cualquier interesado, entre los que se encuentran los referidos en el art. 95.1, para impugnar el inventario y la lista de acreedores, y para ello disponen de un plazo de diez días, que nada tiene que ver con el anunciado en la comunicación de la administración concursal *ex* art. 95.1 sino con la del art. 95.2, que se remite al mencionado art. 23 de la Ley. Si se limitase el plazo para reclamar a los que reciben comunicación de la administración concursal, respecto de los demás acreedores, se les discriminaría negativamente. Además, estos mismos acreedores o presuntos acreedores tienen derecho a impugnar el inventario y otros créditos incluidos o excluidos de la lista de acreedores presentados por la administración concursal, careciendo de lógica que dispongan de plazos distintos para hacerlo.

La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos, y la impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (concordante con los artículos 89 a 94), y se sustanciarán por los trámites del incidente concursal. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe [sobre la situación patrimonial *ex* art. 75.3] las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes, así como una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

El artículo 97, sobre consecuencias de la falta de impugnación, dispone: «1. *Quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el Juez al resolver otras impugnaciones.* 2. *Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor [art. 93] no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el Juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los Registros correspondientes».*

El art. 93 detalla las personas que se consideran especialmente relacionadas con el concursado, persona natural o jurídica, y posterga sus derechos de crédito al clasificarlos como subordinados en el art. 92. Pero esa pérdida de garantías, por la tremenda (ex officio), sin contradicción, parece excesiva, incluso si se acude a lo dispuesto en el art. 71.3.

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título (art. 98).

III. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio

El número 2 de la referida disposición transitoria primera dispone que la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales derogados, a los que se ha hecho mención [quita y espera (art. 1155 LEC 1881), suspensión de pagos (art. 17 LSP), concurso de acreedores (art. 1919 CC) y quiebra (art. 906 C. de C.)], y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley, producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella (arts. 144 a 153 de la Ley concursal). Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal, es decir, se sustrae a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y mantendrá la competencia el mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento, cuyo convenio ha sido declarado incumplido. El art. 143 de la Ley Concursal ordena la apertura de oficio de la liquidación, en caso de haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio, a cuya resolución se dará la publicidad prevista en los referidos arts. 23 y 24 de la Ley (art. 144). Dicha liquidación se practicará conforme a lo dispuesto en los arts. 145 a 162 de la Ley Concursal.

En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación procederá la formación de la sección de calificación (art. 163.1.2.º), salvo que ya se hubiese tramitado en el procedimiento anterior y que no habrá tenido lugar en la quita y espera. Sin embargo, no debo desconsiderar la prevención «*producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella*», pero me inclino por considerar procedente la tramitación de la pieza de calificación, como he comentado en el epígrafe anterior sobre reapertura del procedimiento.

Reitero algunos efectos sobre el deudor y los acreedores, que se contemplan en el art. 145 (suspensión de las facultades de administración) y 146 (vencimiento anticipado de los créditos), respectivamente, así como el nombramiento del órgano auxiliar del Juzgado *ex art.* 27, previa decisión judicial sobre su tramitación ordinaria o abreviada (art. 190 y 191) y la publicidad correspondiente, así como la necesaria actualización de la masa activa y pasiva (arts. 76 a 94), en los términos expuestos en el epígrafe anterior.

IV. Convenio en la quiebra

Dispone el número 3 de la citada disposición transitoria primera que en la quiebra de cualquier clase de sociedades no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos (arts. 1380 y 1381 de la anterior LEC). No será de aplicación, por tanto, el art. 929⁵⁴ del C. de C., que se remite a los arts. 930 y siguientes del mismo Código mercantil, que permitía la tramitación de convenio anticipado en la quiebra de las compañías, antes de la celebración de la Junta de reconocimiento de créditos e incluso con anterioridad al nombramiento de la sindicatura, es decir, durante la actuación del depositario (STS de 8.06.1880⁵⁵ y SAT de Barcelona de 30.06.1987⁵⁶).

⁵⁴ «**Las compañías** estarán representadas durante la quiebra según hubieren previsto para este caso los estatutos, y en su defecto, por el Consejo de Administración; y **podrán** en cualquier estado de la misma **presentar** a los acreedores las **proposiciones de convenio** que estimen oportunas, las cuales deberán resolverse con arreglo a lo que se dispone en la Sección siguiente»

⁵⁵ «...Que también son infundados los motivos de casación en que se pretende el imposible de que en la pieza de calificación de una quiebra se oiga a síndicos que no existen, ni deben existir, puesto que realizado el convenio no había para qué proceder a su nombramiento, y bastaba la representación fiscal para el único interés restante de la causa pública».

