



---

**CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME**

---

**Acto que se certifica:** Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 26 de septiembre de 2019, por el que se ha aprobado el siguiente:

**INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL**

**I. ANTECEDENTES**

1.- Con fecha 20 de marzo de 2019, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Concursal. Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 561.2 LOPJ, se solicita la emisión del informe en el plazo improrrogable de treinta días. El texto remitido viene acompañado de la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto (MAIN en adelante) y de una Tabla de Correspondencias.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 27 de marzo de 2019, designó Ponente de este informe la Vocal doña María del Mar Cabrejas Guijarro.

**II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*", "*[n]ormas que afecten a la constitución,*



*organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales”, y “cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (apartados 6, 7 y 9 del art. 561.1 LOPJ).*

4.- A la luz de esta disposición legal, en una primera interpretación del alcance y sentido de la misma, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica remitido, (APLO o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del proyecto normativo que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando, con carácter general, la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

7.- En orden a determinar la base jurídica de la competencia de este Consejo respecto del informe que le ha sido solicitado, y su objeto y contenido, debe tenerse en cuenta, en primer término, que el Proyecto remitido es el resultado del ejercicio de la habilitación para la elaboración de un Texto Refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio llevada a cabo por la



disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; habilitación que, en cuanto al plazo para ser llevada a efecto, fue objeto de ampliación por virtud de la disposición final tercera de la Ley 1/2009, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. En segundo término –y sin perjuicio de lo que a continuación se dirá en la Consideraciones Generales sobre el Proyecto–, debe tenerse en cuenta que la habilitación conferida al Gobierno lo ha sido en los más amplios términos que permite el artículo 82.5 CE, incluyendo, por tanto, la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los texto legales objeto de refundición. Y en tercer lugar, ha de incidirse en el contenido del texto proyectado, que tiene por objeto, en términos generales, la regulación completa de los procedimientos de insolvencia, incluyendo el régimen de Derecho Internacional Privado de la insolvencia.

8.- Por consiguiente, la competencia del Consejo en orden a informar sobre el Proyecto legislativo remitido se encuentra directamente vinculada a la que se deriva de los ordinales sexto y séptimo del artículo 560.1 LOPJ, sin perjuicio de la que, a modo de cierre, contiene el ordinal noveno de ese mismo artículo.

9.- La naturaleza del Proyecto normativo objeto de informe determina, por su parte, el objeto, el alcance y el contenido del mismo. El texto sometido a consulta de este órgano constitucional constituye el resultado de la labor refundidora de la legislación concursal vigente para la que fue autorizado el Gobierno. No es lugar para valorar la adecuación del instrumento normativo utilizado, en atención, principalmente, a la procedencia de los preceptos objeto de refundición, pues no se oculta que el resultado de la refundición recae fundamentalmente sobre disposiciones incorporadas a la vigente Ley Concursal, si bien de forma asistemática y, en ocasiones extramuros del propio articulado, por una innumerable cadena de reformas de distinto calado, que oportunamente enumera la MAIN. Por tanto, la finalidad de la tarea refundidora se orienta, principalmente, como señala la MAIN, a estructurar y sistematizar un texto normativo que las sucesivas reformas han desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender, y aplicar y eliminar contradicciones, las normas duplicadas e innecesarias.

10.- Por consiguiente, la labor de refundición, entendida en los términos amplios con que ha sido concebida, se orienta, en primer término, a ordenar sistemáticamente el articulado del cuerpo normativo, así como a dotar de claridad a las proposiciones normativas, y a procurar mayor



claridad en el conjunto del articulado, bajo el postulado del fomento de la simplicidad, cognoscibilidad y, en definitiva, seguridad jurídica del marco legal aplicable. Y todo ello –como a continuación se desarrollará– con la mayor amplitud que autoriza el artículo 82.5 CE, lo que, por ende, permite en último extremo considerar el Proyecto remitido no como la mera formulación de un texto consolidado bajo una nueva estructura y ordenación sistemática, sino como el resultado de la labor de refundición conforme al marco de la habilitación que se ha concedido al Gobierno.

11.- De este modo se encuentra condicionada y limitada la labor del prelegislador, que tiene vedado actuar fuera de los márgenes de la autorización, ampliamente concebida, y, por tanto, incorporar nuevas proposiciones normativas, incluir nuevas figuras jurídicas o darles un tratamiento nuevo o distinto al de la legislación vigente objeto de la refundición, innovar, en suma, en ordenamiento vigente. Las nuevas y diferentes concepciones jurídicas sobre los institutos del Derecho Concursal –y preconcursal–, las diferentes orientaciones y las nuevas y distintas soluciones jurídicas a los aspectos, sustantivos y procesales, que componen la materia propia del Derecho de la insolvencia, quedan al margen del resultado de la refundición, sin más excepciones que las que representan aquellos casos en los que han sido incorporadas al acervo jurídico a través de la labor interpretativa de la jurisprudencia.

12.- Y de este modo también queda delimitado el objeto, alcance y contenido del presente informe que, coherentemente con la naturaleza del instrumento normativo remitido, con su objeto y contenido, se ha de contraer a verificar el resultado de la refundición en relación con el margen de actuación que posibilita la autorización conferida, y, conforme a dicha verificación, valorar el resultado de la regularización, aclaración y armonización proyectada, identificando, dentro de los límites de las posibilidades de integración, aquellos aspectos en los que se modifica la legislación vigente, se introducen elementos nuevos, o se dota de diferente enunciado a las proposiciones normativas, para después comprobar su justificación, bien en las orientaciones jurisprudenciales y en la práctica de los tribunales, bien, en fin, en la necesidad de respetar la lógica del sistema normativo. Y, en paralelo, el presente informe ha de poner de manifiesto aquellos aspectos a los que no alcanza la labor refundidora o respecto de los que esta, y por tanto, la regularización, la aclaración y la armonización que integran su objeto, no se agota hasta donde permiten los límites de la autorización.



### **III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PROYECTO.-**

13.- El Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, objeto del presente informe, se encuentra integrado por una Exposición de Motivos, un artículo único, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

14.- Acompaña al texto proyectado una amplia MAIN en la que se indica que, atendiendo a la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009, tal y como prevé la Disposición adicional primera del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, *la causa de este proyecto es normativa*, en tanto en cuanto tiene su origen en una habilitación legal conferida al Gobierno.

15.- Al respecto, indica expresamente la MAIN (página 8) que *"[l]a necesidad de una refundición de la normativa concursal abarcando también la regularización, aclaración y armonización de las disposiciones afectadas, ya fue advertida en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, cuya disposición final octava autorizaba al Gobierno para elaborar y aprobar, en un plazo de doce meses, a contar desde su entrada en vigor, un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La dimensión del encargo ha requerido que el mandato se reproduzca en la disposición final tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, en este caso otorgando un plazo de ocho meses"*.

