

LA ADMINISTRACION CONCURSAL

Fernando Gómez Martín
Profesor Asociado de Derecho concursal
Universidad de Deusto

La nueva Ley concursal¹, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2004, dedica especial atención al órgano de representación y administración del concurso, al que atribuye relevantes funciones en este nuevo juicio universal, llamado a sustituir a los vigentes de quita y espera, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quiebra.

1. Introducción

Trataré de acotar los diversos actos que integran el instituto de la administración patrimonial, cuya expresión, acuñada por el lenguaje económico, alcanza a la gestión de bienes propios o ajenos. Sobre la naturaleza jurídica del administrador judicial, el profesor Carreras² considera que se identifica con el origen de su poder o potestad, como función delegada por el juez de la ejecución, luego debe ser de idéntica naturaleza, ya que nadie puede delegar sino lo que tiene, en la misma calidad en que lo tiene, y se muestra en desacuerdo, por tanto, con algún sector de la doctrina que concibe al administrador judicial como representante del ejecutante o del ejecutado.

1.1. *Administración judicial*

1.1.1. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ANTERIOR

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dedicaba a la administración judicial los siguientes preceptos:

¹ Aprobado por el Congreso de los Diputados, en sesión del 19.06.2003, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Diario de Sesiones*, núm. 261. BOE 10.07.2003.

² CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, José M.^a Bosch, 1957, págs. 490-495.

- Arts. 959, 966 y 976, sobre la prevención del abintestato.
- Arts. 1005 a 1035, que regulan la administración de los bienes en el juicio de abintestato.
- Arts. 1068 y 1069, 1095 a 1100, para la administración del caudal en el juicio voluntario y necesario de testamentaría.
- Art. 1124, sobre administración en el juicio universal de adjudicación de bienes testamentarios.
- Art. 1450, relativo a la administración judicial, cuando se embargasen frutos y rentas en el juicio ejecutivo.
- Arts. 1505 y 1521 a 1530, sobre administración de fincas embargadas en procedimiento de apremio.

1.1.2. CÓDIGO DE COMERCIO

El art. 132 del Código de Comercio dispone el nombramiento de un coadministrador, y el procedimiento se establece en los arts. 2162 a 2165 de la anterior LEC³.

1.1.3. CÓDIGO CIVIL

El Código Civil, en el art. 164, como excepción a la administración paterna de los bienes de los hijos menores no emancipados, previene la posibilidad de que sea designado un administrador judicial⁴. El art. 184, sobre administración de bienes del ausente. El artículo 494, relativo a la administración de bienes, si el usufructuario no presta fianza.

1.1.4. LEY HIPOTECARIA

El art. 117 del Texto Refundido Ley Hipotecaria de 1946 previene la administración judicial de fincas hipotecadas.

1.1.5. DECRETO MATEA

El Decreto-Ley 18/1969⁵, de 20 de octubre, regulaba la administración judicial de empresas embargadas.

³ GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 3.^a ed. Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 1569, 1570 y 1573.

⁴ GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, *op. cit.*, pág. 769.

⁵ Derogado, por la Disposición derogatoria única 2.17.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.1.6. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL VIGENTE

La LEC 1/2000, de 7 de enero, trata de la administración judicial, en los siguientes preceptos:

- a) Podrá constituirse una administración judicial cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas, o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación (art. 630.1) Esta nueva regulación (arts. 630 a 636) sustituye al citado Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre.
- b) Podrá constituirse una administración judicial para la garantía del embargo de frutos y rentas, en los casos previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 622 (art. 630.2), es decir, cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen, así como cuando se comprobare que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de los frutos y rentas.
- c) De la administración para pago (arts. 676 a 680). En cualquier momento, podrá el ejecutante pedir al tribunal que se le entreguen en administración todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución.
- d) Al igual que los arts. 131 de la Ley Hipotecaria y 84 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, ambos derogados, el art. 690 de la citada LEC regula la administración de fincas y bienes hipotecados.
- e) De la administración del caudal hereditario (arts. 795 a 805). Hecho el inventario, determinará el tribunal, por medio de auto, lo que según las circunstancias corresponda sobre la administración del caudal, su custodia y conservación. Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alcuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de éstos, o si no tuviere, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá el tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alcuota, si los hubiere, o a un tercero.
- f) Liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811). La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscita-

das, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (art. 809).

1.2. *Intervención judicial*

Se contempla el nombramiento de un interventor por el juez, en las siguientes disposiciones:

1.2.1. LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA

Interventor de bienes hipotecados, ex art. 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

1.2.2. SOCIEDADES DISUELTAS

Interventor en disolución-liquidación de sociedades anónimas, ex arts. 266 a 270 del Texto Refundido de la LSA, e interventor en disolución-liquidación de las cooperativas, ex art. 72 de la Ley 27/1999, de 16 de julio.

1.2.3. EMPRESAS EMBARGADAS

Interventor de la administración judicial de una empresa o grupo de ellas (art. 631.2 de la LEC).

1.3. *Intervención o administración judicial*

1.3.1. MEDIDAS CAUTELARES

El art. 727 de la nueva LEC dispone: «... *podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: ... 2.ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiese recaer. ... 8.ª La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda...».*

1.3.2. PROCEDIMIENTO LABORAL

Interventor o administrador judicial, en el procedimiento laboral de ejecución, cuando por la naturaleza de los bienes o derechos embargados fuera preciso, según el art. 254 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

1.4. *Administración o intervención concursal*

1.4.1. ADMINISTRACIÓN

La anterior LEC, vigente el Título XII del Libro II⁶, dedica, entre otros, los siguientes preceptos:

- Art. 1173, sobre nombramiento de depositario en el concurso de acreedores (depositario-administrador ex art. 1179).
- Art. 1218, relativo a la administración de los bienes del concurso de acreedores por los síndicos.
- Art. 1333, que se remite al 1044 del primer Código de Comercio, sobre nombramiento de depositario en la quiebra (administración interina ex art. 1046.5).
- Art. 1355, en relación con el nombramiento de síndicos, a los que se encomienda la administración y representación de la quiebra, según se deduce de los arts. 1362 (estados de administración) y 1073 del primer Código de Comercio (atribuciones).

1.4.2. INTERVENCIÓN

Ley de Suspensión de Pagos de 1922: Art. 4. Nombramiento de interventores; Art. 5. Atribuciones; Art. 6. Intervención de las operaciones del suspenso; Art. 7. Retribución; Art. 8. Dictamen; Art. 12. Lista definitiva acreedores; Arts. 13, 14 y 15. Junta de acreedores sobre convenio; Arts. 18 y 19. Convenio mediante trámite escrito; Art. 20. Calificación de la insolvencia definitiva; Art. 21. Acciones revocatorias concursales en insolvencia definitiva (reintegración).

1.4.3. MEDIDAS CAUTELARES, EX ART. 877 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En el caso de fuga u ocultación de un comerciante, pueden los jueces proceder de oficio a la ocupación de los establecimientos del fu-

⁶ Disposición derogatoria única, 1-1.ª de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero.

gado (escritorios, almacenes o dependencias), y prescribir las medidas que exija su conservación, entre las que cabe el nombramiento de un administrador judicial.

2. Anteproyecto de Ley concursal

2.1. Antecedentes

El Anteproyecto de 7.09.2001, redactado por el Ministerio de Justicia, sobre el Borrador de la Comisión General de Codificación, concluso en mayo 2000, y al que se acompaña la memoria justificativa correspondiente, ha sido objeto de varios informes, de los que he espijado algunas de sus menciones sobre la administración judicial.

2.1.1. MEMORIA

En la memoria justificativa del Ministerio de Justicia, que se acompaña al citado Anteproyecto de Ley concursal, se destaca que la configuración del órgano de administración y representación del concurso es determinante para la eficiencia del proceso y para incrementar el grado de satisfacción de los acreedores, así como la conservación del patrimonio del deudor, sin excesivo consumo de recursos.

2.1.2. INFORMES INSTITUCIONALES

El dictamen del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 6 de noviembre de 2001, presenta las siguientes consideraciones generales: Una de las cuestiones que presenta mayor interés en el nuevo Anteproyecto de Ley concursal es la relativa a la administración judicial del concurso, que ha optado por un sistema peculiar: al lado de un acreedor ordinario, son llamados a la sindicatura dos profesionales, uno jurídico y otro económico o contable. En realidad, se trata de un sistema que, si se exceptúa la presencia del acreedor, puede definirse como de síndicos profesionales no profesionalizados. Sobre dichos presupuestos generales, y aunque tal vez el Anteproyecto podría haber optado por un modelo de profesionales expertos en la tramitación de crisis, el acogido finalmente por el texto normativo puede considerarse aceptable. En cuanto a la terminología que se utiliza en el Anteproyecto, para referirse al órgano de intervención o de sustitución del deudor al frente del patrimonio concursal, quizás pudiera considerarse la sustitución del término administración judicial, y ello principalmente por dos razones. En primer lugar, porque los administradores judiciales nombrados en

un concurso de acreedores no siempre administran, sino que, en muchas ocasiones, se limitan a intervenir las operaciones del deudor (arts. 20.1 y 21, en relación con art. 39). Es más, la regla es que, en todo concurso voluntario, el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre el propio patrimonio, actuando los llamados administradores judiciales como simples interventores. En segundo lugar, porque las personas que entren en relación con esos «administradores judiciales» no pueden conocer, por la simple denominación de éstos, si han sustituido al deudor al frente del patrimonio o si, por el contrario, se limitan a completar la capacidad de dicho deudor común. En virtud de ello se podría estudiar la sustitución de la denominación de «administradores judiciales» por las de «interventores» o «síndicos», según exista «intervención» o «suspensión». Dicho dictamen del Consejo General del Poder Judicial formula las siguientes observaciones: La participación en la administración judicial de un abogado y de un auditor de cuentas, economista o titular mercantil colegiado, con la experiencia profesional prevista en el Anteproyecto, persigue asegurar la aptitud técnica de la administración. Dicha colegiación debiera disponerse de forma excepcional por el juez, en atención a la entidad del concurso, optándose preferentemente por el administrador único. Pero, precisamente en garantía de dicho objetivo, tal vez fuera oportuno que, además del ejercicio de la profesión durante un cierto tiempo, como exige el Anteproyecto, los profesionales que vayan a formar parte de la administración judicial se encuentren «habilitados» por los correspondientes Colegios Profesionales o, quizá mejor, por órganos supracolegiales de ámbito estatal, habilitación que se otorgaría a quienes acreditaran específicos conocimientos en material concursal. Además, y por lo que se refiere al segundo administrador judicial, podría establecerse la preferencia en la designación de los auditores inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC), que se lleva en el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). En todo caso, el Anteproyecto no especifica los criterios que deban seguirse para la concreta designación de los administradores no acreedores, de entre aquellos que cumplan con los presupuestos exigidos legalmente. Para completar la referida omisión, el Anteproyecto podría remitirse expresamente al procedimiento establecido en el art. 341.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para la designación de peritos. El precepto merece especial consideración en el particular que prohíbe formar parte de la administración judicial a aquellos profesionales que hubiesen sido designados para el cargo de administrador por el mismo juzgado en dos concursos dentro de los dos años anteriores. Con esta prohibición, el Anteproyecto trata de evitar la existencia de auténticos «profesionales de la insolven-