⁵⁶ «Modificado el artículo 1147 del Código de Comercio de 1829 por la Ley de 30 de julio de 1878, en el sentido de no autorizarse la celebración de convenios entre el quebrado y sus acreedores sin que hubiere terminado el examen y reconocimiento de los créditos y haberse hecho la calificación de la quiebra, con independencia del acierto o no del legislador en las razones por las que se excluyó de dicha regla a las sociedades anónimas, es lo cierto que, de forma expresa a las mismas se refiere en la Exposición de Motivos de la propia Ley que establece la excepción al señalar el artículo 929 del Código de Comercio que podrán “en cualquier estado de la misma presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas”. Consecuentemente con ello no queda sujeta en el tiempo la proposición del convenio a la aprehensión física de los bienes y documentos de la sociedad quebrada».

El referido art. 929 del Código de Comercio determina la facultad de las compañías (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) de presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas, en cualquier estado de la quiebra, y también a su tramitación acomodada a lo dispuesto en los artículos 932 a 937 del Código mercantil vigente. Este último artículo (937) dispone: «*Aprobado el convenio sin oposición, o desestimada ésta por sentencia firme, será obligatorio para la compañía o empresa deudora y para todos los acreedores cuyos créditos daten de época anterior a la suspensión de pagos, si hubieren sido citados en forma legal, o si, habiéndoseles notificado el convenio, no hubieren reclamado contra él en los términos prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Interpreto que obliga a todos los acreedores, sin excepción alguna, es decir, que no excluye a los acreedores con derecho de abstención, como ocurre en el caso del convenio regulado en la Sección Cuarta (arts. 898 a 907), pues el art. 904 se remite al art. 900, y éste confiere la facultad de abstenerse a los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios. Así parece desprenderse de la SAT de Barcelona, de 30.06.1987⁵⁷ y su tramitación se resume por Ramírez⁵⁸.

V. Propuestas de convenio

El número 4 de la reiterada disposición transitoria primera dispone que las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, en cualquiera de los procedimientos derogados, deberán cumplir los requisitos establecidos en los artículos 99 y 100 de la citada Ley.

Toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente (art. 99).

Las propuestas de convenio no podrán ofrecer una quita que exceda de la mitad de los créditos ordinarios, ni espera superior a cinco años,

⁵⁷ BARÓ CASALS, Antonio y PEDREÑO MAESTRE, Francisco, *Derecho Concursal. Tomo II. La Quiebra*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 701.

⁵⁸ RAMÍREZ, José A., *La quiebra*. Barcelona, Bosch, tomo III, págs. 626-628.

excepto en empresas con especial trascendencia para la economía (nacional, autonómica, provincial o local), cuando de propuesta ordinaria de convenio se tratase (art. 100.1), es decir, si no fuese propuesta anticipada, pues en ésta la excepción a los indicados límites se admitirá cuando el plan de viabilidad contemple expresamente su superación y el Juez lo autorice (art. 104.2). Además, dichas propuestas podrán contener proposiciones alternativas, incluidas las ofertas de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (arts. 156 TRLSA y 74 LSRL), o en créditos participativos (art. 20 Real Decreto 7/1996, de 7 de junio). Conviene llamar la atención sobre la limitación en la espera a cinco años, que parece afectará a las citadas proposiciones alternativas y, en concreto, a la conversión de créditos en préstamos participativos o en obligaciones convertibles en acciones (arts. 292-294 TRLSA). También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100.2). La propuesta de convenio no puede consistir en *datio pro soluto o pro solvendo*, ni en la liquidación global del patrimonio (masa activa), etc., sin perjuicio de la posibilidad de fusión o escisión (arts. 233 a 259 TRLSA y 94 LSRL) de la persona jurídica concursada, según el art. 100.3.

En la tramitación y aprobación de dichas propuestas de convenio, conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el artículo 103⁵⁹ y en el apartado 3 del artículo 118⁶⁰,

⁵⁹ Artículo 103. Adhesiones a la propuesta de convenio. «1. Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley. 2. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido. 3. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado en el que se tramite el concurso, o mediante instrumento público. 4. La adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan».

⁶⁰ «3. Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas y los adheridos en tiempo y forma a cualquiera de ellas que no asistan a la junta se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución».

así como en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 121⁶¹ de la referida Ley Concursal, debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la Junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio pueda aprobarse sin celebración de junta, es decir, mediante trámite escrito, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento. Se contempla, por tanto, el procedimiento escrito del convenio en la suspensión de pagos (arts. 18⁶² y 19 de la Ley especial de 1922) y en la quiebra (arts. 932⁶³, 934⁶⁴ y 935⁶⁵ del C. de C.).