16.- El proyecto remitido, de gran complejidad y amplitud, viene, asimismo, precedido por un índice, sistemáticamente ubicado con anterioridad a la parte expositiva, de manera coherente con lo dispuesto en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

17.- Sin perjuicio del estudio y análisis correspondiente a las diferentes partes integrantes del proyecto, debe ponerse de manifiesto, con carácter general, desde este momento, que atendido el contenido del citado índice y, puesto en conexión con el desarrollo del texto proyectado, se observan algunas divergencias en cuanto a la rubricación de algunos títulos y subsecciones, por lo que se sugiere su revisión, a fin de guardar la identidad necesaria entre el contenido del texto remitido y el índice que precede al proyecto.



18.- El texto refundido proyectado consta de 751 artículos distribuidos en tres libros, a su vez integrados por títulos, capítulos y, en ocasiones, secciones y subsecciones, que describe la propia MAIN, (páginas 3 a 5), en los siguientes términos, resumiendo el contenido del índice que precede al proyecto:

*"LIBRO PRIMERO. Del concurso de acreedores*

*TITULO 1. De la declaración de concurso. Seis capítulos dedicados a: los presupuestos de la declaración de concurso, la legitimación, la declaración de concurso a solicitud del deudor, la declaración de concurso a solicitud de acreedor y de otros legitimados, el auto de declaración de concurso, y los concursos conexos.*

*TITULO II. De los órganos del concurso. Dos capítulos dedicados a: el juez del concurso y la administración concursal.*

*TITULO III. De los efectos de la declaración de concurso. Cuatro capítulos dedicados a: los efectos sobre el deudor, los efectos sobre las acciones individuales, los efectos sobre los créditos y los efectos sobre los contratos.*

*TITULO IV. De la masa activa. Seis capítulos dedicados a: la composición de la masa activa, el inventario de la masa activa, la conservación y de la enajenación de la masa activa, la reintegración de la masa activa, la reducción de la masa activa y los créditos contra la masa activa.*

*TITULO V. De la masa pasiva. Cuatro capítulos dedicados a: la integración de la masa pasiva, la comunicación y del reconocimiento de créditos, la clasificación de los créditos concursales y la lista de acreedores.*

*TITULO VI. Del informe de la administración concursal. Cuatro capítulos dedicados a: el informe de la administración concursal, la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, la presentación de los textos definitivos y del fin de la fase común y la modificación de la lista definitiva de acreedores.*

*TITULO VII. Del convenio. Siete capítulos dedicados a: la propuesta de convenio, la presentación de la propuesta y de la admisión a trámite, la evaluación de la propuesta de convenio, la aceptación de la propuesta de convenio por los acreedores, la aprobación judicial del convenio, la eficacia del convenio y el cumplimiento del convenio.*

*TITULO VIII. De la liquidación de la masa activa. Siete capítulos dedicados a: la apertura de la fase de liquidación, los efectos de la apertura de la fase de liquidación, las operaciones de liquidación, la publicidad de los bienes y derechos objeto de liquidación, los informes trimestrales de liquidación, la consignación preventiva y la prolongación indebida de la liquidación.*



*TITULO IX. Del pago a los acreedores concursales*

*TÍTULO X. De la calificación del concurso. Dos capítulos dedicados a: disposiciones generales y la sección de calificación.*

*TITULO XI. De la conclusión y de la reapertura del concurso. Tres capítulos dedicados a: la conclusión del concurso, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y la reapertura del concurso.*

*TÍTULO XII. De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos. Cuatro capítulos dedicados a: la tramitación del procedimiento, el procedimiento abreviado, el incidente concursal y los recursos.*

*TITULO XIII. De la publicidad del concurso de acreedores. Cuatro capítulos dedicados a: la publicidad telemática, los edictos, los mandamientos y el Registro público concursal.*

*TITULO XIV. De los concursos de acreedores con especialidades. Dos capítulos dedicados a: el concurso de la herencia y las especialidades del concurso por razón de la persona del deudor.*

*LIBRO SEGUNDO. Del derecho preconcursal*

*TITULO I. De la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores. Tres capítulos dedicados a: la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, los efectos de la comunicación y la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso.*

*TITULO II. De los acuerdos de refinanciación. Tres capítulos dedicados a: los acuerdos de refinanciación, la homologación de los acuerdos de refinanciación y el incumplimiento del acuerdo de refinanciación.*

*TITULO III. Del acuerdo extrajudicial de pagos. Siete capítulos dedicados a: los presupuestos, el nombramiento de mediador concursal, los deberes de comprobación, el acuerdo extrajudicial de pagos, la eficacia del acuerdo, la impugnación del acuerdo y el cumplimiento del acuerdo.*

*TÍTULO IV. De las especialidades del concurso consecutivo. Cuatro capítulos dedicados a: el concurso consecutivo, las normas comunes en materia de concurso consecutivo, las especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación y las especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos.*

*LIBRO TERCERO. De las normas de derecho internacional privado TITULO I. Disposiciones generales*



*TITULO II. De la ley aplicable. Tres capítulos dedicados a: el procedimiento principal, el procedimiento territorial y las reglas comunes a ambos tipos de procedimientos.*

*TÍTULO III. Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia*

*TITULO IV. De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia.”*

#### **IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROYECTO**

19.- El artículo 82.5 Ce dispone que «La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos».

20.- Tal y como se ha indicado, la autorización conferida al prelegislador lo ha sido en los términos más amplios, comprendiendo, por tanto, la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos objeto de la refundición. Como precisa la Exposición de Motivos del Proyecto, regularizar significa ajustar, reglar y poner en orden. Aclarar supone, bien explicar alguna cosa o concepto, bien suprimir lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa. Y armonizar equivale a hacer que dos o más partes de un todo no sean disconformes.

21.- Conforme a la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional –oportunamente traídas a colación en la MAIN-, la función de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición «[s]upone la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y la literalidad de los textos para su depuración, clarificación y armonización, pero sin que el texto refundido que se apruebe pueda incluir innovaciones o modificaciones del marco legal refundido, introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes» (Dictámenes del Consejo de Estado números 838/2015 y 1013/2015).

22.- Los límites de la refundición, incluso ampliamente concebida, se encuentran en la proscripción de la innovación normativa; en otros términos, la sujeción al ámbito normativo identificado como su objeto. Ahora bien, tal y como ha puesto de relieve la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional aun obrando dentro de la técnica refundidora de respeto obligado a la delegación, esta ha de ser aplicada



con buen sentido; *«[l]o que impone recoger en el texto refundido lo posterior que modifique la materia objeto de la refundición. No puede decirse que se incurra con tal proceder en exceso "ultra vires", sino que se muestra acatamiento obligado a lo legislado y al propósito ínsito en la delegación, aparte de servir a exigencias de seguridad jurídica»* (Dictamen del Consejo de Estado número 1808/2000, con cita de la STC 13/1992, de 6 de febrero). La refundición, tanto más si se concibe con amplitud, permite *«[l]a introducción de normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática de texto refundido»* (Dictamen número 1808/2000, cit.), permitiendo, incluso, incorporar al texto refundido previsiones procedentes de disposiciones no específicamente incluidas en el objeto de la delegación, pero que guardan conexión material con la materia refundida, siempre que la reproducción sea exacta y no produzca un efecto derogatorio respecto de la previsión citada o reproducida.