cia», y desde dicha perspectiva debe ser valorado positivamente. Ello no obstante, la citada prohibición puede plantear el problema de que los «pequeños concursos» o los concursos sin masa activa no cuenten con profesionales dispuestos a aceptar el cargo de administrador, ya que estos procedimientos judiciales también computan en el límite máximo. Sería, por ello, oportuno introducir alguna corrección en la norma que facilitara, en tales circunstancias, la búsqueda por el juez de un profesional dispuesto a aceptar la administración. El texto normativo sometido a informe advierte, en su artículo 30.1, que al aceptar el cargo de administrador judicial, el abogado, el auditor, el economista o titular mercantil designados deberán señalar un despacho u oficina en la localidad donde radique el juzgado, previsión que ha de considerarse muy acertada, en cuanto facilitará las comunicaciones entre el órgano judicial y los administradores. Como contraprestación al ejercicio de sus funciones, los administradores judiciales tendrán derecho a una retribución con cargo a la masa. El artículo 33 del Anteproyecto remite a un arancel reglamentario para la fijación de esta retribución, que atenderá a la cuantía del activo y a la complejidad del concurso, y será señalada por el juez, previo informe de la administración judicial. El concurso de acreedores debe ser un procedimiento en el que el coste económico se reduzca sustancialmente, y desde dicha perspectiva la fijación de la retribución de los administradores sobre la base de un arancel merece un juicio muy favorable, por cuanto, de acuerdo con los criterios que se establezcan, los Jueces y Magistrados podrán determinar concretamente la retribución de los administradores judiciales. En cualquier caso, la norma reglamentaria que regule el arancel deberá extenderse pormenorizadamente a todas aquellas cuestiones atinentes a la percepción de los honorarios, a fin de garantizar la máxima transparencia de la retribución de los administradores. En esta misma línea, podría considerarse que el órgano judicial, antes de fijar el importe de la retribución y después de recibir el informe de la administración, pudiera recabar el parecer de los Colegios Profesionales. Para garantizar el mejor y más profesional ejercicio de la administración, el artículo 34 podrá prever expresamente que, por imperativo legal o a instancia del juez, determinadas funciones se atribuyeran directamente a un administrador judicial concreto, y no al órgano en cuanto a tal. Así, la presidencia de la junta de acreedores o la graduación de los créditos podrían ser funciones específicas del administrador judicial jurista, mientras que la relación del inventario y la confección de la relación de acreedores serían más bien funciones del administrador judicial auditor.

El informe del Consejo General de la Abogacía Española, de fecha 14 de noviembre de 2001, considera acertada la significativa función

atribuida a los abogados en el art. 26, pero sugiere que no estaría de más que el juez tuviera en cuenta los informes colegiales, que acrediten la experiencia del candidato en temas concursales, y advierte sobre concursos sin masa activa y la conveniencia de establecer un fondo que posibilite la percepción de sus emolumentos.

El informe del Colegio de Abogados de Madrid, de fecha 22 de octubre de 2001, valora muy positivamente que se exija el nombramiento de un abogado, pero considera oportuno que se encuentren habilitados en materia concursal.

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio de Comercio, de 25 de enero de 2002, también es partidario de que el acreedor se encuentre habilitado, es decir, que acredite experiencia en materia concursal (formación).

El Consejo Económico y Social, en su informe de fecha 7 de noviembre de 2001, estima que la administración judicial debiera contar con la participación de un profesional cualificado en la gestión empresarial, para evaluar el plan de viabilidad, y aconseja introducir la figura de un asesor experto o que alguno de los tres administradores posea dicha cualificación.

Entre las alegaciones de la UGT, de fecha 17 de octubre de 2001, se deja constancia de que echan en falta la presencia de los trabajadores en la administración judicial.

El dictamen del Consejo de Estado, de fecha 21 de marzo de 2002, comparte las sugerencias del CGPJ, sobre las habilitaciones o acreditaciones de los administradores judiciales no acreedores y sobre intervención judicial, en su caso. Se defiende la composición plural y heterogénea de la administración judicial, dadas las funciones encomendadas, que han de requerir valoraciones de hechos y circunstancias desde la perspectiva económica-patrimonial, desde la jurídica y desde criterios de oportunidad, propios de los acreedores. Se rechaza la colaboración jurídica mediante asesoramiento externo con el argumento de inmediatez «desde dentro» y economicidad.

3. Proyecto de Ley concursal⁷

De la exposición de motivos del Proyecto de Ley concursal, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 5.07.2002, he acotado algunas menciones a la administración judicial, que llegó al

⁷ Aprobado por el Consejo de Ministros, en sesión del 05.07.2002, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, el 23.07.2002.

Senado⁸ con el nombre de administración concursal y así se ha aprobado en la nueva Ley.

Se simplifica la estructura orgánica del concurso: juez (que aumenta el ámbito de sus competencias) y administración concursal. La junta de acreedores, sólo para el convenio, y el Ministerio Fiscal, que limita su función a la calificación del concurso.

La administración concursal se regula conforme a un modelo totalmente diferente del vigente (luego veremos que no parece tanta la diferencia), y menciona su composición, retribución, responsabilidades y funciones. El ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor (declarado en concurso) se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal, y se impone al deudor el deber de colaborar con los órganos del concurso. Legitimación de los administradores concursales para ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, y legitimación exclusiva de dichos administradores concursales para ejercitar la correspondiente acción contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad, una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación. La administración concursal podrá atender el pago de créditos con garantía real (privilegio especial). Los administradores concursales están legitimados para el ejercicio de acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en período sospechoso (dos años anteriores a la declaración del concurso).

3.1. *Los administradores concursales*

Los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del órgano judicial y fiscalizadoras del concursado o administradoras del concurso, según los casos.

A mi juicio, el antecedente más próximo, de los administradores del nuevo concurso, se encuentra en los interventores de la suspensión de pagos. La doctrina científica⁹ es unánime al configurar a los inter-

⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado VII Legislatura Serie II: Proyectos de Ley* 14 de abril de 2003 Núm. 120 (a) (Cong. Diputados, Serie A, núm. 101 Núm. exp. 121/000101)

⁹ TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *La suspensión de pagos*, Barcelona, Bosch, 1957, págs. 201-206. SAGRERA TIZÓN, José M.^a, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Barcelona, Bosch, 1989, vol. I, págs. 560-575. CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisdiccional*. 3.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, págs. 85-86. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel y otros, *Derecho procesal práctico*, Madrid, Centro de Estu-

ventores de las suspensiones de pagos como auxiliares del juez y de naturaleza jurídica análoga a los peritos judiciales, aunque con facultades legales que van más allá de los preceptivos o voluntarios informes, por ejemplo, en el ejercicio de funciones de control de la vida mercantil del suspenso, por delegación de la autoridad judicial. El profesor Fenech¹⁰ considera que los interventores son otro órgano de colaboración del juez, institución paralela a la del comisario de la quiebra, y que tienen el carácter procesal de auxiliares del tribunal, y en manera alguna el de partes, acentuándose aún más el carácter público (procesal) de éstos por el carácter obligatorio de su cargo (artículo 4 de la Ley de suspensión de pagos) y por su retribución fijada por el juez (artículo 7 de la Ley de suspensión de pagos). Idéntica unanimidad doctrinal se encuentra en que deben ser personas de la exclusiva confianza del juez que los designa, pues ese es el espíritu de la Ley, precisamente como consecuencia de la colaboración profesional para la que son llamados por sus especializados conocimientos mercantiles (en igual medida los auditores de cuentas y el acreedor elegido). La escasa jurisprudencia que he localizado (STS 08.11.1941 y STSJ de Navarra de 11.11.1995), declara que los interventores, por sus deberes de información y fiscalización, son auxiliares de la función que el juez está llamado a cumplir, incluso de carácter representativo, con un matiz de interés público, que limita el principio de rogación en el expediente y hace que predomine el inquisitivo, pues lo contrario supondría colocar al juez como figura de simple dirección formal e impediría sus facultades de dirección y control efectivos en la suspensión de pagos.

3.1.1. NOMBRAMIENTO

El auto de declaración de concurso, según el art. 21, contendrá, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

- El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación.

dios Ramón Areces, 1997, vol. IX, págs. 271-272. RUIZ DE GORDEJUELA, Lourdes, «Procesos concursales», en *Derecho Concursal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 64-66. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, Miguel María, «La intervención judicial en la suspensión de pagos», en *Derecho Concursal II. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 61-77.

¹⁰ FENECH NAVARRO, Miguel, *La administración de bienes en el proceso*. Discurso de Ingreso. Barcelona, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de Barcelona, 1974, págs. 23-24.

—Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales ¿Cómo elige el juez las personas a designar como administradores concursales? Según la exposición de motivos, tanto en el Borrador de la Comisión General de Codificación, concluso en mayo de 2000, como en el Anteproyecto de 7.09.2001 y en el Proyecto, así como en la Ley aprobada, el nombramiento de administradores concursales es facultad discrecional del juez. También se señalaba, en los citados anteproyectos, que la LEC actuaría como supletoria de la Ley concursal, en cuanto ésta no contemplase normas procesales especiales. Sin embargo, en el texto del Proyecto, el art. 182 se refiere al fallecimiento del concursado (antes art. 181), que en el borrador de la CGC y en el Anteproyecto se titulaba «Derecho procesal supletorio» y disponía: «*En lo no previsto en esta Ley en materias procesales será de aplicación lo dispuesto de la LEC*». Según el Magistrado González Poveda¹¹, como no se establece la forma a seguir para la designación de los administradores no acreedores, debería seguirse el procedimiento establecido para el nombramiento de peritos en el art. 341.1 de la LEC 1/2000. Sin embargo, en el texto aprobado por el congreso se menciona la aplicación supletoria de la LEC¹².

Se abandonan las denominaciones de síndicos e interventores, vigentes en las quiebras y suspensiones de pagos, respectivamente, y se unifica en administradores concursales, desapareciendo los cargos de comisario y depositario, actuales órganos colaboradores del juzgado en el proceso de quiebra. Creo que debiera haberse conservado el nombre de interventores concursales, de larga tradición, cuando el deudor conserve las facultades de administración y disposición (art. 40), pues no ejercerán como administradores concursales.

En el artículo 27¹³, sobre condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales, no se concreta si pueden ser

¹¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *La administración judicial de la masa*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, Coruña, junio 2001, pág. 3.

¹² Disposición final quinta. Derecho procesal supletorio. En lo previsto en esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos previstos en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material el proceso.

¹³ La administración judicial del concurso estará integrada por los siguientes miembros: 1.º Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio

nombrados administradores concursales las firmas de auditoría, pues el artículo 6.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, faculta para realizar la actividad de auditoría de cuentas a las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del ICAC, concordante con el artículo 10 de la citada LAC, aunque puede responderse afirmativamente, a la vista de lo previsto en el art. 30.3 de la nueva Ley concursal: «*Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona física que designe como representante*».

Sobre la presencia de un abogado, con diez años de ejercicio efectivo, recuerdo la incorporación de un Licenciado en Derecho, como candidato para ser nombrado síndico del concurso, en el Proyecto de Ley concursal presentado por la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona (1979), que tiene lógica explicación dada la autoría del citado Proyecto, así como en la Propuesta Rojo¹⁴, obediente a los dictados del Ministro de Justicia e Interior a la Comisión General de Codificación, que incluye el nombramiento de uno de los síndicos e interventores en *Letrado en ejercicio de reconocida cualificación, que sea Doctor en Derecho o que haya ejercido, al menos, durante quince años ininterrumpidos* (art. 29).