En la suspensión de pagos, el convenio parte de la proposición presentada con su solicitud por el deudor para pago de sus débitos (art. 2.4.º

⁶¹ «4. Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella. Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan sido tenidos por presentes».

⁶² «En el auto en que se estime la solicitud se concederá al suspenso un plazo prudencial, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, para que presente al Juzgado la proposición de convenio con la adhesión de los acreedores obtenida en forma auténtica».

⁶³ «La compañía o empresa que se presentare en estado de suspensión de pagos, solicitando convenio con sus acreedores, deberá acompañar a su solicitud el balance de su activo y pasivo. Para los efectos relativos al convenio, se dividirán los acreedores en tres grupos: el primero comprenderá los créditos de trabajo personal y los procedentes de expropiaciones, obras y material; el segundo, los de las obligaciones hipotecarias emitidas por el capital que las mismas representen, y por los cupones y amortización vencidos y no pagados, computándose los cupones y amortización por su valor total, y las obligaciones según el tipo de emisión, dividiéndose este grupo en tantas secciones cuantas hubieren sido las emisiones de obligaciones hipotecarias; y el tercero, todos los demás créditos, cualquiera que sea su naturaleza y orden de prelación entre sí y con relación a los grupos anteriores».

⁶⁴ «3.º Impondrá a las compañías y empresas el deber de presentar al Juez o Tribunal, dentro del término de cuatro meses, una proposición de convenio para el pago de los acreedores, aprobada previamente en junta ordinaria o extraordinaria por los accionistas, si la compañía o empresa deudora estuviere constituida por acciones».

⁶⁵ «El convenio quedará aprobado por los acreedores si le aceptan los que representen tres quintas partes de cada uno de los grupos o secciones señalados en el artículo 932. Se entenderá igualmente aprobado por los acreedores si no habiendo concurrido, dentro del primer plazo señalado al efecto, número bastante para formar la mayoría de que antes se trata, lo aceptaren en una segunda convocatoria acreedores que representaren los dos quintos del total de cada uno de los dos primeros grupos y de sus secciones, siempre que no hubiese oposición que exceda de otros dos quintos de cualquiera de dichos grupos o secciones, o del total pasivo».

de la LSP) y puede ser modificado por los acreedores con el asentimiento del suspenso. Se cuestiona por la doctrina si el deudor puede modificar su propuesta inicial de convenio, inclinándose por la respuesta afirmativa. Así parece desprenderse de lo ordenado en el art. 2.5.º *in fine* de la LSP, para las sociedades anónimas, cuando establece que en el acuerdo de la junta general de accionistas *se indicarán las personas... que habrán de ostentar la plena representación de la sociedad... con facultad para modificar la proposición de convenio formulada...* No debe haber causa de discriminación para deudores personas naturales y jurídicas. En la Junta de acreedores, convocada para deliberar sobre la aprobación del convenio, el juez abre a discusión la proposición de convenio formulada por el deudor, la cual podrá ser libremente modificada por los acreedores, con el consentimiento de aquél, y podrán hablar tres acreedores a favor del convenio propuesto y tres en contra (art. 14 de la Ley especial).

En la suspensión de pagos, cuando los acreedores exceden de doscientos el juez podrá acordar la suspensión de la Junta (dejarla sin efecto o desconvocarla) y su sustitución por la tramitación escrita, a petición del deudor o de cualesquiera de los acreedores, cuya solicitud deberá ser presentada a partir de la fecha del auto en el que se acuerda la convocatoria de la Junta y hasta ocho días antes del señalado para su celebración. En caso de que se formulase la solicitud, el juez oírá preceptivamente el informe de los interventores, que deberán evacuarlo en el término de tres días, y resolverá lo procedente (art. 18 de la Ley especial). La doctrina consultada no es unánime, según el siguiente resumen: El profesor González de Echavarrí⁶⁶: «*El juez puede, según su prudente arbitrio, estimar o rechazar por medio de auto la solicitud de procedimiento escrito*»; Guillén e Igual⁶⁷: «*El juez, sea cualquiera el informe de los interventores, tiene libre arbitrio para estimar o denegar la petición de trámite escrito, dictando auto al efecto*»; Saura Juan⁶⁸: «*El juez goza de libertad de criterio para resolver en uno u otro sentido, acerca del pedimento de trámite escrito. Si lo negare no cabrá recurso alguno*»; Sagrera Tizón⁶⁹: «*Contra el acuerdo denegatorio del juez no cabrá recurso alguno.*»;

⁶⁶ GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.ª y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Valladolid, 1922, pág. 229.