23.- El resultado de la labor refundidora se ha de situar, por tanto, dentro de esos límites. Y cuando el ejercicio de las facultades de regularización, aclaración y armonización conlleva una determinada integración del contenido normativo, esta ha de venir debidamente justificada por razón de tales límites; justificación que ha de apreciarse atendiendo a la propia lógica de la norma o del conjunto del sistema normativo sobre el que recae la labor refundidora, a la doctrina jurisprudencial o a la práctica de los tribunales.

24.- Sentado lo anterior, se está en condiciones de hacer una valoración general positiva del texto proyectado. El resultado de la refundición, y específicamente de la función de regularizar, aclarar y armonizar que la compone, es un cuerpo normativo bien ordenado y estructurado sistemáticamente, claro en su contenido y preciso en la formulación de los enunciados y proposiciones normativas, con lo que se ha logrado la finalidad de dotar al texto de simplicidad, claridad, cognoscibilidad y comprensión, de certidumbre y, en fin de mayor seguridad jurídica.

25.- Este resultado se aprecia de manera especialmente visible en la estructuración del texto en tres Libros, en los que se recogen, respectivamente, las normas relativas al concurso de acreedores, a los institutos y figuras preconcursales, y al Derecho Internacional Privado de la Insolvencia. La ordenación de los Libros, particularmente del primero y del segundo, responde a estrictas razones de sistema, siendo necesario articular la regulación del concurso para poder regular, a partir de



aquella, el Derecho preconcursal. Dentro de cada Libro, la estructuración de sus diferentes capítulos obedece al curso ordinario del procedimiento concursal y de las actuaciones preconcursales; se corresponde, en definitiva, con una visión lógica del procedimiento de insolvencia. El resultado de la labor de sistematización y ordenación se hace especialmente patente en la regulación del Derecho preconcursal, la comunicación de apertura de negociaciones, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, cuyas normas se encontraban dispersas en la Ley Concursal vigente (arts. 5 bis, 71 bis, 231 y siguiente y disposición adicional cuarta). También en la regulación de la masa activa, donde se han recogido ordenadamente aquellas normas relativas a la conservación de la masa que presentaban carácter general, dejando para la regulación de la liquidación aquellas específicamente aplicable a esta fase del procedimiento, reordenando aquí las normas reguladoras de la enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial y sobre la enajenación de las unidades productivas, y regulando separadamente el pago a los acreedores. Y es significativa también la reordenación de la regulación de la masa pasiva, que responde ahora al itinerario lógico de su determinación (la determinación de los créditos concurrentes, su ordenación y clasificación, y la composición de la lista de acreedores).

26.- Por otra parte, la simplificación y claridad del texto se logra mediante la descomposición de los artículos de la vigente Ley para dar lugar a diversos y diferenciados preceptos, ordenados sistemáticamente, asignando por lo general uno para cada materia.

27.- Paralelamente, cuando la labor de regularización, aclaración y armonización comporta una determinada integración normativa, esta se encuentra, por lo general, justificada por la propia lógica del mandato normativo, por su interpretación jurisprudencial o por la práctica de los tribunales, en todo caso orientada a la funcionalidad del sistema normativo concursal como actualmente se concibe. No obstante esta apreciación general, el texto proyectado ofrece en ciertos aspectos dudas acerca de su posible encaje dentro del marco de la autorización y de los límites de la refundición. Y, en línea contraria, en otros casos se aprecia que el prelegislador no ha agotado completamente las facultades de regularización, aclaración y armonización ínsitas en la amplia delegación de la que ha sido objeto.

## **V.- EXAMEN DEL ARTICULADO DEL TEXTO REFUNDIDO**



## **LIBRO PRIMERO**

### **DEL CONCURSO DE ACREEDORES**

#### **I**

### **TÍTULO I: DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO**

#### **a) De los presupuestos de la declaración de concurso (Capítulo I)**

28.- El Proyecto mantiene, como no podía ser menos, el principio de unidad de disciplina instaurado en la LC –que se traduce en la indiferencia sobre la condición del deudor, como regla general- a la hora de configurar el **presupuesto subjetivo** del concurso (**art. 1 PTR**), sin perjuicio de las especialidades y las excepciones relativas a ciertos deudores que lo modulan. Ya el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la LC advertía de la necesidad de que el principio de unidad de disciplina fuera concebido con la necesaria flexibilidad para acoger los diversos supuestos de insolvencia.

29.- En el proyectado art. 1 se elimina el concurso de la herencia que, conforme a la sistemática seguida por el prelegislador, se lleva al Título XIV del Libro I, que acoge los concursos de acreedores con especialidades, tanto el concurso de la herencia como las especialidades por razón de la persona del deudor. En él se integra el régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como el régimen de las entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y de liquidación de valores, el régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas, y el régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las Administraciones públicas, regulados, respectivamente, en las disposiciones adicionales segunda, segunda *bis* y segunda *ter* LC, que quedan derogadas por la disposición derogatoria del PTRLC.

30.- El art. 1 del Proyecto mantiene inalterado el art. 1.1 LC, que gravita en torno al carácter del deudor, sea persona física, sea persona jurídica.



31.- Respecto del deudor persona natural, el Proyecto, como se verá, mantiene la aplicación de determinadas disposiciones específicamente referidas a las personas físicas, en ocasiones vinculadas a su estado civil y al régimen económico del matrimonio. De este modo, se vinculan a la condición de deudor persona natural, y en su caso a su estado civil, las disposiciones que inciden en la declaración conjunta, la acumulación y la tramitación coordinada de los concursos, en el reconocimiento y clasificación de los créditos, en la determinación de las personas especialmente relacionadas con el deudor, en la exoneración del pasivo insatisfecho, e incluso en la jurisdicción del juez del concurso (arts. 85.6 y 86 bis LOPJ), entre otros aspectos.

32.- Por otra parte, el Proyecto elude hacer referencia a la capacidad, a la falta o limitación de la capacidad jurídica y de obrar, ya sea por razón de la edad, ya por razón de discapacidad. En rigor, la falta o limitación de la capacidad no incide en la determinación del presupuesto subjetivo del concurso, por más que lo haga en la representación del deudor menor o con discapacidad (cfr. arts. 162, 172, 267, 271, 279, 286 y 299 CC), o en la administración de sus bienes, con proyección sobre la capacidad procesal para intervenir en el concurso, para administrar los bienes del deudor en los casos de intervención de las facultades del deudor, y con proyección también en la declaración de concurso culpable del deudor, de haber mediado dolo o culpa grave *"del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales"* en la generación o agravación de la insolvencia (cfr. art. 164.1 LC), así como, en fin, en la realización de alguna de las conductas que determinan tal calificación o que presumen la culpabilidad del concurso (cfr. arts. 164, 165 y 172.2.1º LC). No cabe olvidar que el Proyecto no afecta a la vigencia de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que configura este patrimonio protegido como un patrimonio afecto o de destino, pero no carente de titular, lo que, según autorizado criterio, impide declarar el concurso del mismo sin declarar el concurso de su titular, de manera que tampoco, en puridad, incide en la determinación del presupuesto subjetivo del concurso.