Respecto de que recaiga el nombramiento en un economista o titulado mercantil colegiados, estimo que resulta obligado mientras se encuentre vigente su Estatuto Profesional, aprobado por Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, aunque debidamente especializado en esta materia concursal, pues cabe la misma crítica que para los abogados: ¿dedicados al asesoramiento fiscal, financiero, contable, etc.? No lo veo tan claro en lo que se refiere al auditor de cuentas, a salvo el respeto de los posibles derechos adquiridos por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, que incurrió en el exceso, a mi juicio, de sustituir a los peritos mercantiles, como interventores, por auditores de cuentas (art. 4 de la LSP), cuando debiera haberse referido al mencionado Estatuto de los Economistas y Profesores Mercantiles. En todo caso, tanto para los economistas o titulados mercantiles colegiados, como para los auditores de cuentas, que pueden no estar colegiados, pues es suficiente su inscripción en el

efectivo. 2.º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo. 3.º Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado...

¹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, Suplemento del Boletín núm. 1768, de 15 de febrero de 1996.

ROAC, debiera concretarse su situación de ejercientes en la fecha de su designación judicial, y sería aconsejable se regulase: a) los requisitos de especialización, que sirvan para acreditar su conocimiento de la disciplina concursal; b) el procedimiento de designación, quizá por remisión al artículo 341 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, si no fuese facultad discrecional del juez, según destaca la citada exposición de motivos.

La omisión de los Diplomados en Ciencias Empresariales, sucesores de los Profesores Mercantiles y con ellos homologados¹⁵, me parece desafortunada, habida cuenta de su Plan de Estudios que incluye, como asignaturas obligatorias: Contabilidad financiera, aplicada y de costes; Matemáticas financieras y para la empresa; Derecho empresarial y mercantil; Dirección comercial y financiera; Organización y administración de empresas; etc. Incorpora, entre otras, como asignaturas optativas: Análisis y consolidación de estados contables; Auditoría de cuentas; Administración y gestión de personal; Técnicas de control y Planes de gestión empresarial; etc. Al parecer, se ha intentado corregir el olvido merced a la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado¹⁶, que posteriormente fue retirada.

En su caso, integrará la administración concursal un acreedor ordinario o con privilegio general, cuyo crédito no esté garantizado. Algo es algo, pues concuerda parcialmente con lo dispuesto en el vigente art. 1215 de la anterior LEC, aunque no se evitará la práctica de que sean nombrados órganos concursales los acreedores privilegiados por créditos institucionales, como interventor-acreedor o síndico. El Magistrado González Poveda¹⁷ advierte que no se establece el criterio a seguir para designar, entre los varios existentes, el administrador acreedor [ordinario o con privilegio general cuyo crédito no esté garantizado], como tampoco se ha previsto el supuesto, quizá infrecuente pero no imposible, de que no existan acreedores de esas características o que todos los acreedores que se encuentren en esa situación no acepten el cargo. Sin embargo, la verdad es que me ha llamado la atención se mantenga en esta función al acreedor, en la creencia de que la larga experiencia de

¹⁵ Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, y Real Decreto 1754/1998, de 31 de julio.

¹⁶ ENMIENDA núm. 212 Del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP). El Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda a la Disposición Adicional (nueva). ENMIENDA De adición. «Las funciones de administrador concursal previstas para los Titulados mercantiles podrán ser ejercidas también por los diplomados empresariales.» JUSTIFICACION Introducción en la Administración concursal de la figura del diplomado empresarial, lo que facilitará el nombramiento de profesionales adecuados.

¹⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *op. cit.*, págs. 3 y 4.

su figura decorativa «convidado de piedra», en términos generales, como interventor en el procedimiento de suspensión de pagos o como síndico en las quiebras, había convencido a la doctrina de su inoperancia, amén de los intereses particulares que pueden procurar, legítimamente, en posible colisión con los generales del proceso. Sobre el nombramiento del acreedor instante del concurso necesario, como colaborador judicial, en la Propuesta Rojo¹⁸, Aguilera¹⁹ discrepa de que se atribuyese al acreedor instante la condición de síndico o interventor y considera que la medida es contraria al principio *par conditio creditorum*, al premiar al acreedor más diligente o menos considerado.

Se cambian las singularidades vigentes para la suspensión de pagos y la quiebra, a saber: En las suspensiones de pagos de las entidades aseguradoras, las funciones de los interventores son asumidas por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras²⁰, como interventor único, según previene el art. 31.2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE 9.11.1995), de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, derogándose lo establecido en el párrafo tercero del art. 4 de la LSP. Por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. En las suspensiones de pagos de las entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro o cooperativas de crédito), también fue modificado el párrafo segundo del citado art. 4, por Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre, cuyo art. 6.º dispone que serán designados interventores de las listas que remita el Fondo de Garantía de Depósitos. Debe recordarse la especialidad de su regulación en la quiebra de las entidades aseguradoras y de crédito, que previene la designación de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras²¹ y del Fondo de Garantía de Depósitos, respectivamente, como comisario y depositario o síndico único. Ahora, como novedad, en el Proyecto objeto de estos comentarios, para el caso de entidades emisoras de valores admitidos a cotización bursátil y otras, inexplicablemente, se sustituye al auditor, economista o titulado mercantil por personal técnico de la CNMV u otra persona propuesta

¹⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, Suplemento del Boletín núm. 1768, de 15 de febrero de 1996.

¹⁹ Aguilera ANEGÓN, Gonzalo, *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995)*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pág. 39.

²⁰ Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. BOE núm. 281 de 23.11.2002.

²¹ Suprimida y sustituida por el Consorcio de Compensación de Seguros, en la citada Ley 44/2002.

por la misma. De igual modo, el abogado y el representante de los acreedores serán nombrados por el juez a instancia del Fondo de Garantía correspondiente. Se me ha escapado lo de «inexplicablemente», pues confiaba en que se hubiesen terminado las especialidades vigentes, sobre nombramiento de interventor, comisario, depositario o síndico, en los procesos de suspensión de pagos o quiebra de las entidades de crédito y empresas aseguradoras, en favor del Fondo de Garantía de Depósitos o la CLEA,²² pero no sólo se mantienen sino que se amplían, como al principio indicaba, para el supuesto de que la entidad concursada cotiche en Bolsa, con el nombramiento de administradores concursales en las personas que proponga la CNMV, así como respecto del concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, que será nombrada en lugar del acreedor el Fondo de Garantía de Depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, y en lugar de abogado, auditor, economista o Profesor Mercantil, el juez los nombrará entre los propuestos por el Organismo citado que corresponda.

3.1.2. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES (ART. 28)

Los artículos 124 del Texto Refundido de la LSA y 58.3 de la Ley de SRL, objeto de nueva redacción por las Disposiciones finales vigésima y vigésimo primera, con idéntico texto, disponen: *«No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, las personas inhabilitadas conformes a la Ley concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio* (arts. 13²³ y 14²⁴ del Código de Comercio). *Tampoco po-*

²² Suprimida y sustituida por el Consorcio de Compensación de Seguros, en la citada Ley 44/2002.

²³ «Artículo 13. No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: 2.º Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso [Modificada según Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley concursal]. 3.º Los que, por leyes o disposiciones especiales, no puedan comerciar [Artículos 98.3 y 159.4 de la Constitución Española, de 27.12.1978: miembros del Gobierno y del Tribunal Constitucional]».

²⁴ «Artículo 14. No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en que desempeñan

drán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate, los Jueces o Magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal».

Los auditores de cuentas vienen sometidos a un riguroso régimen de incompatibilidades, en el art. 8²⁵ de la LAC. El Reglamento de desarrollo de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, dedica los arts. 36 a 41 a la regulación de la independencia y de las incompatibilidades de los auditores de cuentas. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en consulta evacuada y publicada en su Boletín n.º 12, de marzo 1993, considera que el comisario, depositario y síndico de la empresa quebrada, no pueden aceptar ser nombrados auditores de cuentas de la misma hasta el término del tercer ejercicio siguiente a su cese en el cargo como órgano de la quiebra.

Preocupante limitación, en el párrafo primero del apartado 2²⁶, del referido art. 28, para los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles, de la que se salva incomprensiblemente el administrador concursal acreedor, consecuentemente la CNMV, el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

3.1.3. OTROS DEBERES

Según el artículo 31, los administradores concursales profesionales deberán señalar un despacho u oficina para el ejercicio del cargo en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado. No se explica la causa por la que se exonera de este requisito al administrador

sus funciones: 1.º Los magistrados, jueces y funcionarios del ministerio fiscal en servicio activo. Esta disposición no será aplicable a los alcaldes, jueces y fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales. 2.º Los jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, provincias o plazas. 3.º Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno. Exceptuase los que administren y recauden por asiento, y sus representantes. 4.º Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean [Notarios]. 5.º Los que por leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en determinado territorio».

²⁵ Nueva redacción por la citada Ley 44/2002 (art. 51). «Artículo 8.1. Los auditores de cuentas deberán ser y parecer independientes, en el ejercicio de su función, de las empresas o entidades auditadas, debiendo abstenerse de actuar cuando su objetividad en relación con la verificación de los documentos contables correspondientes pudiera verse comprometida...».

²⁶ No podrán ser nombrados administradores judiciales los abogados, auditores, economistas o profesores mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo Juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno sólo.

concurzal acreedor. Menos mal que se ha suprimido el apartado 2, que señalaba: «*el juez mandará que se ponga a disposición del auditor, economista o profesor mercantil los libros y demás documentación contable que llevaré el deudor*», lo cual no hubiese sido posible cuando se nombrase un administrador concursal único y éste fuera abogado, según previene el art. 27.2.3.º.

3.1.4. AUXILIARES DELEGADOS

El artículo 32 dispone que la administración concursal podrá solicitar autorización del Juez para delegar determinadas funciones en personal auxiliar, a su exclusivo cargo y en proporción a la retribución correspondiente a cada administrador concursal, salvo que se acuerde otra cosa. Sin comentarios, pues así viene sucediendo en la práctica de las suspensiones de pagos y quiebras, donde los órganos auxiliares, cuando el volumen o dificultad del trabajo requiere el apoyo de otras personas, contratan colaboradores y asumen su coste, aunque no está prevista la delegación de funciones, como es sabido. Se previene la posibilidad de delegar, entre otras, funciones relativas a la continuación de la actividad del deudor. Me imagino que se ha pensado en actividades empresariales o profesionales, también artesanales o artísticas, etc. Pero ¿cuál será la relación contractual de estos auxiliares con los administradores concursales?: ¿laboral o profesional?

3.1.5. RECUSACIÓN

Dispone el artículo 33 que son causas de recusación de los administradores concursales, además de las constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, según el citado art. 28, las mismas que para la recusación de los peritos, reguladas en el art. 124²⁷ de la nueva LEC, y que no tendrá efectos suspensivos, sustanciándose por cauces del incidente concursal (artículos 192 a 196).

²⁷ «Artículo 124. Ambito de la recusación de los peritos. 1. Sólo los peritos designados por el tribunal mediante sorteo podrán ser recusados, en los términos previstos en este Capítulo. Esta disposición es aplicable tanto a los peritos titulares como a los suplentes. 2. Los peritos autores de dictámenes presentados por las partes sólo podrán ser objeto de tacha por las causas y en la forma prevista en los y de esta Ley, pero no recusados por las partes. 3. Además de las causas de recusación previstas en la son causas de recusación de los peritos: 1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso».