⁶⁷ GUILLÉN E IGUAL, Bartolomé, *Suspensiones de pagos (mercantil y jurídicamente consideradas)*, Barcelona, Bosch, 1947, pág. 101.

⁶⁸ SAURA JUAN, José, *Suspensión de pagos (doctrina, jurisprudencia, formularios)*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, pág. 65.

⁶⁹ SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Barcelona, José M.ª Bosch, 1989, vol. IV, pág. 259.

Gonzalo Bravo⁷⁰: «No cabe ulterior recurso contra la resolución del juez, si deniega la solicitud de tramitación escrita»; Torres de Cruells⁷¹ da por supuesto que si el juez deniega la solicitud, no habrá ulterior recurso; Guillén Soria⁷²: «Contra el auto en que se deniegue el trámite escrito, previo informe desfavorable de los interventores, no cabrá recurso alguno. Si el informe fue favorable... opino que no cabe tampoco recurso alguno». Cordón Moreno⁷³ discrepa la doctrina sobre si es o no admisible el recurso cuando el informe de los interventores es favorable y la resolución judicial denegatoria, y cita a Sagrera Tizón (en contra) y a Rojo Fernández-Río (a favor), concluyendo, a su juicio, que a falta de norma legal que excluya expresamente el recurso en este caso, el derecho constitucional a los recursos, que forma parte de la tutela judicial efectiva y debe ser interpretado en el sentido más favorable a la efectividad del mismo, debe llevar a la admisibilidad del recurso. Cuando se acuerde la tramitación escrita, el suspenso vendrá obligado a presentar al juzgado la proposición de convenio (la inicial u otra), con la adhesión del voto individual de los acreedores en forma auténtica, bien por comparecencia ante el Secretario Judicial o mediante acta notarial, que sumen la mayoría de tres cuartos exigible en los supuestos de insolvencia definitiva y cuando el convenio consista en una espera superior a tres años, dentro del plazo que le conceda el juez, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, con obligada prórroga de treinta días más, si en el primer plazo no se reuniera, y así se acreditase por el deudor. Si las adhesiones recibidas introdujeran modificaciones esenciales en la proposición del convenio, tanto durante el plazo del citado art. 18 como en el de prórroga del art. 19, ambos de la Ley especial, el juez oírán obligatoriamente sobre ellas (las modificaciones al convenio propuesto) el informe de los interventores, que deberán emitirlo en el improrrogable plazo de quince días, y dará vista al deudor para que preste o no su consentimiento. También este informe carece de orientación legal y, en la práctica, de contenido ilustrativo; los interventores acostumbran a destacar las modificaciones planteadas respecto de la propuesta inicial del deudor y a analizar posibles ventajas económicas para las partes que resultasen beneficiadas con los cambios introducidos. En el supuesto que el suspenso no dé su conformidad a

⁷⁰ GONZALO BRAVO, Rafael, «Convenio en la suspensión de pagos», en *Derecho Concursal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 218.

⁷¹ TORRES DE CRUELLES, Joaquín y MAS Y CALVET, Román, *op. cit.*, págs. 433-436.

⁷² GUILLÉN SORIA, José Miguel, *El convenio en las suspensiones de pagos*, Granada, Comares, 1996, pág. 64.

⁷³ CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisdiccional*. Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 165-166.

las modificaciones en el convenio presentadas por los acreedores el juez sobreseerá el expediente.

En el procedimiento de quiebra de los empresarios individuales y compañías de responsabilidad ilimitada, una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos, según el art. 1390 de la LEC, que se remite al art. 1304 de la LEC, el cual ordena: «*Toda solicitud que haga el deudor o cualquiera de los acreedores para convocatoria a Junta que tenga por objeto el convenio, deberá contener los requisitos siguientes, sin los cuales no será admitida: 1.º Que se formulen con claridad y precisión las proposiciones del convenio. 2.º Que se acompañen tantas copias de ellas, impresas o manuscritas, cuantos sean los acreedores reconocidos. 3.º Que el que las haga se obligue a satisfacer los gastos a que dé lugar la convocatoria y celebración de la Junta, aunque se defienda por pobre, asegurando el pago a satisfacción del Juez*». No gozarán de este derecho al convenio los quebrados fraudulentos ni los que se fugaren durante el juicio de quiebra (art. 898 del vigente C. de C.). Este artículo modificó la redacción del art. 1147 del primer Código de Comercio, al que se refiere el art. 1389 de la LEC, que prohibía presentar proposiciones de convenio hasta terminado el examen y reconocimiento de créditos y hecha la calificación de quiebra. Con el texto actual, se permite al quebrado presentar sus proposiciones de convenio a los acreedores o aceptar las que éstos le presenten, sin esperar a que finalice el examen y reconocimiento de créditos, consecuentemente su graduación, ni la calificación de la quiebra. En este supuesto, el convenio no podrá concluir hasta después de terminadas aquellas operaciones, es decir, se podrán presentar las propuestas de convenio por el deudor o sus acreedores, pero el juzgado deferirá la convocatoria de la Junta de acreedores para deliberación y votación hasta que hayan finalizado su tramitación las piezas cuarta y quinta. Son aplicables, a este respecto, los arts. 1307 a 1311 de la LEC, a los que remite el art. 1391 de la LEC. Debe repararse en que se excluye la remisión al art. 1306 de la LEC y, consecuentemente, permite interpretar que los administradores de las sociedades regulares colectivas y sociedades comanditarias podrán hacer las proposiciones de convenio y representar a estas compañías en la Junta de acreedores correspondiente.