33.- Respecto del deudor persona jurídica, el presupuesto subjetivo continúa erigiéndose en torno a la personalidad jurídica del deudor. Concurriendo la nota de la personalidad jurídica, comprende todo tipo de entidades, tengan configuración societaria, asociativa o fundacional, y sea cual sea el objeto y la finalidad que persiguen. La excepción se encuentra – y se mantiene en el art. 1.2 del Proyecto– en las entidades que integran la



organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

34.- Con esta configuración del presupuesto subjetivo referido al deudor persona jurídica subsisten, sin embargo, las dudas sobre ciertas entidades en las que no concurre la nota de la personalidad jurídica, pero que operan en el tráfico jurídico y económico y contraen obligaciones. Así sucede con las sociedades y entidades no inscritas, siendo la inscripción requisito constitutivo para la adquisición de la personalidad jurídica, supuestos en los que el ordenamiento jurídico establece reglas para atribuir la responsabilidad de los actos y negocios jurídicos celebrados en su nombre antes de la inscripción, ya a quienes los hubiesen celebrado, ya a los administradores, mandatarios o patronos, ya a la propia sociedad o entidad en formación con cargo al patrimonio formado por las aportaciones de los socios o miembros, ya a estos mismos (vid., ad. ex., arts. 26 a 38 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, art. 9 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, o art. 13 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Es el caso de las sociedades en formación, respecto de las cuales se mantiene abierto el debate acerca de la posibilidad de ser declaradas en concurso, debate alimentado por el inciso final del art. 24.2 LC, que contempla la situación de la entidad concursada no inscrita y de su inscripción en el Registro previamente a la inscripción de la declaración de concurso, y acerca del carácter meramente instrumental de la inscripción, así como sobre la aplicación a las entidades irregulares de las reglas de las sociedades colectivas o de las sociedades civiles, no obstante su inscripción en el Registro.

35.- Estas dudas se suscitan también respecto de las sociedades declaradas nulas, desde la declaración de nulidad y la subsiguiente apertura de la liquidación (art. 57.1 TRLSC). No es tan dudosa, en cambio, la posibilidad de concurso de las sociedades o entidades en liquidación, que mantienen su personalidad jurídica, teniendo en cuenta que conforme al art. 145.3 LC la liquidación de la entidad concursada determinará la disolución de la misma, si no estuviera acordada. El concurso de las sociedades canceladas es concebible a la vista de lo dispuesto en el art. 400 TRLSC, que habilita a los liquidadores a realizar, cuando fuese necesario, actos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral, y considerando que la sociedad cancelada se regirá por las reglas de la sociedad irregular. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la posibilidad de reapertura del concurso concluido por insuficiencia de masa activa con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración (art. 179.3 LC), así



como la eventual impugnación de las operaciones de liquidación y la reconstrucción de la masa de la sociedad cancelada como consecuencia de acciones revocatorias, y la incidencia de la calificación del concurso como culpable respecto de los cómplices y la restitución a la masa de la sociedad cancelada de los bienes que salieron indebidamente de ella, así como las indemnizaciones que deban satisfacer los administradores, liquidadores y apoderados generales en los términos de los arts. 172.2 y 172 *bis* LC.

36.- Y dudosa es también la posibilidad del concurso de comunidades de bienes que actúan en el tráfico de forma unificada y con autonomía patrimonial, cercanas al régimen de las sociedades irregulares, colectivas o civiles –no así el de las cuentas en participación, carentes de patrimonio común -, y de las uniones temporales de empresas que, si bien carecen de personalidad jurídica propia, presentan un cierto grado de personificación y autonomía en el tráfico jurídico y económico que permite pensar en la posibilidad de concurso con independencia del concurso de los integrantes de la unión.

37.- Por otra parte, ante la excepción que establece el art. 1.3 LC, y ahora el art. 1.2 del PTRLC respecto de las entidades de derecho público, se mantienen las dudas sobre las personificaciones jurídico-públicas instrumentales o institucionales, ya de naturaleza corporativa, ya fundacional, organismos autónomos o entidades públicas empresariales [cfr. arts. 88 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)], las autoridades administrativas independientes a que se refieren los arts. 109 y 110 de la LRJSP y los fondos sin personalidad jurídica a que se refiere el art. 84.1 f) de la LRJSP.

38.- A falta de criterios jurisprudenciales que permitan una clarificación de tales dudas en el texto refundido, se ha de estar al contenido normativo vigente, so pena de traspasar los límites de la autorización. Y ello, aunque se deba admitir que el criterio para excepcionar del concurso a las entidades de derecho público puede ser cuestionable, pues parece preferible atender al régimen jurídico (público-privado) de la actuación de estas entidades en el tráfico jurídico antes que a su caracterización por razón de la titularidad.

39.- El **art. 2 PTRLC** regula, como el actual art. 2 LC, **el presupuesto objetivo** del concurso, que gravita sobre la insolvencia, actual o inminente, del deudor común, estando bien definida en la doctrina y en la práctica de los tribunales la diferencia entre desbalance, iliquidez e insolvencia, y siendo pacífica la distinción entre insolvencia, endeudamiento y sobreendeudamiento, sin perjuicio de la incidencia que una situación de



sobreendeudamiento pueda tener de cara a la insolvencia -futura e inminente- del deudor.

40.- También, aunque vinculados entre sí, se encuentran bien diferenciados los conceptos de pérdidas societarias cualificadas e insolvencia. De conformidad con el art. 363.1 e), en relación con los arts. 365 y 367 TRLSC, y con el vigente art. 5 LC, solo cuando tras las pérdidas societarias cualificadas que produzcan un déficit patrimonial, no en relación al pasivo exigible, sino en relación al capital nominal, subyazca una situación de insolvencia actual, los administradores sociales habrán de solicitar la declaración de concurso, sin posibilidades alternativas de convocar la junta para acordar la disolución de la sociedad o instar la disolución judicial (vid. STS, Sala Primera, de 15 de octubre de 2013, ECLI: ES:TS:2013:5183), y sin perjuicio de la posible responsabilidad por deudas ex art. 367.1 TRLSC en que los administradores hubieran podido incurrir antes del concurso, cuya declaración suspende, por ende, el ejercicio de la acción de responsabilidad (cfr. arts. 50.2 y 51.1 bis LC, y 136.1-2º y 139.1 PTRLC, y STS de 15 de octubre de 2013, cit.).