3.1.6. RETRIBUCIÓN

Se reconoce, en el art. 34, que los administradores concursales tendrán derecho a retribución, con cargo a la masa, y que un arancel reglamentará la retribución correspondiente, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso. Las participaciones de los profesionales designados administradores concursales en dicha retribución serán idénticas entre sí y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor, cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación, conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27. El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

Se concreta quién paga a los administradores concursales del concurso: el deudor, cuando no ha sido suspendido, y «*con cargo a la masa*». En el concurso, sin inhabilitación del deudor, subsistirán los actuales problemas derivados de que el sometido a control paga a los que le fiscalizan, lo cual puede comprometer su independencia. Se superaría este efecto, cuando menos estético, si el instante fuese requerido para depositar en cuentas judiciales la cuantía que el juez acuerde, previo presupuesto de los administradores concursales calculado con arreglo a arancel. Quizá debiera haberse incorporado el sistema establecido en el art. 40.2 del Código de Comercio, que previene la exigencia de caución adecuada para responder del pago de las costas procesales y de los gastos de auditoría, es decir, exigiendo al instante del concurso la consignación en la cuenta corriente del Juzgado (BBV²⁸/BANESTO²⁹) del importe correspondiente, o bien la norma establecida en el artículo 342 de la vigente LEC para los peritos judiciales. Además, en supuestos de escasa o nula masa activa, frecuentes en la praxis, no habrá posibilidad efectiva de remuneración, si se interpreta que percibirán su retribución del producto de la realización de la masa activa, aún cuando se considere prededucible.

El establecimiento de dicho arancel y su fijación por el juez, previo informe de la administración concursal, permitirá superar la actual situación de incertidumbre, particularmente en la quiebra, respecto del comisario, y algunas prácticas inconfesables (STS, Sala Segunda, de 14.02.1997). El Magistrado González Poveda³⁰ no considera correcto

²⁸ RD núm. 34/1988, de 21 de enero.

²⁹ Desde el mes de enero del 2003.

³⁰ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *op. cit.*, pág. 8.

que la administración concursal informe sobre la retribución a percibir por sus miembros y que sería más correcto que este informe lo emitiesen los respectivos Colegios profesionales. La disminución cuantitativa que sufre el administrador concursal acreedor, a mi juicio, debiera quedar supeitada a la prudente discrecionalidad del juez, sin discriminación legal.

3.1.7. RESPONSABILIDADES

El artículo 36 establece que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia, así como que será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél. El Magistrado González Poveda³¹ advierte del paralelismo entre las acciones de responsabilidad a que se refiere este art. 36 y la establecida en la LSA y LSRL respecto a los administradores sociales, así como que se refiere a actos u omisiones contrarios a la Ley concursal.

Los administradores concursales, como órgano auxiliar del juzgado, tienen el deber inexcusable de desempeñar su cargo bien y fielmente, como así juran o prometen en fórmula ritual de aceptación (art. 30), y cumplir los plazos estipulados. La responsabilidad disciplinaria podrá ser sancionada por el juez o tribunal cuando la conducta de los administradores concursales desmerezca de su condición social o profesional y por infracciones procesales. Responderán civilmente de los daños y perjuicios que causen a los litigantes o a terceros, por su conducta culpable, negligente o con ignorancia inexcusable, estando obligados a resarcir el daño producido. Tal responsabilidad extracontractual se les podrá exigir por el presunto perjudicado, mediante la presentación de la oportuna demanda. A los administradores concursales, en el caso de que sustituyan al deudor en sus facultades de administración y disposición (art. 40), les serán exigibles las responsabilidades que en el orden civil vienen determinadas en los arts. 1101 a 1106 del Código Civil. La acción de responsabilidad se substanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido el

³¹ GONZÁLEZ PAVEDA, Pedro, *op. cit.*, pág. 11.

concurso. De igual modo suspendido el concursado (inhabilitado), los administradores concursales serán responsables del cumplimiento de deberes tributarios y laborales, entre otros.

El profesor De Angel Yágüez³² estudia la responsabilidad civil y penal del perito judicial, y sostiene que una «mala praxis» o vulneración de la *lex artis* puede llevar aparejada responsabilidad civil del informante, siempre que concurren los requisitos que la responsabilidad civil impone, además de recordar los arts. 459 y 460 del Código Penal.

El art. 37 dispone que el Juez de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, cuando concorra justa causa, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

4. Contenido del informe de la administración concursal

Esta primera parte trata de analizar las disposiciones del art. 75.1 de la Ley concursal.

4.1. *Derecho concursal mercantil vigente*

En la **suspensión de pagos**, los interventores deben redactar, dentro del término que el juez les señale, que no podrá ser inferior a veinte días ni mayor de sesenta, previo informe de peritos, cuando lo estimen necesario, un dictamen acerca de los tres extremos ordenados en el art. 8 de la Ley especial³³.

En la **quiebra**, resulta preceptivo el informe del comisario, con el que se inicia la tramitación de la pieza quinta, abierta con testimonio del auto de declaración de quiebra, según ordena el art. 1382 de la LEC, y la exposición de los síndicos, a que se refiere el art. 1383 de la LEC, deberán versar sobre los capítulos previstos en el art. 1138 del primer C. de C., a saber: «1.º *La conducta del quebrado en el cumplimiento de las obligaciones que se le imponen en los arts. 1017 y 1018;* 2.º *El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del quebrado;* 3.º *El estado en que se encuentran los libros de su co-*

³² ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, «Responsabilidad del profesional asesor, perito judicial y auditor», Ponencia en el XII Congreso Nacional de Titulados Mercantiles y Empresariales, Granada, 3 de mayo de 1997.

³³ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «Los auditores de cuentas y la suspensión de pagos», Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Segunda edición, Madrid, 1999, págs. 377 a 428.

mercio; 4.º La relación que está a cargo del quebrado presentar sobre las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen; y, 5.º Los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes».

4.2. En el nuevo concurso

Efectivamente, el art. 75 del citado Proyecto de Ley, sobre estructura del informe, menciona su contenido. El profesor González Pascual³⁴ lo califica de informe ordinario y considera que su emisión constituye la pieza clave y más importante de la actuación de este órgano en el concurso, importancia que radica en la transcendencia de su contenido, de marcado carácter patrimonial y financiero.

4.2.1. MEMORIA

Art. 75.1.1.º: «Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria³⁵ a que se refiere el número 2.º, del apartado 2 del artículo 6».

La administración concursal, además de ratificar, completar o rectificar la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, debe hacerlo igualmente respecto de la actividad o actividades a que se haya dedicado, durante los tres últimos años, y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, así como tiene que manifestar su opinión sobre las causas de la insolvencia, para finalizar, esta primera parte de su informe, analizando las valoraciones y propuestas presentadas respecto de su viabilidad futura.

El estudio pormenorizado de algunas de las cuestiones expuestas, sometidas a la opinión de los administradores concursales, requiere una preparación específica, por parte de dichos administradores concursales, que va mas allá, a mi entender, de la que es exigible a las titulaciones llamadas a nombramiento para dicho cargo, por lo que se verán en la necesidad de acudir a expertos independientes, cuando se trate de una mediana o gran empresa, particularmente para dictaminar sobre las

³⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «La información contable y los informes de la administración judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, 3.ª Época, núm. 20-2002, págs. 32-45.

³⁵ Memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, así como de las causas del estado en que se encuentre y sus valoraciones y propuestas sobre su viabilidad futura.

causas de la crisis económica y las propuestas sobre su viabilidad patrimonial. Sin embargo, intentaré una aproximación:

- a) Sobre la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, se guarda silencio respecto de los datos históricos a relatar y puede ser una larga historia, tanto si el deudor es persona física como jurídica y no digamos nada si del concurso de la herencia se tratase, pues habrá que contemplar y narrar la historia del causante, así como de la herencia, que pueden tener su particular historia económica y jurídica.
- b) Respecto de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años, puede no resultar tarea fácil su investigación, en los distintos presupuesto subjetivos a que me he referido en el apartado anterior, particularmente cuando el deudor sea empresario, pues exigirá acudir a la contabilidad para conocer las actividades realizadas.
- c) De los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, parece que se acota para los supuestos de deudor que ejerce o ha ejercido actividades profesionales o empresariales.
- d) Sobre las causas de la insolvencia (estado en que se encuentre), nunca ha sido fácil decir sí o no (como Cristo nos enseña) a las causas alegadas por el deudor y seguirá siendo una tarea comprometida, en determinados casos, debiendo recordar que es causa de calificación de concurso culpable «*la inexactitud grave en... los documentos acompañados a la solicitud...*» (art. 164.2.2.º). Si el deudor fuere empresario, debe informarse con el conocimiento de los antecedentes que proporciona la auditoría realizada, si se contrata, a veces remontándose varios ejercicios, y no suele ser suficiente el examen de las causas alegadas en la memoria, pues debe investigarse si hubieren sido o habido otras.
- e) Para las valoraciones y propuestas presentadas respecto de la viabilidad patrimonial de la empresa deudora ¡palabras mayores!, se requerirá la contratación de especialistas, pues los administradores concursales, tal como está configurada su profesionalización, no tienen por qué saber lo suficiente, me parece, para opinar en estas materias.

4.2.2. CONTABILIDAD

Art. 75.1.2.º: «*Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6. Si el deudor no hubiese presen-*

tado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración judicial, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga. En este caso, la documentación contable elaborada será sometida a verificación por un auditor de cuentas designado por el Juez, cuyo informe se unirá al de la administración judicial. Esta misma verificación también procederá cuando las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio hubieran sido presentadas por el deudor sin el preceptivo informe de auditoría».

El informe sobre este apartado puede concretarse en una exposición sobre los registros contables, el plan de cuentas utilizado por la empresa y los estados financieros presentados, así como de la memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio, etc., después de efectuar el análisis sobre el grado de observancia de los requisitos que deben cumplir el sistema contable, y de los principios de contabilidad generalmente aceptados, según previene el Código de Comercio, reformado por Ley 19/1989, el TRLSA (arts. 171 a 222), en su caso, y el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre. Sobre este particular, conviene aplicar los siguientes procedimientos, antes de emitir el juicio profesional, a saber:

- a) Anomalías en los libros y documentos contables, observadas del conjunto contable, con referencia a los seis años que debe conservarse la contabilidad (arts. 25 al 30, 35 y 37 del C. de C.). Si a la empresa deudora le resulta aplicable el art. 41 del C. de C. (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, así como las regulares colectivas y comanditarias simples, que incurran en el supuesto previsto en el apartado 2 del citado art. 41), deberá analizarse el grado de cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo VII del TRLSA (arts. 171 a 222) y, particularmente, el art. 218 sobre depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.
- b) Cumplimiento de los requisitos de la información contable, según la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), en su documento 1 sobre Principios y Normas de Contabilidad en España (edición revisada en 1991), a saber: identificabilidad; oportunidad; claridad; relevancia; razonabilidad; economicidad; imparcialidad; objetividad; y, verificabilidad.
- c) Grado de observancia de los principios de contabilidad generalmente aceptados (art. 38 del C. de C. y Primera y Quita Parte

- del PGC), para la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en los estados financieros, y bajo la presunción de empresa en funcionamiento, respeto de las siguientes reglas: precio de adquisición; devengo; no compensación; uniformidad; prudencia valorativa; registro; correlación de ingresos y gastos; e importancia relativa.
- d) Práctica de amortizaciones y correcciones valorativas, en su caso, así como tratamiento del fondo de comercio, si figurase activado, para respetar lo establecido en el art. 39 del C. de C. y disposiciones concordantes del PGC.
 - e) Procede, igualmente, atender a las previsiones del art. 163 y siguientes, del Título VI, por si se hubiere de formarse la pieza de calificación del concurso y de la revisión contable pudieran deducirse algunos de los supuestos contemplados en el art. 164.
 - f) Si la forma jurídica de la empresa obliga a la llevanza del libro de actas, según el art. 26 del C. de C., pese a tratarse de un libro corporativo, debe ser objeto de examen, para comprobar si se cumplen los requisitos de los arts. 97 a 100 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a documentación de los acuerdos sociales, y 106 del citado Reglamento. Cuando se trate de sociedades anónimas, es de observar el art. 142 del TRLSA, respecto del libro de actas sobre acuerdos del consejo de administración. Para las sociedades anónimas, según los arts. 53, 54 y 55 del TRLSA, las acciones representadas por medio de títulos, sean nominativas o al portador, estarán numeradas correlativamente y se extenderán en libros talonarios. Los resguardos provisionales de las acciones revestirán necesariamente forma nominativa. Las acciones nominativas figurarán en el libro registro de acciones nominativas que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias. Las sociedades de responsabilidad limitada llevarán un libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de las participaciones sociales, voluntarias o forzosas, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas. En cada anotación se indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho o gravamen constituido sobre aquélla (art. 27 LSRL, de 23.03.1995). Estos libros deberán ser legalizados en el Registro Mercantil, según ordenan los arts. 27 del C. de C. y 293 del RRM.