En la quiebra de otras sociedades mercantiles, no parece que haya obstáculo para acogerse a los mismos trámites sobre convenio, en Junta de acreedores, a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), una vez finalizadas las piezas tercera, cuarta y quinta. Sin embargo, los

administradores de las compañías anónimas o quienes les representen según poder especial, y por extensión las de responsabilidad limitada, así como los liquidadores de las compañías disueltas, podrán presentar a los acreedores, en cualquier estado de la quiebra, las proposiciones de convenio que estimen oportunas, según reza el art. 929 del C. de C. (sentencia del TS de 6.06.1977 y sentencia de la AT de Barcelona de 30.06.1987), que deberá resolverse con arreglo a lo dispuesto en la Sección Octava, que se refiere a las suspensiones de pagos y quiebras de las Compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, y se completa con la Ley de 12 de noviembre de 1869, a la que remite el art. 1320 de la LEC. Se interpreta, por tanto, que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta, pueden alcanzar un convenio con sus acreedores, para cuya calificación no será preciso oír a los síndicos, si no hubiesen sido nombrados, como declara la citada STS de 8.06.1880: «...*Que también son infundados los motivos de casación en que se pretende el imposible de que en la pieza de calificación de una quiebra se oiga a síndicos que no existen, ni deben existir, puesto que realizado el convenio no había para qué proceder a su nombramiento, y bastaba la representación fiscal para el único interés restante de la causa pública*».

En las sociedades de capital (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), que no se hallen en liquidación, puede acordarse en el convenio su continuidad o traspaso (art. 928 C. de C.). El profesor De la Oliva⁷⁴ señala una aparente antinomia entre el art. 928 y el art. 221.3.º C. de C., en cuanto que, según éste, la quiebra determina la disolución de la sociedad, que algunos autores tratan de salvar con argumentos que le parecen poco convincentes, como el maestro Garrigues, sobre la distinción entre disolución y extinción de las sociedades, aunque en el fondo está de acuerdo con este autor, pero no en la presentación argumental. A su juicio el art. 221.3.º es una regla general, más que nada de constatación de que la declaración judicial de quiebra inhabilita, y así no se puede seguir comerciando, mientras que el art. 928 supone un desenlace excepcional, rectificatorio del proceso de cuyo inicio da cuenta el art. 221.3.º. A mi entender, los arts. 260.2 del TRLSA y 104.2 de la LSRL, que simplemente facultan al órgano social para disolver con causa en la declaración de quiebra, han dejado sin efecto la aplicación para estas compañías del art. 221.3.º del C. de C.

⁷⁴ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 412.

Parece que en los supuestos comentados sobre proposiciones de convenio concursal, en suspensiones de pagos o quiebras en tramitación, después del 1 de septiembre de 2004, deberán respetarse las disposiciones de los arts. 99 y 100, así como los arts. 103, 118 y 121 de la nueva Ley.

VI. Recursos

Por último, el número 5 de la reiterada disposición transitoria primera dispone que las resoluciones que se dicten en los procedimientos concursales derogados, con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197⁷⁵ de la mencionada Ley Concursal, luego la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero), que declaró la vigencia de los Títulos XII y XIII de la anterior LEC, no será de aplicación en materia de recursos.

⁷⁵ Artículo 197. Recursos procedentes y tramitación. «1. Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley. 2. Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto. 3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. 4. Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente, y en la forma prevista para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario. 5. El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada en el escrito de interposición de la apelación u oposición a la misma, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los 10 días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno. 6. Cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta. 7. Contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá el recurso de duplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas».

VII. Recapitulación

Primero. Los procedimientos concursales de quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores y quiebra, que se encuentren en tramitación el 1 de septiembre de dos mil cinco, continuarán rigiéndose por el derecho anterior, salvo determinadas excepciones.