41.- Debe tenerse presente que la obligación de solicitar el concurso por pérdidas societarias cualificadas se ha visto afectada por el Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptaron medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas complementarias, que precisó el concepto de "*patrimonio neto*", modificando el art. 36.1 C.Com. De este modo, se enervaba la causa de disolución por pérdidas graves si estas procedían del inmovilizado material, de inversiones inmobiliarias y de existencias, introduciendo un ajuste extracontable que, sin embargo, no tuvo reflejo en el presupuesto objetivo de la apertura del concurso y en el concepto de insolvencia, que está al margen de la imagen contable y del modo en que se contabilicen las pérdidas.

42.- Vinculada al presupuesto objetivo se encuentra la presunción de insolvencia por incumplimiento de un acuerdo extrajudicial de pagos ex art. 241.3 LC, y en el texto proyectado ex art. 693, que abre el concurso consecutivo.

43.- Y en la distinción entre insolvencia e insuficiencia o inexistencia de masa activa, actualmente, y tras el debate en abierto en las Audiencias Provinciales, parece no abrigarse duda alguna acerca de que la inexistencia e insuficiencia de masa activa "*ab initio*" constituye una causa de conclusión del concurso, no causa de inadmisión de la declaración del concurso, a la



vista de lo dispuesto en los arts. 176.1-3º, y 176 bis.4, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal.

44.- El **art. 2.2** del texto proyectado introduce de manera expresa, junto con la situación de insolvencia en que deberá fundarse la solicitud de declaración de concurso, la existencia de una *pluralidad de acreedores*. Este elemento integrador del presupuesto objetivo del concurso no se contiene en el artículo 2 de la LC, pero es consustancial a la configuración del concurso de acreedores como un proceso de realización colectiva, contrapuesto a la ejecución singular. En cualquier caso, es un elemento que está presente en la propia significación del término "*concurso*", y que se desprende de los arts. 2 y 3.1 de la LC, así como de otros diversos preceptos de la vigente Ley, como los arts. 6.4º, 15, 19.3, 21.1.5º, 76, 75.2.2º, etc. No obstante, alguna resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado ha considerado que la pluralidad de acreedores no integraba el presupuesto objetivo del concurso (vid. Res. de 2 de junio de 2012), y desde algún sector doctrinal se ha argumentado en ese sentido con apoyo en el art. 2.4 de la LC, que se refiere a la pluralidad de obligaciones, no de acreedores, o en el art. 19.3 de la LC. Con todo, la existencia de la pluralidad de acreedores es un requisito generalmente exigido por los juzgados y tribunales con competencia en materia mercantil (*vide*, entre otros, AAP Madrid, Sección 28ª, y 21 de marzo de 2014, ECLI:ES:APM:2010:19088A; y ES:APM:2013:542ª, respectivamente), por lo que su inclusión expresa en el art. 2.2 del texto proyectado queda dentro del margen de clarificación que permite la autorización legislativa.

45.- La insolvencia actual se construye en torno a la idea del cumplimiento regular de las obligaciones exigibles. La regularidad en el cumplimiento apunta, por tanto, al cumplimiento al vencimiento de la obligación y de conformidad con lo pactado (art. 1157 CC), mediante el uso de medios ordinarios y mediante el ejercicio ordinario de la actividad, matiz este generalmente exigido por los juzgados y tribunales de lo mercantil, y que se opone, por tanto, al abuso del crédito o a la celebración de negocios jurídicos que, de darse, quedarán incluidos en aquellos que son objeto de las acciones rescisorias previstas en el art. 71 de la LC. Por el contrario, permite el acceso al crédito en condiciones de mercado, y también negocios jurídicos con efectos liberatorios, como la dación en pago bajo determinadas circunstancias. La exigibilidad de la obligación, por su parte, se ha de identificar con la condición de ser reclamable judicialmente por vía de acción.

46.- Aun cuando el contenido de la autorización permitiría incluir en la norma estos rasgos aclaratorios, el texto proyectado ha prescindido de



introducir precisión alguna respecto de estos elementos integradores del presupuesto objetivo del concurso –la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones y su exigibilidad–, habiéndose limitado a reformular los apartados segundo y tercero del art. 2 LC, que pasan a integrar el apartado tercero del art. 2 del PTR.

47.- El apartado **cuarto del art. 2** del Proyecto recoge, con una nueva ordenación, las manifestaciones externas de la insolvencia actual o inminente (los “*hechos de concurso*”) que, en el caso de concurso voluntario, tienen carácter de “*numerus apertus*”, como se desprende del art. 14.1 LC, que dispone que en el caso de que la solicitud hubiese sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso «*[s]i de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2 u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor*»; precepto que en el Proyecto se traslada, en sus diferentes aspectos, a los **artículos 6.1, 7-1º y 10.2**.

48.- Debe tenerse en cuenta, no obstante, que también integran esa relación de hechos del concurso, en la medida en que dan paso al concurso consecutivo (arts. 227 a 242 LC, introducidos por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre), la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, el incumplimiento del plan de pagos o la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado, y, en relación con la legitimación del mediador para instar el concurso, la no aceptación del plan propuesto o el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (cfr. arts. 238.3 LC y 241.3 LC), presumiéndose en este último caso que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia; presunción que, debe entenderse, tiene carácter “*iuris tantum*” y que el deudor puede destruir en el trámite de oposición ex arts. 18 y 19 LC, y ahora ex art. 20 PTR. Por tanto, no se estaría ante uno de los supuestos de declaración automática del concurso previstos en el art. 15.1 LC y en el art. 14.2-1º del Proyecto.

49.- Paralelamente, ha de tenerse en cuenta que si bien en el caso de concurso necesario los hechos externos del art. 2.4 LC tienen carácter de “*numerus clausus*”, han de entenderse completados con la implícita ampliación que se deriva del art. 15.1 LC, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal, que se refiere a la solicitud deducida por un acreedor fundada en un «*[e]mbargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia [...]*».



50.- Este último hecho externo se ha recogido en el **ordinal primero del apartado 4 del art. 3** del Proyecto; no así, en cambio, el referido a la "*investigación infructuosa de patrimonio*", lo que es cuestionable, en la medida en que, aunque funcionalmente conectado al embargo, presenta en la ley una autónoma individualización como hecho externo, y en la medida también en que el embargo infructuoso se identifique con el supuesto contemplado en el ordinal 2º del apartado 4 del art. 2 LC, y ahora en el **ordinal 3º del apartado 4 del art. 2 del Proyecto**, referido a la existencia de embargos por ejecuciones pendientes o en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

51.- Por lo demás, el apartado 4 del art. 2 se limita a reordenar los hechos externos de concurso contemplados en el art. 2.4 LC.

### **b) La legitimación (Capítulo II)**

52.- **La legitimación** para solicitar la declaración del concurso se regula en el capítulo II de este Título I del TR, en los **artículos 3 y 4**, en términos similares a los recogidos en los arts. 3 y 4 LC. No obstante, cabe hacer algunas consideraciones que podrían ser tenidas en cuenta por el prelegislador, sin salirse del marco de la autorización, y en la medida en que pueden redundar en la armonización y clarificación normativa.