Respecto de lo previsto sobre la no presentación de cuentas anuales por el deudor, debiera respetarse que la formulación de cuentas anuales

es un deber exclusivo de los administradores sociales, únicos obligados a rendir cuentas de su gestión, sin participación alguna de los administradores concursales, cuando la declaración de concurso sea posterior al cierre del ejercicio social inmediato anterior.

4.2.3. MEMORIA SOBRE LA GESTIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

Art. 75.1.3.º: «*Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal*».

Imagino que el informe sobre este apartado tiene como finalidad que los administradores concursales faciliten información al deudor, caso de suspensión, pues si sólo ha sido intervenido sigue siendo protagonista de las mismas, y a los acreedores personados, así como a otros posibles interesados (¿trabajadores?), del ejercicio de sus funciones más relevantes, sin entrar en detalles propios de la rutina, particularmente de aquellos actos que hayan podido comprometer el patrimonio del concursado. Así viene haciéndose por los interventores de la suspensión de pagos, actualmente, a modo de preámbulo o introducción al dictamen ex art. 8 de la ley especial.

4.2.4. MASA ACTIVA

Art. 75.2: «*Al informe se unirán los documentos siguientes: 1.º Inventario de la masa activa*».

4.2.4.1. Derecho concursal mercantil vigente

En la **suspensión de pagos**, se vienen respetando escrupulosamente las normas sobre ejecución del trabajo, contenidas en las citadas Normas Técnicas de Auditoría, aprobadas por Resolución de 19.01.1991 (BOICAC n.º 4), con el siguiente contenido ilustrativo: 1. Circularización a proveedores, clientes, entidades de crédito, Administraciones Públicas y Registros de la Propiedad, con quienes se conozcan o presuman relaciones del suspenso; 2. Revisión del estado de situación, balance de situación o balance definitivo, elaborado por la sociedad, utilizando como base de partida el informe de auditoría y las cuentas anuales de la sociedad, en su caso.

En el auto de declaración de **quiebra** voluntaria o necesaria se acuerda, entre otras disposiciones, la ocupación judicial de todas las pertenencias del quebrado, de los libros, papeles y documentos de su giro, su inventario, embargo y depósito, según ordena el art. 1333 de la

LEC, que se remite al art. 1044 del antiguo C. de C. Inmediatamente que se dicte el auto de declaración de quiebra, conforme a lo establecido en el art. 1334 de la LEC, previo señalamiento por el juzgado y con citación del quebrado (art. 1174 de la LEC), se procederá a la ocupación, inventario y depósito de las pertenencias del quebrado: bienes de todas clases, libros, documentos, etc. (arts. 1044.3.^a, 1045.1.^o y 2.^o y 1046 al 1048 del viejo C. de C.), que se llevará a cabo mediante la oportuna diligencia, suscrita por la comisión judicial, formada por el comisario y el depositario de la quiebra, el agente y el secretario del juzgado, quien extenderá el acta y dará fe de la misma. El art. 1350 de la Ley de Enjuiciamiento Civil menciona la formación del «haber» existente en el domicilio del quebrado, que será objeto de inventario, y el siguiente art. 1351 se refiere al inventario de bienes que se hallen en distinto domicilio. Pues bien, la doctrina científica³⁶ identifica este «haber» como masa activa.

4.2.4.2. En el nuevo concurso

El mencionado informe del Consejo de Estado, de fecha 21.03.2002, destaca: *«Se concreta ésta [la masa activa] en el correspondiente inventario que los administradores judiciales deben unir al informe que han de rendir al Juez del concurso, en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos o, en su caso, del administrador judicial único, plazo que, a solicitud de la administración judicial, podrá ser prorrogado por el Juez por tiempo no superior a un mes».*

El citado profesor González Pascual³⁷ entiende que el inventario de la masa activa deberá elaborarse por la administración concursal partiendo del inventario presentado por el deudor y efectuando sobre el mismo las correcciones oportunas.

Para ello, si el deudor fuese empresario, se utilizarán los siguientes procedimientos de revisión: A) Inmovilizaciones materiales: a) Efectuar un cuadro de los movimientos habidos en este subgrupo en el período de... a...; b) Análisis de las altas y bajas de inmovilizado contra documentación soporte (facturas); c) Comprobar la consistencia de la amortización practicada a la fecha...; d) Verificar contra la respuesta de

³⁶ BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado de quiebra*. Citado por Manuel Escobedo Duato, *La quiebra de «Barcelona Traction»*. 2.^a ed., Barcelona, Talleres Gráficos Mariano Galvé (imp.), 1957, págs. 124-127.

³⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Julián, «La información contable y los informes de la administración judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal», *op. cit.*

los Registros de la Propiedad el estado de cargas y gravámenes que pesan sobre los inmuebles de la sociedad; e) Estudiar el efecto que tiene la revalorización voluntaria del inmovilizado efectuada por la sociedad, en su caso; f) Solicitar del juzgado que libre oficio al Registro de la Propiedad Central a fin de que remita calificación de titularidad y cargas de los bienes que pudieran existir a nombre de la suspensa; B) Inmovilizaciones inmateriales: a) Desglosar su composición a la fecha...; b) Analizar su contenido y proponer su ajuste, en aquellos casos en que se trate de un activo ficticio; c) Solicitar información del Registro de Patentes y Marcas; C) Inmovilizaciones financieras e inversiones financieras temporales: a) Composición a la fecha...; b) Documentación que soporte la participación en sociedades; c) Balance de situación de las participadas, referido a la fecha más cercana al..., con objeto de analizar la necesidad o no de dotar una provisión por depreciación de la cartera; D) Existencias: a) Revisión del inventario permanente, en su caso, a través del conteo en los almacenes de la sociedad de una muestra de códigos de materia prima y de producto terminado; b) Análisis de la valoración de existencias sobre la base de: —materias primas: prueba FIFO; —producto terminado: para una muestra de productos comparar el precio aplicado a fecha... con el de fecha... y con el precio actual de venta; c) Análisis de obsolescencia; d) Prueba sobre corte de operaciones; E) Deudores: a) Conciliar las respuestas recibidas en la circularización; b) Estudio de insolvencias; c) Análisis del epígrafe «Otros deudores»; F) Tesorería: a) Verificar las respuestas de la circularización; b) Cuadrar el disponible efectivo al...; c) Arqueos de Caja a la misma fecha.

4.2.4.2.1. *Principio de universalidad*

Art. 76.1: «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de la declaración de concurso, y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

Como consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes materiales y derechos inmateriales pertenecientes al deudor, conocidos o no, pasan automáticamente a integrar la masa activa. Cosa distinta será la posterior valoración efectiva de esta integración, mediante la posesión, busca, reivindicación, etc., y la formación del inventario.

Puede servir de referencia y ayuda, para conocer la composición de la masa activa de las empresas, el balance, regulado en la Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990,

de 20 de diciembre. Para las sociedades anónimas, dicho balance responderá al esquema del art. 175 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, cuyo desglose se presenta en los arts. 176 a 188, siendo de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, por remisión del art. 84 de la LSRL, de 23 de marzo de 1995, y a las sociedades comanditarias por acciones, por remisión del art. 152 del C. de C., así como a las sociedades colectivas y a las comanditarias simples, cuando todos los socios sean sociedades españolas o extranjeras, según establece el art. 41.2 del C. de C., y también a las sociedades laborales, por la Disposición final primera de la Ley 4/1997, de 24 de marzo. Teniendo a la vista el modelo de balance, incluido en la mencionada Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad, se facilita la selección de partidas del activo susceptibles de integrar la masa activa.

Sobre bienes futuros, me referiré a aquellos bienes que adquiera el deudor (empresario mercantil individual o socio de sociedades regulares colectivas o socio colectivo de comanditarias), con posterioridad a su declaración de concurso, con causa en su trabajo por cuenta propia o ajena, o reciba por donación, herencia, legado y cualquier otro título. Tales bienes, a medida que lleguen al deudor, integrarán la masa activa, para responder de las obligaciones contraídas con sus acreedores (art. 1911 del CC), al igual que cualquier clase de ingreso, por subvenciones, indemnizaciones, etc., en cualquier tipo de empresario mercantil. Si fuese por herencia del deudor, entrarán en juego los arts. 988 a 1003 del Código Civil, debiendo aceptarse la herencia a beneficio de inventario. Cuando el concursado heredero repudiase la herencia, podrán los administradores concursales aceptarla en nombre de aquél, según previene los arts. 1001 y 1005 del CC (STS de 3.10.1979). Además, se incorporarán a la masa activa aquellos que procedan de las acciones de reintegración, mediante rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se presume perjuicio: a) donaciones; b) transmisiones a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93); c) constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes; y, d) favorecimiento de acreedores (art. 71 a 73).

Art. 76.2: «Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables».

Con referencia a los deudores declarados en concurso (personas físicas o socios con responsabilidad ilimitada), quedan excluidas de la masa activa todas aquellas cosas corporales que no puedan ser objeto

de embargo, a tenor de lo establecido en el art. 606 de la LEC³⁸, así como todos los derechos del deudor inseparables de su personalidad y los derechos patrimoniales que no sean aptos para ser convertidos en dinero, ya que los acreedores sólo pueden participar en la división del haber común por contribución o dividendo. Entran en esta categoría ciertos derechos, como el lecho y la habitación, los usufructos legales, el salario mínimo interprofesional, etc., propios del deudor persona física o socio colectivo. Al respecto, el AAP de Sevilla, de 28.05.1998.

Art. 76.3: «Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa».

4.2.4.3. Bienes conyugales

Art. 76. 1: «En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

Sobre el ejercicio del comercio por persona casada y posible afectación de bienes interesan los art. 6 a 11 del Código de Comercio y sobre bienes privativos y comunes de los cónyuges se estará a lo dispuesto en los art. 1346 a 1361 del Código Civil.