Segundo. Su clausura podrá iniciarse de oficio por el Juez o a instancia de los órganos auxiliares, así como del deudor y de cualquier acreedor.

Tercero. Son causas de conclusión de dichos procedimientos concursales, por aplicación del art. 176.1, las siguientes:

- a) La prueba del pago, consignación o íntegra satisfacción de la totalidad de los créditos reconocidos a los acreedores.
- b) La prueba de inexistencia de masa activa ni de terceros responsables con que satisfacer a los acreedores.
- c) La resolución firme que acepte el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos.

Cuarto. En todos los casos expuestos, la conclusión se acordará por Auto, previo informe del órgano auxiliar (art. 176.2), y cuando traiga causa en la inexistencia de masa activa se fundará en la inviabilidad de acciones de reintegración ni de responsabilidad frente a terceros, previo informe del órgano auxiliar y alegaciones de las partes personadas (art. 176.3 y 4).

Quinto. Si se formulase oposición a la conclusión se tramitará como incidente concursal, por el procedimiento del art. 393 de la LEC (art. 176.5).

Sexto. Contra el Auto que acuerde la conclusión no cabrá recurso alguno y contra la Sentencia que resuelva la oposición a la conclusión cabrán recurso de apelación, así como contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, que resuelva la apelación, cabrá recurso de casación o de infracción procesal (art. 177).

Séptimo. La conclusión del procedimiento produce el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las acordadas en la sentencia de calificación (art. 178.1).

Octavo. Cuando la conclusión del procedimiento se acuerde por inexistencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos insatisfechos (art. 178.2).

Noveno. Cuando la anterior conclusión se refiera a deudor persona jurídica, la resolución judicial acordará su extinción y ordenará el cierre en los Registros públicos que figure inscrita (art. 178.3).

Décimo. La declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un procedimiento de quita y espera, suspensión de pagos concurso de acreedores o quie-

bra, por inexistencia de masa activa, dará lugar a la acumulación de lo actuado en dicho procedimiento al nuevo concurso (art. 179.1).

Undécimo. La reapertura de los procedimientos citados (quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra), cuando el deudor fuese persona jurídica y su clausura hubiese sido acordada por inexistencia de masa activa, será declarada por el mismo Juzgado que conoció de aquel procedimiento y seguirá su tramitación, limitándose a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad a su conclusión (art. 179.2). Requiere la reposición del órgano auxiliar o nuevo nombramiento, previa declaración de tramitación como procedimiento ordinario o abreviado.

Duodécimo. El inventario y la lista de acreedores del nuevo concurso de persona natural, declarado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un procedimiento anterior, por inexistencia de masa activa, habrán de actualizarse por la administración concursal, en el plazo de dos meses a partir de la acumulación de autos del procedimiento anterior, y se realizará conforme a lo dispuesto en los arts. 76 a 97, limitándose, en cuanto al inventario, a incorporar y valorar los bienes y derechos que hubiesen aparecido con posterioridad a la clausura del anterior procedimiento (art. 180)

Decimotercero. El inventario y la lista de acreedores formados en el procedimiento objeto de reapertura (deudor persona jurídica) serán actualizados por el órgano auxiliar, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 76 a 97 (art. 180), aunque el plazo de dos meses, señalado en el apartado anterior, se computará desde la reposición o aceptación del órgano auxiliar.

Decimocuarto. En la quiebra de las compañías, no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes del reconocimiento de créditos.

Decimoquinto. Las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad al 1.09.2004, en los procedimientos de quita y espera, suspensión de pagos, convenio de acreedores y quiebra, deberán cumplir lo establecido en los arts. 99 y 100 de la Ley Concursal.

Decimosexto. Las resoluciones que se dicten a partir del 1.09.2004, en los citados procedimientos concursales, serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el art. 197 de la Ley Concursal.

VIII. Addenda

No se relaciona directamente con la disposición transitoria primera de la Ley Concursal, pero considero de interés dedicar atención al inciso final del primer párrafo del art. 10 de la LSP señala: «*Si el Juez,*

cumplido este trámite [no consignación ni afianzamiento del déficit patrimonial], mantuviere la calificación de insolvencia definitiva, convocará inmediatamente la junta, a no ser que en el plazo de cinco días el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra».

Se han planteado, entre otras cuestiones, qué acreedores están legitimados para el ejercicio de estos derechos y cuál debiera ser la base de cálculo a que se refiere el total pasivo.