53.- Ha de tenerse en cuenta, en primer término, la legitimación del mediador para la declaración del concurso consecutivo. La razón de su omisión se explica, no obstante, por la regulación de las especialidades del concurso consecutivo en el Título IV del Libro II del PTR, en cuyo art. 704.1 se contempla la legitimación del mediador.

54.- También debe tenerse en cuenta la legitimación de *los miembros o integrantes de las entidades que, conforme a las normas que les sean de aplicación, sean personalmente responsables de las deudas de aquella*. Tal cosa sucederá, por ejemplo, respecto de los socios colectivos de las sociedades colectivas y comanditarias simples, y también (aun tratándose de una sociedad de capital) respecto de los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones (arts. 127, 148 y 151 CCom), y los socios comanditarios en el caso del art. 147 CCom. (inclusión del nombre del socio comanditario en la razón social). Asimismo, respecto de los miembros de una agrupación de interés económico, y del socio único de una sociedad de capital cuando, por falta de publicidad de la unipersonalidad, responda



personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales durante el período de la unipersonalidad.

55.- Lo mismo sucede con la eventual *legitimación de los administradores judiciales ex art. 632.1 LEC, o de quienes ostenten la representación voluntaria o los apoderados del deudor con quienes hubiesen cooperado los cómplices ex art. 166 LC*. Y habría que considerar la también eventual legitimación de *los garantes del deudor* que no hayan actualizado su obligación de garantía y no gocen del beneficio de excusión, así como de *las asociaciones de consumidores y usuarios ex art. 11 LEC*, cuando actúen, no en defensa de intereses difusos, sino en representación de sus asociados, y en ejercicio de un mandato representativo.

56.- Esta diferente legitimación -de la que, por demás, se hacen eco tanto el art. 5.2, que se refiere a "*cualquier otro legitimado*", como el art. 13 del texto proyectado, al referirse a los "*demás legitimados*" distintos del acreedor-, podría reflejarse en la norma proyectada, con una finalidad armonizadora e integradora, dejando a salvo la eventualidad de otros legitimados distintos del deudor y de los acreedores, mediante una fórmula similar a "[s]in perjuicio de la legitimación que resulte de otros preceptos de esta Ley y de otras leyes...".

### **c) La declaración de concurso (capítulos II y IV)**

57.- El Proyecto articula de forma sistemáticamente diferenciada la **declaración de concurso a solicitud del deudor** (capítulo III del Título I), que comprende la regulación del deber de solicitar la declaración, la solicitud del deudor -su contenido, los documentos generales y los documentos contables y complementarios que han de acompañarla, así como la justificación de su falta de aportación- y la provisión sobre la solicitud, y **la declaración del concurso a solicitud del acreedor y de otros legitimados** (capítulo IV del Título I), que se desdobra en la regulación de *la solicitud de -sic- acreedor* y de otros legitimados, de la provisión sobre la solicitud, de la oposición del deudor, y de la resolución sobre la solicitud.

58.- El **art. 5 del PTR** reproduce los términos del art. 5 LC, con la precisión de que aquel, al conocimiento de la insolvencia, añade el calificativo de "*actual*", lo que ya se desprendía de la Exposición de Motivos de la LC (cuyo apartado II, párrafo 8, dice: «[E]l deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiere debido conocer su



*estado de insolvencia, pero tiene la facultad de anticiparse a este») y del tenor de su art. 5.2, por cuanto la presunción "iuris tantum" del conocimiento de estado de insolvencia cuando hubieren acaecido alguno de los hechos externos del concurso que pueden fundamentar la solicitud de concurso necesario conduce a entender la insolvencia como "actual", en la medida en que estos hechos son manifestaciones externas de una insolvencia actual.*

59.- **Los arts. 6, 7, 8 y 9** del texto proyectado son trasunto del art. 6 LC, que se desdobra y se reestructura en aquellos cuatro artículos.

60.- Entre los **documentos generales** que ha de aportar el deudor con su solicitud (art. 7) se encuentra la memoria, respecto de la cual el Proyecto, junto con el deudor persona casada, ha incluido también al deudor con pareja inscrita, estableciendo respecto de este la obligación de indicar la identidad de la pareja. Esta previsión, novedosa, puede encontrar diversa justificación, de forma que permita considerarla dentro del margen de la habilitación normativa. Por un lado, cabe encontrar su justificación en el hecho de que, reconocidas por el ordenamiento jurídico las uniones de hecho, y no siendo ignoradas por la LC, puedan los convivientes pactar un determinado régimen económico que rija su relación, con trascendencia en orden a la responsabilidad por las deudas contraídas por ellos. Por otro lado, es relevante la identidad del conviviente en la medida en que forma parte de las personas especialmente relacionadas con el concursado, y de cara a la clasificación de los créditos que estas tengan con el concursado como subordinados (artículo 92-5º, en relación con el art. 93.1 LC, y arts. 281.1-5º y 282 del PTR). Y es relevante también, entre otros aspectos, en orden a activar la presunción de perjuicio patrimonial en el caso previsto en el ordinal 1º del apartado 3 del art. 71 LC y, en el texto proyectado, en el art. 228-1º, así como en orden a la declaración conjunta de concurso (art. 25.3 LC y 40 PTRLC) y a la acumulación de concursos ya declarados (art. 25 bis.1-6º LC y 41.2 PTRLC). De ahí, por tanto, se establece el deber de notificar el auto de declaración de concurso a la pareja del concursado, cuando esta unión de hecho se encontrara inscrita (art. 33.2 PTR).

61.- Cabría considerar también dentro del marco de la habilitación, en la medida en que constituya una integración armonizadora del precepto, la conveniencia de introducir en el segundo párrafo del ordinal 1º del art. 7, en lo relativo a las indicaciones que ha de contener la memoria respecto del deudor persona casada, la expresión de la fecha de constitución del régimen económico, relevante a efectos del ejercicio de las acciones rescisorias, así como la referencia a eventuales anteriores matrimonios del deudor y a las eventuales resoluciones de nulidad, sobre todo en los dos años anteriores a



la declaración de concurso, con incidencia en la determinación de la masa activa y pasiva, en el deber de alimentos (arts. 77.2 y 94.2 LC y art. 124 PTR, en relación con los arts. 142 y ss del CC) y en la eventual subordinación crediticia (art. 93.1-1º LC y 282-1º PTR). Y cabría considerar también, siempre dentro del marco de la habilitación, la relevancia que presenta cualquier acto de oposición al ejercicio de la actividad empresarial por el cónyuge y de eventuales revocaciones para vincular determinados bienes comunes o privativos, en los casos en que el deudor es empresario (art. 6 CCom).

62.- Es significativa, por otra parte, la supresión en el ordinal segundo del art. 7 PTR de la referencia al valor "real" actual en que han de estimarse los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor y se consignen en el inventario (cfr. art. 6.2-3º LC). El proyecto solo exige que el inventario refleje el valor actual de los bienes y derechos del deudor. Más relevante que esa omisión puede ser, empero, que el valor estimado responda a criterios de empresa en funcionamiento (*going concern*) o de liquidación, si se ha solicitado esta, de acuerdo con los criterios del plan general contable.