³⁸ Art. 606 de la nueva LEC: «Bienes inembargables del ejecutado. Son también inembargables: 1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia. 2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. 3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas. 4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley. 5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España».

El profesor Blanquer³⁹ considera que los bienes y derechos propios y privativos del concursado es el único patrimonio que puede estar comprometido por las obligaciones y responsabilidades del deudor, aunque en régimen de comunidad o sociedad el cónyuge deudor tiene una participación en el patrimonio común, por lo que procede la inclusión en la masa activa del derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común, además de los bienes y derechos suyos propios y privativos.

La Audiencia Provincial de Huesca, en resolución de fecha 31.12.1991, una vez sentado que los bienes gananciales del cónyuge comerciante quedan obligados por el ejercicio de su actividad empresarial, cuando su consorte no se opone al desarrollo de la misma, declara la imposibilidad de seguir la ejecución sobre bienes gananciales, cuando estén afectados por las deudas contraídas por el esposo suspenso. La misma Audiencia, en sentencia de fecha 4.10.1996, que cita la anterior y otras, afirma en el Fundamento de Derecho Tercero: *«procede excluir del apremio los bienes consorciales ya afectos a la suspensión, pues los bienes gananciales, por una misma deuda, de la que los esposos son deudores solidarios, no pueden estar al mismo tiempo dentro y fuera de la suspensión»*.

Art. 78.1: «Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. 3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adqui-

³⁹ BLANQUER, Roberto, *Los efectos de la administración judicial sobre el deudor y sobre los acreedores*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, A Coruña, junio 2001, págs. 27 y 28.

sición actualizado; en los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración judicial o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el Juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno».

El régimen de separación de bienes entre cónyuges se regula en los arts. 1435 a 1444 del Código Civil, y los dos primeros apartados del transcrito art. 77 son reproducción literal de lo dispuesto en el art. 1442 del C. Civil.

El profesor Blanquer⁴⁰ advierte que tanto la presunción de donaciones como el tratamiento del pacto de sobrevivencia suponen una regulación especial provocada por el concurso, de carácter singular y, por lo tanto, diversa de la que sería aplicable si no se hubiese producido la declaración de concurso.

4.2.4.4. Cuentas indistintas

Art. 79: «Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. 2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal».

El informe del Consejo Económico y Social, de fecha 7.11.2001, considera que deberían quedar exceptuados de la aplicación de este precepto los saldos vinculados a sociedades de bienes gananciales, entendiendo que no son éstas, sino más bien las empresas, que desarrollan una actividad económica, las destinatarias de esta norma. Y el informe del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 6.11.2001, dedica el siguiente comentario: *«El artículo 78 del Anteproyecto incluye en la masa activa, salvo prueba en contrario, los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, criterio que supone una ruptura de las presunciones usuales en la práctica de las entidades de crédito y en la normativa fiscal, justificada por la fuerza atractiva del concurso».*

4.2.4.5. Derecho de separación

Art. 80.1: «Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración judicial a

⁴⁰ BLANQUER, Roberto, *op. cit.*, pág. 31.

sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. 2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal».

El citado informe del Consejo General del Poder Judicial señala: *«El Anteproyecto merece un juicio crítico favorable en la regulación del derecho de separación, al modificar el criterio del Código de Comercio. En efecto, el viejo Código de Comercio parte de una cláusula general sobre el derecho de separación (art. 908), para posteriormente recoger una lista de supuestos que considera comprendidos en la referida cláusula (art. 909). El Anteproyecto, por el contrario, suprime la lista de supuestos de separación, y a través de una cláusula general reconoce el derecho de separación de los bienes de propiedad ajena».*

Al parecer, los bienes en precario poseídos por el concursado gozarán de *separatio ex iure dominii*. La SAP de Huesca, de fecha 13.03.1996, nos enseña a distinguir este contrato del de comodato: *«... La figura del precario ha sido perfilada por la doctrina jurisprudencial como la tenencia o disfrute de una cosa ajena sin pago de renta o merced ni razón en derecho distinta de la mera liberalidad de su propietario, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia, o simplemente las situaciones posesorias de simple hecho. El contrato de comodato, que guarda evidentes similitudes con el precario, ya que asimismo se cede una cosa para su uso y disfrute sin pagar renta o merced, se diferencia esencialmente de aquél en que en el comodato la cosa es entregada para un uso o un tiempo determinado. Es decir, que si la posesión de la cosa se concede «in genere» a título de mera tolerancia sin especificar su uso o su duración nos hallamos ante la figura del precario y si, por el contrario se especifica su tiempo o utilización se constituye el contrato de comodato. Esta diferenciación entre una y otra figura jurídica tiene una indudable incidencia en sus resultados prácticos dado que, tratándose del precario puede el titular reclamar la cosa a su voluntad instando el lanzamiento del precarista, mientras que tratándose del comodato no puede reclamar la cosa prestada sino cuando haya concluido el uso o finalizado el tiempo para el que se pactó, como establecen los artículos 1749 y 1750 del Código Civil».*

4.2.4.5.1. Imposibilidad de separación

Art. 81.1: *«Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor, antes de la declaración de concurso, a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la*

contraprestación, si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. 2. «El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal. Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado».

4.2.4.6. Inventario

Art. 82.1: «La administración concursal elaborará un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter».

Remito al lector al comentario anterior del art. 75.1. No parece posible, en general, que el inventario elaborado por la administración concursal, pueda referirse al día anterior al de la emisión del informe, sobre todo si se encuentra con una empresa mercantil o profesional que ha continuado sus actividades. Se prescinde de los principios de contabilidad generalmente aceptados y de las reglas de valoración, respecto de la masa activa, cuando el deudor sea empresario mercantil, que nuestro Derecho contable regula (art. 38 del C. de C., arts. 193 a 198 del TRLSA y Primera y Quinta Parte del PGC), cuando creo que deberían ser compatibles con los datos «extracontables» (bienes y derechos según valor de mercado) requeridos a los administradores concursales, para que sirva de información a terceros, si el concursado fuese empresario mercantil, máxime si recordamos lo dispuesto en el art. 45.1: «Declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales».

Art. 82.2: «De cada uno de los bienes y derechos relacionados se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y datos de identificación registral, en su caso. Los gravámenes, trabas y cargas que afecten a bienes o derechos inventariados se harán constar con expresión de su naturaleza y de los datos de identificación corres-

pondientes. 3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva».

La naturaleza de los bienes incluidos en la masa activa resulta implícita en los modelos contables del PGC y del TRLSA (arts. 175 a 178), que permiten prescindir del detalle establecido en el C. de C. (art. 35), compatible con la clasificación dada por el CC (arts. 333 a 347).

Sobre trabas y embargos que afecten a los bienes o derechos inventariados, conviene recordar: a) La Ley General Tributaria (art. 131.5) y el Reglamento General de Recaudación (art. 118) declaran responsables solidarios de la deuda tributaria a las personas o entidades depositarias de bienes embargados del deudor que colaboren o consientan en el levantamiento de los mismos. El art. 138.3 del referido RGR establece que el depositario incurrirá en responsabilidad civil o penal por incumplimiento de las obligaciones que le incumben como tal; b) El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (art. 37) y su nuevo Reglamento General de Recaudación (art. 10.4) declaran igualmente la responsabilidad solidaria de las personas físicas o jurídicas depositarias de bienes embargados que, con conocimiento previo del embargo practicado por la Seguridad Social, colaboren o consientan en el levantamiento de los mismos. El art. 138.3 del citado Reglamento determina que *«el depositario incurrirá en responsabilidad civil o penal por incumplimiento de las obligaciones que le incumben como tal. Asimismo, será responsable solidario de la deuda hasta el límite del importe librado cuando colabore o consienta en el levantamiento de los bienes embargados, responsabilidad que le será exigida conforme al procedimiento establecido en el artículo 11 del presente Reglamento»*; c) El Código Penal dedica el capítulo VII, del título XIX, el Libro II : *«De la malversación»*, y el art. 435 establece: *«Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los... 3.º Los... depositarios de dinero o bienes embargados... por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares»*.

Art. 82.4: *«Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración judicial, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales»*. Se men-

cionan las anteriormente citadas acciones de reintegración, mediante rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se presume perjuicio: a) donaciones; b) transmisiones a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93); c) constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes; y, d) favorecimiento de acreedores (arts. 71 a 73).

Art. 83.1: *«Si la administración concursal considera necesario el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se refiere el artículo anterior, propondrá al Juez su nombramiento y los términos del encargo. Contra la decisión del Juez no cabrá recurso alguno. 2. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa se unirán al inventario».*

Parece obvio que la administración concursal, dada su composición profesional, precisará el asesoramiento de expertos, tasadores y letrados, para evaluar bienes y derechos o estimar la viabilidad de acciones judiciales, así como para cumplir con lo previsto en el inciso final del citado art. 82.4 Se dispone en España de un régimen acuñado sobre nombramiento expertos independientes (arts. 38 y 236 del TRLSA y arts. 338 a 349 del RRM), que bien pudiera aprovecharse en esta ocasión para la valoración de bienes y derechos.

Puede constatarse que se prescinde o no se recuerda el cumplimiento de la contabilidad (nuevo Derecho contable), ni siquiera en el caso de que el deudor viniera obligado a ella, cuando en el apartado 2 del citado art. 75, para informar sobre la situación patrimonial ordenada en el apartado 3 del mismo precepto, se limita a la presentación de un inventario de bienes y derechos y una relación de acreedores, es decir la llamada «contabilidad del clavo». ¿Nada que añadir sobre pasivos contingentes o provisiones para riesgos y gastos? ¿Están implícitos en el apartado 2.2.º del mismo art. 75? No parece, pues cita lacónicamente «lista de acreedores». Es una lástima, pues el art. 46.2 dispone: *«La formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en el caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión».*

4.2.5. MASA PASIVA

Mi propósito, ahora, era analizar esta faceta del informe de la administración concursal sobre la lista de acreedores y clasificación de los

créditos concursales, es decir, la determinación de la masa pasiva del concurso y la calificación jurídica de los créditos que la integran. Pero esta materia será expuesta por el profesor González Bilbao y el lector saldrá ganando.

5. Otros documentos a presentar con el informe de los administradores concursales

Artículo 75. «Estructura del informe... 2. Al informe se unirán los documentos siguientes:... 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado».

5.1. Derecho concursal mercantil vigente

Con la solicitud de **suspensión de pagos** debe presentar el deudor, entre otros documentos, una proposición para el pago de los débitos (art. 2.4.º de la Ley especial). Este expediente tiene por finalidad la celebración de un convenio entre el suspenso y sus acreedores, que habrá de ser aprobado en junta general de acreedores, convocada y presidida por el juez, o en procedimiento escrito, por mayorías cualificadas. Cuando se acuerda 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. Si las adhesiones recibidas introdujeran modificaciones esenciales en la proposición del convenio, tanto durante el plazo del art. 18 como en el de prórroga del art. 19, ambos de la Ley especial, el juez oirá obligatoriamente sobre ellas (las modificaciones al convenio propuesto) el informe de los interventores, y dará vista al deudor para que preste o no su consentimiento. Este informe carece de orientación legal y de contenido ilustrativo; en la práctica, los interventores acostumbran a destacar las modificaciones planteadas respecto de la propuesta inicial del deudor y analizar posibles ventajas económicas para las partes que resultasen beneficiadas con los cambios introducidos.