Sobre la primera, relativa a los acreedores legitimados, cita Sagrera Tizón⁷⁶ a otros autores que sostienen la legitimación activa de los acreedores incluidos por el deudor en su relación y, aunque lo considera un contrasentido, mantiene el criterio expuesto, pese al comentario que hace en el supuesto de que no se haya presentado relación de acreedores por el deudor con la solicitud de suspensión de pagos, por exceder de mil (o por las buenas: ver la previsión del párrafo 2.º del art. 8.º), exceptuando en tales casos: «... no habrá otra solución posible que atenerse a la relación de créditos que integran el pasivo, a juicio de los interventores...». Para Torres de Cruells⁷⁷, son acreedores concursales aquellos que hayan justificado su condición, acudiendo al trámite de verificación de créditos, que en la suspensión de pagos llevan a cabo administrativamente los interventores, para dictaminar sobre la exactitud del pasivo del balance, y después tiene lugar la verificación jurisdiccional, cuando se apruebe la lista definitiva de acreedores.

Aunque omite un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, se transcribe seguidamente, en parte, la ponencia de la Magistrada Pilar González Vicente⁷⁸, que menciona algunos derechos expresamente reconocidos en la LSP y concreta: «2. *Figurar en la lista de acreedores desde el primer momento. Puede ocurrir, y de hecho ocurre que el suspenso omita en la relación a acreedores que puedan constituir un obstáculo para su objetivo, así, por ejemplo, evitar la posibilidad de que sea nombrado interventor o que pueda tener intervención alguna en el expediente hasta que esté hecha la calificación de la insolvencia. Por algún juzgado se ha obstaculizado la petición de un acreedor que acredita cumplidamente su condición de figurar como tal en el expediente, dejando la decisión para después de la calificación, es decir, para el*

⁷⁶ SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1989, vol. II, págs. 544-546.

⁷⁷ TORRES DE CRUELLES, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, págs. 343-352.

⁷⁸ GONZÁLEZ VICENTE, Pilar, «Los acreedores en la suspensión de pagos: derechos y obligaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial-Derecho concursal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pág. 261.

momento de la aprobación de la lista definitiva. La indefensión en que se le deja entonces es manifiesta».

Rojó Fernández-Río⁷⁹ aborda expresamente esta materia e identifica total pasivo con pasivo reconocido. Podría interpretarse que considera pasivo reconocido el pasivo verificado por la intervención, pero no lo destaca: *«En caso de falta de cobertura o de garantía, la LSP añade un segundo período para que el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra (art. 10, párrafo primero). El que la insolvencia definitiva no haya podido ser recalificada de provisional no faculta al juez para declarar de oficio la quiebra del suspenso, ni al Ministerio Fiscal para solicitar esa declaración. Son los propios interesados —el deudor suspenso y los acreedores— los únicos legitimados para deducir esa pretensión. Pero la Ley deja bien patente que la quiebra no es la solución por ella preferida, al restringir el ejercicio de este derecho a través de una doble técnica: en primer lugar, mediante la restricción de la legitimación para instar la quiebra; en segundo lugar, mediante la restricción del plazo dentro del cual el derecho puede ejercitarse.*

Por lo que se refiere a la legitimación, la LSP únicamente la reconoce al propio deudor suspenso y a los acreedores que representen un elevado porcentaje del pasivo (art. 10, párrafo primero). Es poco probable que el suspenso solicite el sobreseimiento de la suspensión o la declaración de quiebra voluntaria. Pero aún lo es menos que los acreedores que deseen solicitar la declaración de quiebra necesaria consigan reunir el porcentaje de pasivo legalmente establecido. Mientras que, en los casos de quiebra directa o autónoma, cualquier acreedor, por pequeño que sea su crédito, puede instar la declaración de quiebra de su deudor (arts. 875-2.º y 876 C. de C. y arts. 1323 y 1325 LEC), en este concreto supuesto de quiebra indirecta o consecutiva la legitimación activa únicamente se reconoce (al acreedor o) a los acreedores que ostenten “los dos quintos del total pasivo”, constituido por la suma del pasivo ordinario común y del pasivo con derecho de abstención, es decir, el 40% del pasivo reconocido. Como contrapartida de esta exagerada limitación de la legitimación activa, se facilita extraordinariamente la declaración judicial de quiebra consecutiva por lo que se refiere al presupuesto objetivo de esa declaración. El acreedor reconocido como tal no tiene que probar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 874 C. de C.), o que del embargo efectuado en base a título ejecutivo no resultan bienes libres (co-

⁷⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *op. cit.*, págs. 138-139.

nocidos) bastantes para el pago (art. 876 C. de C.). Es suficiente con que fundamente la solicitud de declaración de quiebra en la declaración de insolvencia definitiva efectuada por el propio Juez: el presupuesto objetivo de esta quiebra consecutiva es la declaración judicial de insolvencia definitiva en la suspensión de pagos de la que dicha quiebra es derivación».