63.- Respecto de los **documentos contables y complementarios** que ha de presentar el deudor, el art. 8 del texto proyectado introduce la precisión de que las cuentas anuales y, en su caso, los informes de gestión y de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios han de ser los de *los ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, estén o no aprobadas dichas cuentas*. Lo mismo se hace al referirse el apartado segundo de este mismo artículo a los documentos que ha de presentar el deudor que forme parte de un grupo de sociedades.

64.- Estas precisiones quedan dentro de las facultades de aclaración y armonización que concede la autorización. Responden a la idea de precisar a qué ejercicios han de venir referidas las cuentas en relación con el momento de la solicitud, reafirmando algo que, no por ser obvio, no merezca ser consignado, cual es el hecho de que las cuentas e informes de gestión y auditoría han de corresponder a ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud; y de otra parte, se da respuesta a las dudas que se suscitaban en aquellos casos en los que las cuentas no habían sido formuladas o aprobadas, no se habían presentado a depósito o este hubiese sido rechazado, o estuvieran pendientes de verificación contable. Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que la falta de formulación y depósito de las cuentas se suple por la formulación y depósito por la administración concursal, tal y como dispone el art. 75.1 LC, y en el texto proyectado, en los arts. 115 y 116.



65.- Por otro lado, debe tenerse presente que la falta de aportación de los documentos exigidos o la presentación incompleta de los mismos y la omisión de la expresión en la solicitud de la causa (arts. 6.5 LC y 9 PTR) no exime del deber de presentarlos de forma íntegra, a cuyos efectos, y siguiendo las exigencias jurisprudenciales, el art. 13.2 LC –en la redacción dada por la Ley 38/2011–, y ahora el art. 11 del texto proyectado, articulan un trámite de justificación o subsanación, debiendo valorar el juez la realidad o suficiencia de la justificación alegada. Sería conveniente, por ello, en aras a dotar de mayor claridad al texto proyectado, establecer en él la conexión entre el art. 9 y el art. 11.

66.- Los **arts. 10, 11 y 12** del PTR se refieren a la **provisión de la solicitud del deudor**, que se corresponden con los arts. 13 y 14 LC. La redacción proyectada mejora la claridad de la regulación vigente, por cuanto al referirse al examen por el juez de la concurrencia de los presupuestos del concurso, elude la mención que hace el art. 14.1 LC a *“los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor”*, para referirse ahora a la concurrencia de *“los presupuestos subjetivo y objetivo para la declaración”*, lo que resulta más adecuado teniendo en cuenta que en el concurso solicitado por el deudor no rige el sistema de *“hechos de concurso”* y de *“numerus clausus”*, sino de *“numerus apertus”*.

67.- Por otra parte, en el art. 11.2 se introduce la obligación de notificar la resolución por la que se concede el plazo para justificar o subsanar las deficiencias de la documentación *“a los organismos y a las administraciones públicas a las que deba notificarse la declaración de concurso”*. El art. 21.4 y 5 LC dispone la comunicación del auto de declaración de concurso a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a la Tesorería General de la Seguridad Social, y, en su caso, al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al gestor de los sistemas a que pertenezca la entidad afectada, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y al Ministerio de Trabajo e Inmigración. El texto proyectado, sin embargo, al referirse en el art. 33 a la notificación del auto de declaración de concurso, dispone que este se notificará a las partes que hubiesen comparecido, al cónyuge y, en su caso, a la pareja inscrita del concursado, sin hacer mención de las administraciones públicas y organismos a que se refiere el art. 21 de la LC. Las comunicaciones a estas se contienen en los arts. 571 y 572 del texto proyectado, al regular las especialidades del concurso por razón de la persona del deudor. Por tanto, la previsión del apartado segundo del art. 11 PTR ha de entenderse referida a estos preceptos.



68.- Con todo, la LC no contempla esta comunicación del auto por el que se acuerda otorgar un plazo para la justificación y subsanación de la omisión o defecto documental, comunicación que, por lo demás, no cuenta con la debida explicación por parte del prelegislador en cuanto a su objeto y finalidad, por lo que se sugiere reconsiderar su inclusión en el texto proyectado.

69.- El artículo 12, conforme al cual *solo* cabrá recurso de reposición contra el auto de inadmisión o desestimación de la solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor, recoge lo dispuesto en el art. 14.2 LC. Se han de entender superadas de este modo las dudas surgidas en cierto sector doctrinal por razón del carácter definitivo de esta resolución, y sobre la posibilidad de ser susceptible de recurso de apelación ex art. 455.1 LEC, no obstante el tenor del art. 197.3 y 4 LC–los arts. 545 y 546 del Proyecto-, que sujetan al recurso de reposición los autos del juez del concurso, y difieren a la apelación más próxima la impugnación de los autos resolutorios de los recursos de reposición. Dudas alimentadas, por lo demás, por lo dispuesto en el art. 20.2 LC, que se recoge ahora en el art. 25.1 del PTR, conforme al cual contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de declaración de concurso presentada por el acreedor o por cualquier otro legitimado distinto del deudor podrá interponerse recurso de apelación. No ha de olvidarse que en las Conclusiones del primer encuentro de la especialidad mercantil (Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004), en la sesión de trabajo dedicada a la declaración de concurso, se entendió que contra estas resoluciones únicamente cabe el recurso de reposición, pese al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que contra los autos definitivos, que ponen fin al litigio en una instancia, cabe el de apelación –art. 455.1 en relación al 207.1, ambos de la LEC-, sin que el adverbio “*sólo*” del art. 14.3 LC, que no existe en el art. 13.2 LC, tenga trascendencia.

70.- El capítulo IV de este título (**arts. 13 a 20 del texto refundido**) regula la **declaración de concurso a solicitud de acreedor y de otros legitimados y la provisión sobre la solicitud.**

71.- El **art. 13** mejora la dicción del art. 7.1 LC, y al referirse a la expresión en la solicitud del “*hecho o hechos externos reveladores del estado de insolvencia de entre los enumerados en esta ley*” es más respetuoso con la ampliación de los hechos de concurso, que, como se ha visto, no se limitan a los enumerados en el art. 2.4 LC y ahora en el precepto homónimo del texto proyectado.



72.- El **art. 14**, por su parte, al tratar la provisión de la solicitud, equipara el trámite al de la solicitud del deudor (art. 10), lo que, por lo demás, se ajusta a lo dispuesto en el art. 13.1 LC. Sin embargo, es objetable que no se traslade a la provisión sobre la solicitud de acreedor o de otros legitimados la previsión del art. 13.2 LC relativa a la concesión de un plazo de justificación o de subsanación, y a la resolución subsiguiente, así como al recurso procedente.