Con la solicitud de **quiebra** voluntaria, no se previene la presentación por el deudor de una proposición de convenio (art. 1018 de primer Código de Comercio). Sin embargo, puede finalizar este proceso mediante aprobación judicial del convenio que hiciesen el quebrado y sus acreedores, regulado en los arts. 898 a 907 y 928 y 929 del C. de C. (estos últimos artículos citan, para las compañías, lo dispuesto en la Sección 8.ª del Título I del Libro IV del vigente C. de C.); arts.

1389 a 1396 de la LEC (sentencia del TS de 22.02.1983); art. 1304, por remisión del art. 1390 de dicha LEC; arts. 1307 a 1311, por remisión del art. 1391 de la citada LEC; y, arts. 1147 a 1167 del primer C. de C., mencionados en la Sección 6.^a del Título XIII del Libro II de la referida LEC. En la quiebra de empresarios individuales y compañías de responsabilidad ilimitada, una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos, según el mencionado art. 1390 de la LEC, que se remite al art. 1304 de la misma LEC, y que facultan al deudor o a cualquiera de los acreedores para solicitar del Juez la convocatoria de junta para tratar del convenio y cuya solicitud debe contener el requisito, entre otros, de que se formulen con claridad y precisión las proposiciones del convenio. 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. Los administradores de las compañías anónimas o quienes les representen, con 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 STS de 8.06.1880.

No se contempla, en los preceptos citados, informe alguno de los órganos auxiliares de la quiebra (comisario, depositario o síndicos) sobre las proposiciones de convenio.

5.2. *En el nuevo concurso*

No observo entre la documentación que el deudor acompañará a su solicitud de declaración de concurso, ex art. 6.2, mención alguna al convenio, aunque el art. 104.1 lo previene: «Desde la solicitud de con-

curso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el Juez propuesta anticipada de convenio». De igual modo el art. 106.2 lo autoriza: «Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el Juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso». Sin embargo, en el apartado 2.º del citado art. 6.2 se requiere la presentación de «sus valoraciones y propuestas sobre su viabilidad futura», y puede interpretarse que la viabilidad permite acudir a la convención con los acreedores. Así que, cuando el mencionado art. 75.2.3.º requiere a los administradores concursales, para que unan a su informe un escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado, en su caso, se está refiriendo a la evaluación del contenido de la propuesta anticipada de convenio presentada por el deudor, en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen, que menciona el art. 107.2 y dispone: «Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al Juez...». Pero idéntica opinión se pide a los administradores concursales, en el escrito de evaluación sobre la propuesta de convenio, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe, presentadas por el concursado, que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación, o por los acreedores, cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo (artículo 113.1). Trataré, por tanto, sobre ambos escritos, dada su misma finalidad y contenido.

Deberán verificar e informar los administradores concursales, a mi juicio, sobre:

- a) El cumplimiento de los requisitos formales de la propuesta de convenio establecidos en el art. 99⁴¹.

⁴¹ 1. 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 comprometidos o sus representantes con poder suficiente. 2. Las firmas de la propuesta y, en su caso, la justificación de su carácter representativo, deberán estar legitimadas.

- b) Las limitaciones y requisitos señalados en los artículos 100⁴², 101⁴³ y 102⁴⁴.
- c) Las prohibiciones establecidas en el art. 105, aunque algunos de los hechos causantes de esta prohibición de presentación de propuesta anticipada de convenio tienen que ver con actos cuyo perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* en el art. 71.2, y pueden ser objeto de acciones rescisorias, para cuyo ejercicio están legitimados los administradores concursales o, en su caso, los acreedores, por el cauce del incidente concursal. No parece que hasta la firmeza de la sentencia correspondiente puedan ser oponibles a la admisión a trámite de la propuesta de convenio.

⁴² 1. ...Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio, excepto cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía. 2. Cuando la propuesta de convenio prevea la 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... 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. 3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento. 4. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado. 5. Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

⁴³ 1. La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada, con la excepción establecida en el apartado 2.

⁴⁴ 1. Si la propuesta de convenio ofreciese a todos los acreedores o a los de alguna clase la facultad de elegir entre diversas alternativas, deberá determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección. ...

- d) El examen del plan de pagos, expresión simple y concepto complejo, requiere conocimientos especializados y cuidadosa atención, pues la información que proporciona la contabilidad debe ser objeto de estudio, es decir, los documentos contables deben ser analizados para conocer la situación patrimonial, financiera y los resultados de la empresa, si el concursado fuese empresario. El diagnóstico sobre la situación económico-financiera de la empresa es imprescindible para su planificación estratégica. El balance proporciona información estática, referida a un momento concreto de la actividad empresarial, normalmente al final de cada ejercicio económico. La cuenta de pérdidas y ganancias recoge la faceta económica correspondiente a un período de tiempo concreto, a lo sumo de doce meses. En el análisis de los estados financieros (balance y cuenta de pérdidas y ganancias) se utilizan diversos instrumentos: porcentajes, números índice, coeficientes, ratios, etc.

Para el análisis del balance⁴⁵, se acude a modelos acuñados por la doctrina, del siguiente tenor: 1) Se denomina **Fondo de Maniobra** el exceso del activo circulante sobre el pasivo circulante. El Fondo de Maniobra, también denominado fondo de rotación, está formado por la parte de los recursos permanentes, cualquiera que sea la procedencia, necesarios para realizar de manera continuada las operaciones corrientes de la empresa, fundamentalmente relacionadas con la explotación. Se define, por lo tanto, como la parte del activo circulante financiada por recursos a largo plazo (activo circulante menos pasivo circulante). Es sinónimo de Capital Circulante; 2) El **Estado de Origen y Aplicación de Fondos** proporciona información sobre las inversiones realizadas y sus fuentes de financiación, con capitales propios o ajenos, así como sobre si la actividad ordinaria de la empresa es capaz de generar recursos suficientes para autofinanciarse o no; 3) El **Cuadro de Financiación** informa sobre la procedencia de los recursos financieros empleados por la empresa para financiar sus operaciones corrientes; 4) El **Estado de Tesorería** recoge las entradas y salidas que se producen durante un periodo determinado. Se denomina también estado de cash flow o de flujos de caja y permite evaluar la capacidad de la empresa para generar liquidez, así como las fuentes de dicha liquidez: operaciones de explotación, de inversión o de financiación.

⁴⁵ GOXENS ORENSANZ, M.^a Angeles y GAY SALUDAS, José M.^a, *Análisis de los Estados Contables (Diagnóstico económico-financiero)*, Madrid, Prentice Hall Iberia, 2000.

La información precedente ayuda en la preparación de otro documento de importancia en la gestión empresarial: el **Estado Previsional de Tesorería** (presupuesto), que estima el comportamiento de los cobros y pagos durante el porvenir, a corto o largo plazo⁴⁶; 5) El **Cash Flow Económico**, distinto del anterior, informa sobre el beneficio neto de la empresa más las amortizaciones, es decir, del excedente financiero generado por la actividad empresarial; 6) El **Equilibrio Financiero** se logra cuando la empresa es solvente, es decir, cuando no tiene dificultades para hacer frente a sus deudas. En relación con el equilibrio financiero se encuentra el coeficiente de endeudamiento y el apalancamiento financiero.

La cuenta de pérdidas y ganancias proporciona información sobre la situación económica de la empresa y presenta datos relevantes sobre el resultado de la explotación, el resultado financiero, el resultado de actividades ordinarias, el resultado extraordinario, el resultado antes de impuestos y después de impuestos, es decir, el resultado neto (beneficio o pérdida). Dichas magnitudes son consecuencia de la comparación de los ingresos y los gastos, en distintos niveles o escalones, con el detalle que proporcionan los grupos 6 y 7 del PGC. El estudio de la rentabilidad empresarial se realiza por comparación de los resultados con otros parámetros, como el activo real, la financiación propia o las ventas netas, para obtener el correspondiente porcentaje. Para determinar el **umbral de rentabilidad**, punto de equilibrio o punto muerto, como se denomina indistintamente, es preciso desglosar los gastos de explotación, en fijos (estructurales) y variables (proporcionales al volumen de ventas). Pues bien, se alcanza el umbral de rentabilidad cuando la empresa no produce beneficios ni pérdidas, es decir, cuando las ventas netas igualan la suma de costes fijos y variables. El **margen bruto** se identifica con el valor añadido de la empresa en el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias analítica, que se incorpora con el núm. 21 del contenido de la memoria en el citado Plan General de Contabilidad (Cuarta Parte). El margen bruto se determina por la diferencia entre las ventas netas y su coste. A este «**resultado bruto**» se llega restando de la cifra de negocios (art. 191 del TRLSA y Norma 9.^a, para la elaboración de las Cuentas Anuales, del mencionado PGC - Cuarta Parte) las compras netas (60), la variación de exis-

⁴⁶ N. A. A. Research Report 38, *Cuadernos de Alta Dirección*. «Flujo de caja y el control de la dirección», Ibérica Europea de Ediciones, S. A., Madrid, 1969, págs. 67-73.

tencias (61), determinados gastos externos de explotación (62), otros tributos (631) y otras pérdidas en gestión corriente (659). En resumen, el **valor añadido** es una magnitud económica que representa la diferencia entre el *output* (valor de la producción vendida o cifra de negocios) y los *inputs* (consumo de adquisiciones exteriores), según los profesores Gallizo Larraz y González Pascual⁴⁷. El **resultado de actividades ordinarias** es diferente que el margen bruto o valor añadido, si lo identificamos con resultado bruto de actividades ordinarias, al que se llega, en la referida cuenta de pérdidas y ganancias analítica, deduciendo del valor añadido los gastos de personal y los arrendamientos, las dotaciones para amortizaciones de inmovilizado, las insolvencias de créditos y la variación de las provisiones de tráfico, así como los resultados financieros, fundamentalmente. En el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias normal y abreviada, los beneficios de actividades ordinarias son el resultado positivo que se obtiene de la comparación entre los ingresos de explotación (importe neto de la cifra de negocio más otros ingresos), más los ingresos financieros, y los gastos de explotación (consumos, gastos de personal, amortizaciones y otros), más los gastos financieros.

Comprenderá el lector, si no está familiarizado con esta disciplina, las dificultades de evaluar la propuesta de convenio en atención al plan de pagos.

- e) Examen del plan de viabilidad, en su caso, es decir, en el supuesto previsto en el citado art. 100.5: *«Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros»*. Me parece que para valorar adecuadamente el plan de viabilidad de un profesional o de una empresa se requieren, al igual que en caso anterior, conocimientos especializados, pues la evaluación de la solvencia y la predicción de la evolución económico-financiera de la empresa puede intentarse mediante la utilización de técnicas basadas en modelos univariantes

⁴⁷ GALLIZO LARRAZ, José L. y GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «Una interpretación económica y financiera de los márgenes intermedios de gestión», en *Ensayos sobre contabilidad y economía. En homenaje al profesor Angel Sáez Torrecilla*, Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1996, Tomo I, págs. 389-411.