En mi modesta opinión, debe prevalecer el criterio que al parecer sostiene el profesor Rojo Fernández-Río, si tomamos en consideración que para declarar la insolvencia definitiva, presupuesto necesario para que puedan producirse los efectos del sobreseimiento o la quiebra, el juez ha debido tomar en especial consideración el informe de los interventores y determinar la cantidad en que el pasivo excede del activo (art. 8.º), y que los interventores han debido presentar con el dictamen sobre la exactitud del pasivo una relación de créditos según su calificación jurídica, siendo los titulares de tales créditos, a mi modo de ver, los únicos legitimados para solicitar el sobreseimiento del expediente o la declaración de quiebra.

Sobre la segunda cuestión, es decir, qué magnitud representa el pasivo total, como base de cálculo del 40%, se despeja si seguimos a Rojo Fernández-Río⁸⁰, considerándolo sinónimo de pasivo reconocido, y se acepta que son acreedores reconocidos los verificados por los interventores. No obstante, bajo mi punto de vista, es aconsejable huir de la calificación de créditos reconocidos, en la presentación por lo interventores de la relación de acreedores con el dictamen, y deben titularse créditos verificados, por estimar que el reconocimiento de créditos, propiamente dicho, tiene lugar en el auto de aprobación de la lista definitiva de acreedores por el juez. En concreto, si se comparte lo expuesto, el pasivo total para la determinación del quórum legal será el montante de la relación de créditos presentada por los interventores, que rara vez coincidirá con la relación de acreedores presentada por el deudor con la solicitud de suspensión de pagos.

Torres de Cruells⁸¹ plantea la posibilidad de que se formulen ambas peticiones (sobreseimiento y quiebra) dentro del plazo de cinco días; eventualidad posible, pues el deudor, al conocer que un grupo tan importante de sus acreedores tiene el propósito de llevarle a la quiebra, intentará evitarla adelantándose a su petición. Si esto sucediera, el juzgado debe dejar transcurrir todo el plazo de cinco días, aunque el deudor haya solicitado el sobreseimiento, porque la petición de quiebra formulada por los acreedores determina necesariamente su declaración. Y ello por econo-

⁸⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *op. cit.*, págs. 138-139.

⁸¹ TORRES DE CRUELLES, Joaquín y MAS Y CALVET, Román, *op. cit.*, págs. 328-329.

mía procesal, ya que el sobreseimiento de un proceso de suspensión de pagos en insolvencia definitiva, deja ya probados los dos supuestos de la quiebra, que son la cesación de pagos del deudor y su carácter de comerciante. Por lo que, aun suponiendo que primero se sobreseyera la suspensión de pagos y después se declarara la quiebra, la consecuencia sería la misma, con sólo una diferencia: si la quiebra es continuación —y por tanto incidente— de la suspensión de pagos, su tramitación será, por la acumulación de pruebas y datos, mucho más simple y fácil en orden a la verificación y graduación de los créditos, y a la calificación.

La competencia para entender de la declaración de quiebra consecutiva, a solicitud del deudor o de los acreedores, corresponde al propio juzgado que tramita la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva, según declara el auto de la AP de Madrid, de 11.11.93, añadiendo que todo lo actuado en el anterior expediente ha de servir como antecedente necesario para su admisión.

A la luz de lo dispuesto en el mencionado inciso final del primer párrafo del art. 10 de la LSP, parece que no plantea dudas la declaración del sobreseimiento del expediente, solicitado por el suspenso o los acreedores para la clausura del expediente de suspensión de pagos, por aplicación del primer párrafo de la disposición transitoria primera de la Ley concursal: «*Los procedimientos de... suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior...*». Otra cosa es que, cuando alcance firmeza dicho sobreseimiento, el deudor o cualquier acreedor pueda solicitar la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil competente.

La segunda alternativa, es decir, la declaración de quiebra del deudor declarado en suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva, a instancia de cualquiera de los mismos legitimados (deudor o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo), por el propio Juzgado de Primera Instancia que tramita la suspensión de pagos, parece la solución más respetuosa con el tenor literal de la disposición transitoria primera, objeto del comentario precedente, pues ninguna de las excepciones que contempla hacen referencia a este supuesto, aunque considero que debiera ser causa de declaración de concurso y no de quiebra, que es un procedimiento derogado y sustituido por el nuevo concurso de acreedores, desde el 1 de septiembre de 2004, al que se acumulará lo actuado en el expediente de suspensión de pagos, y por el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, salvo que pueda interpretarse que conserva la competencia el Juzgado de Primera Instancia director del expediente de suspensión de pagos, como se establece para la apertura de concurso por incumplimiento de convenio.