(tradicionales, pero descartados por las limitaciones que adolecen, según el profesor González Pascual⁴⁸) o con el empleo de modelos que basan su formulación en múltiples variables, que identifican los profesores Gallego, Gómez Sala y Yáñez⁴⁹ en cuatro técnicas: «*análisis discriminante múltiple (Altman, 1968), modelos de probabilidad condicional (Ohlson, 1980), particionamiento recursivo (Frydman, Altman y Kao, 1985) y redes neuronales (Odom y Sharda, 1990)*». Otros autores han realizado estudios del máximo interés, a saber: los profesores Gómez Bezares y Jordano Pérez⁵⁰, mediante interrelación de variables económico-financieras; los profesores Gonzalo Angulo y Gabás Trigo⁵¹, al analizar el principio de gestión continuada, acuden a modelos y teorías sobre predicción de la insolvencia, con la presentación de modelos univariados retrospectivos, modelos multivariados retrospectivos y modelos prospectivos. El profesor Gabás Trigo⁵² plantea la utilización de determinadas técnicas de análisis de la información contable, orientadas a la predicción de la solvencia o éxito empresarial, y explica los diversos métodos de evaluación de la solvencia (modelos univariantes, modelos multivariantes y modelos de simulación financiera⁵³) para concluir con un trabajo de investigación empírica. Los profesores García Martín y Fernández Gámez⁵⁴ analizan la evolución de la solvencia y de la rentabilidad de la empresa española entre

⁴⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Julián, *Análisis de la empresa a través de su información económico-financiera*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2002, págs. 168-169.

⁴⁹ GALLEGO, Ana M., GÓMEZ SALA, J. Carlos y YÁÑEZ, Leonardo, «Modelos de predicción de quiebras en empresas no financieras», *Actualidad Financiera*, mayo 1997, págs. 3-14.

⁵⁰ GÓMEZ BEZARES, Fernando y JORDANO PÉREZ, Juan, *Diagnóstico, previsión y control en la empresa (mediante interrelación de variables económico-financieras)*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982.

⁵¹ GONZALO ANGULO, José Antonio y GABÁS TRIGO, Francisco, «El principio de gestión continuada» en *Lecturas sobre principios contables*. Coordinador: José L. Cea García. Monografía núm. 13 de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 1989, págs. 233-260.

⁵² GABÁS TRIGO, Francisco, *Técnicas actuales de análisis contable. Evaluación de la solvencia empresarial*. Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1990.

⁵³ En estos últimos, si el modelo de simulación financiera es tan amplio, que contiene la totalidad de los flujos financieros de la empresa, en una proyección a largo plazo, puede proporcionar información sobre la capacidad de una empresa para reembolsar sus obligaciones de pago (convenio), es decir, puede permitir verificar el grado de cumplimiento del plan de pagos, comentado en el apartado anterior.

⁵⁴ GARCÍA MARTÍN, Vicente y FERNÁNDEZ GÁMEZ, Manuel, *Solvencia y rentabilidad de la empresa española (estudio teórico-empírico)*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1992.

1983 y 1990. En la monografía publicada por la AECA⁵⁵ se presentan los trabajos sobre predicción de la insolvencia empresarial, realizados por los profesionales y profesores universitarios siguientes: Francisco Gabás Trigo, José Luis Martín Marín, Remedios Ramírez González, Alejandro Larriba Díaz-Zorita, Francisco Javier de la Cruz González, Domingo García Pérez de Lema, Antonio Calvo-Flores Segura y Antonio Arques Pérez. La información contable expresada en flujos de tesorería sirve a la predicción del fracaso empresarial, según el profesor Lizarraga Dallo⁵⁶, con base en el análisis de los ratios financieros obtenidos de las cuentas anuales de una determinada muestra de medianas empresas, mediante el siguiente proceso: a) análisis univariante; b) análisis factorial de componentes principales; y, c) estimación de modelos multivariantes. Tras observar la alta capacidad univariante en algunos de los *ratios* analizados, así como que los indicadores de rentabilidad de activos y endeudamiento presentan síntomas claves del fracaso empresarial, el citado profesor Lizarraga concluye que la situación de las empresas españolas, cuando acuden a la apertura de un procedimiento de suspensión de pagos, en la mayoría de los casos, es de avanzado deterioro, con fuertes niveles de descapitalización y escasa capacidad para generar ganancias, por lo que la detección del fracaso de las empresas es posible con la utilización de información derivada de los estados contables tradicionales, siempre que ésta sea debidamente tratada y seleccionada, lo que permitirá el análisis de las posibilidades de predicción de la crisis empresarial *versus* viabilidad. Cantera Sojo y Farrás i Corominas⁵⁷ recomiendan el diagnóstico integral de la empresa (DIE), previo a la preparación de un plan de urgencia (PUR), que permitirá confeccionar el plan estratégico de reconducción (PER), es decir, el plan de viabilidad.

Creo que puede sistematizarse el análisis del plan de viabilidad, presentado por el concursado, si se considera que el desequilibrio económico de la empresa puede observarse desde las siguientes vertientes:

⁵⁵ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS. *Predicción de la insolvencia empresarial*. Coordinada por Antonio Calvo-Flores Segura y Domingo García Pérez de Lema. Madrid, 1997.

⁵⁶ LIZARRAGA DALLO, Fermín, «Los flujos de tesorería en la predicción del fracaso empresarial», *Actualidad Financiera*, abril 1997, págs. 73-93.

⁵⁷ CANTERA SOJO, José Miguel y FARRAS I COROMINAS, Joan, *Estudio de empresas en crisis y elaboración de planes estratégicos*. Madrid, Consejo General de Colegios de Economistas de España, 1988.

- 1) Tráfico mercantil: a) disminución de ventas; b) aumento de existencias por obsolescencia, etc.
- 2) Disminución del margen comercial, por reducción de precios o aumentos de costes, etc.
- 3) Financieros: a) incremento de los gastos de descuento de efectos; fondo de maniobra negativo; aumento de la morosidad, etc.
- 4) Inmovilizado: dificultad de renovación de maquinaria y equipos industriales; bienes de inversión ociosos, etc.
- 5) Recursos humanos: a) bajo rendimiento laboral; b) absentismo; c) exceso de plantilla laboral, etc.

5.3. *Plan de liquidación*

El artículo 148 establece: «1. ...*la administración concursal presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. ...*»

El profesor González Pascual⁵⁸ estudia, entre otros aspectos, el papel que debe jugar la contabilidad en el marco de un procedimiento concursal moderno y considera que debe servir de base para determinar la masa activa de la quiebra: «*Cuando las posibilidades de avanzar en el camino de la aproximación de posturas enfrentadas entre deudor y acreedores desaparecen, o ni siquiera ha habido oportunidad de confrontarlas, entonces se puede abrir la vía de la liquidación, cuyos efectos serán más perniciosos para la propia empresa, acreedores, trabajadores y resto de entidades relacionadas con la quebrada. El proceso que se abre en estos casos debe tener como objetivo la liquidación de la empresa que tratará de enajenar las inversiones para resarcir, con la liquidez proporcionada, una parte de las deudas en la forma establecida por la legislación. El paso previo al proceso de liquidación consistirá en la formación de la masa de la quiebra, que estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de la empresa que resultan ejecutables en la liquidación, así como el conjunto de acreedores cuyas deudas deberemos resarcir. La cuantificación de estos elementos constituye una ardua tarea que abarcará la adición y eliminación de bienes, derechos y deudas, como consecuencia de una depuración del ba-*

⁵⁸ GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «El papel de la contabilidad en el ámbito jurídico: Especial referencia a los procesos concursales», IX Encuentro de Profesores de Contabilidad, «La contabilidad ante el nuevo milenio», Las Palmas de Gran Canaria, mayo del año 2000.

lance motivada por la aplicación de la retroacción, o simplemente de la aplicación de la normativa civil vigente en materia de obligaciones, embargos, ejecuciones, tercerías de dominio, etc. El punto de partida de todo el largo recorrido, que supone la formación de la masa, estará no sólo en el balance referido al momento de la liquidación sino también en la contabilidad de los últimos años a los que deba circunscribirse la retroacción. Los ajustes y eliminaciones que procedan siempre deberán aplicarse sobre la información que contenga el mencionado balance y contabilidad».

En resumen, los administradores concursales deben partir del inventario de la masa activa, anexo a su informe ex art. 75.2.1.º, al que incorporarán los bienes y derechos fruto de las acciones de reintegración o de impugnación (artículos 71 a 73), debidamente valorados, para preparar el plan de liquidación, es decir, su realización individualizada o por lotes, en su caso, bien por unidades de producción o como conjunto de explotación industrial, cuando de empresas se tratase, por el método de venta directa o a través de entidad especializada (arts. 640-642 LEC), bien en subasta pública (arts. 643-675 LEC) o notarial, e indicando el calendario previsto para su ejecución.

«2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Secretaría del Juzgado el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo sin que se hubieran formulado, el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. En otro caso, la administración judicial informará, en el plazo de diez días, sobre las observaciones y propuestas formuladas y el Juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. ... 3. Asimismo el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas».

Se da traslado de dicho plan de liquidación al deudor y a los acreedores personados, así como a los trabajadores, en su caso, para alegaciones. No me parece acertado el tono imperativo, cuando no se hubiesen formulado observaciones o propuestas: *«el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa»*, pues debiera respetarse la opinión del Juez.

5.4. Calificación del concurso

«1. Procederá la formación de la Sección de calificación del concurso: 1.º. Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años; 2.º. En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación. 2. El concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable...» (art. 163).

Aunque se trata de una materia del máximo interés para el concurso, he agotado el espacio que me han reservado, así que queda a la decisión del Director de la Revista su posible inclusión en un número posterior.

5.5. Rendición de cuentas

Artículo 181. «1. Se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas. 2. Tanto el deudor como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de quince días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176. 3. Si no se formulase oposición, el Juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas. Si hubiese oposición, la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la Sección segunda. 4. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el Juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años».

En la **quiebra**, resulta obligado para el depositario, por el contenido de sus funciones de administración de bienes ajenos, la rendición de cuentas ante el juzgado, que deberá ser informada por el comisario (art. 1082 del viejo C. de C.), previa audiencia de la sindicatura (art.

1185 LEC, por remisión del art. 1356 de la LEC). Interesa sobremanera la observación de Moreno Murciano⁵⁹: «*El depositario debe rendir cuenta definitiva de su gestión (formal y justificada, dice el art. 1082 C. de C. de 1829) a los síndicos dentro de los quince días siguientes a su cese, que se producirá el mismo día en que dichos síndicos tomen posesión de su cargo y les haga entrega de la administración y de los bienes puestos bajo su custodia*». Igualmente, resulta obligada, como consecuencia de su propia gestión, la rendición de cuentas de la sindicatura (art. 1364 de la LEC, que se remite a las disposiciones de los artículos 1134 y 1135 del primer C. de C.). Los síndicos rendirán cuentas a la junta de acreedores, al finalizar la liquidación, o al quebrado, en el supuesto de haberse pagado a todos los acreedores o si se aprueba el convenio (arts. 1134 y 1160 del viejo C. de C.). En ambos supuestos, la única forma responsable, profesionalmente, de presentar esta rendición de cuentas, requiere de los síndicos la llevanza de la contabilidad de las operaciones realizadas, para presentar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, es decir, las cuentas anuales o los estados financieros intermedios, que entregarán con sus justificantes al juzgado o al quebrado, según proceda.

De nuevo, en el nuevo concurso, debo echar en falta la ausencia de rigor contable, pues quien administra bienes ajenos, y este es el caso de los administradores concursales, debe rendir cuentas de forma profesional, es decir, previa llevanza de una ordenada contabilidad para la presentación de documentos contables (cuentas anuales o estados financieros intermedios), a la que vienen obligados, cuando el deudor es empresario y ha sido suspendido, ex repetido art. 46.

⁵⁹ MORENO MURCIANO, Honorato, *Procedimiento de quiebras*. Barcelona, José María Bosch, 1999, pág. 241-242.