73.- El apartado segundo de este mismo art. 14, en su ordinal primero, que recoge los casos en los que procede la declaración de concurso *inaudita parte*, no se ajusta al tenor del art. 15.1 LC. Conforme a este, la declaración inmediata de concurso, sin audiencia del deudor, procede en los casos en que la solicitud se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia. El ordinal primero del art. 14.2 del Proyecto de texto articulado reserva esta declaración a los casos en que la solicitud se fundara «*[e]n la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor siempre que sea firme; en la existencia de un título por el cual se hubiera despachado ejecución o apremio sin que del embargo hubieren resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago, o en la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor [...]*».

74.- Si bien la exigencia de firmeza de la declaración judicial o administrativa de insolvencia no excede de las posibilidades de aclaración que permite la autorización normativa, y aunque cabe considerar comprendido en el precepto el embargo infructuoso como fundamento de la solicitud, la norma proyectada pudiera exceder no obstante de la que ha de ser objeto de la refundición por cuanto incluye entre los supuestos que permiten la declaración automática e *inaudita parte* del concurso «*[l]a existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor*», hecho externo de insolvencia que tiene autonomía respecto del embargo infructuoso, y, por el contrario, soslaya la investigación del patrimonio infructuosa, que, si bien, como se ha dicho, se encuentra funcionalmente vinculada al embargo sin resultado positivo, constituye un hecho externo de insolvencia que presenta autonomía respecto de este.

75.- El **art. 15 PTR**, relativo a la acumulación de solicitudes, recoge la previsión del art. 15.2, segundo párrafo, LC, que dispone que admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida; pero admitiría, sin salirse del marco de la



autorización normativa, la precisión de que la prioridad vendrá determinada por la fecha de presentación seguida de la admisión de la solicitud, tal y como hace el art. 22 LC, que atiende a la primera solicitud, entendida en esos términos, para calificar el concurso de voluntario o de necesario, y por razón del criterio para determinar el nacimiento de los efectos de la litispendencia (art. 410 LEC).

76.- El **art. 16** regula el emplazamiento del deudor. El precepto no diferencia los supuestos en que la declaración del concurso procederá *inaudita parte* por concurrir alguno de los hechos externos previstos en el ordinal primero del art. 14.2 PTR. Por otra parte, puesto el precepto en conexión con este último, permanecen las dudas que suscita la interpretación del art. 15.2 LC acerca de si previamente a admitir a trámite la solicitud el juez del concurso ha de verificar la concurrencia de la legitimación del solicitante y del hecho externo, tal y como sostiene un sector doctrinal con apoyo en el art. 7.2 LC, o si, como mantiene cierta jurisprudencia de Audiencias Provinciales (cfr. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª, de 3 de mayo de 2007, ECLI:ES:APB:2007:5016ª), la acreditación de estos presupuestos queda diferida al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, momento en que se precisará la naturaleza y cuantía de la deuda. La lectura del art. 14.2 PTR parece no obstante apuntar en aquella dirección, al decir que «*[s]i el juez se considera competente y si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la legitimación del solicitante y que concurre el presupuesto subjetivo para la declaración [...]*».

77.- Por lo demás, el art. 16 PTR enlaza con el art. 184.7 LC, cuyo último inciso se incorpora al apartado tercero del art. 16, conforme al cual, agotadas todas las vías para el emplazamiento del deudor, el juez podrá declarar el concurso con base en los documentos que acompañaren a la solicitud, a las alegaciones del solicitante o solicitantes y a las averiguaciones que se hubieran realizado. Adviértase que el precepto proyectado dispone que el juez “*podrá declarar el concurso*”, a diferencia de lo que establece el art. 184.7 LC, que autoriza al juez, en tales supuestos, a “*dictar el auto de admisión del concurso*”; siendo esta una corrección lógica, pues la admisión a trámite de la solicitud es previa al emplazamiento del deudor.

78.- El **art. 17** del texto proyectado, relativo a la subsanación de la solicitud del acreedor u otro legitimado, es trasunto del art. 11 PTR, y proviene del art. 13.2 LC. Sería conveniente, con todo, que el enunciado del artículo incluyese, junto al acreedor, a los otros legitimados.



79.- Los **arts. 18 y 19** reproducen los arts. 17 y 18.1 LC, relativos, respectivamente, a las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso, y al allanamiento del deudor. Respecto de las primeras, cabría sugerir que se introduzca la aclaración, dentro de los márgenes de la autorización, de que la remisión a la LEC lo es a la forma de adopción de la medida y contenido de la misma, no al régimen de oposición y recursos previsto en los arts. 733 y 735 LEC.

80.- Los **arts. 20 a 23**, incluidos, versan sobre la oposición del deudor, la celebración de la vista y la proposición y práctica de la prueba. Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones: i) el art. 20 incluye de forma expresa la falta de legitimación del solicitante entre los motivos de oposición del deudor. El art. 18.2 LC no contempla, en cambio, este motivo de oposición, habiéndose dado por los tribunales respuesta dispar tanto a la posibilidad de alegar la falta de legitimación del acreedor en este trámite como respecto de su alcance. Así, se argumenta que la oposición no es el trámite idóneo para verificar la efectiva realidad del crédito, remitiendo el juicio sobre la existencia y cuantía del mismo a la comunicación y reconocimiento de créditos o a la impugnación de la lista de acreedores (cfr. AAP Barcelona, Sec. 15ª, de 11 de junio de 2007, cit.). Por el contrario, se admite tal posibilidad en los casos en que es patente la inexistencia del crédito (por pago o por cualquier otra forma de extinción del mismo) o su inexigibilidad (por prescripción, caducidad, etc.) (cfr. AAP Madrid, Sección 28ª, de 28 de junio de 2010, ECLI:ES:APM:2010:8226A). El prelegislador ha optado por incluir de forma expresa la falta de legitimación del solicitante, lo que, visto el tenor del art. 18.2 LC, que se expresa en términos potestativos –lo que sugiere la posibilidad de oponerse por motivos de fondo distintos al de la insolvencia-, así como del art. 19.4 LC, que contempla el supuesto de falta de condición de acreedor en el solicitante –como ahora el art. 22.4 del texto proyectado-, cabe considerar esta ampliación del contenido normativo dentro del marco de la autorización conferida para la refundición; ii) del mismo modo, ha introducido la precisión de que la falta del estado de insolvencia del deudor puede venir referida tanto al momento de la solicitud de la declaración de concurso, como al momento de la oposición, precisión esta que, como en el caso anterior, cabe dentro de las posibilidades de actuación que confiere la autorización, en la medida en que el estado de insolvencia del deudor, como presupuesto objetivo del concurso, ha de darse en el momento de su declaración (cfr., entre otros, AAP Madrid, 27 de abril de 2012, con cita de precedentes anteriores, ECLI: ES:APM:2012:6907A); iii) también se encontraría dentro de los límites de la autorización, en la medida en que serviría para armonizar lo dispuesto en el art. 18.2 LC, y ahora en el art.



20.2 *in fine* del texto proyectado, la precisión de que la solvencia del deudor podrá acreditarse no solo contablemente, sino por cualquier otro medio de prueba, tal y como se desprende de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 18.2 LC y en el proyectado art. 21; y iv) el art. 21 establece que la vista se celebrará en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que el deudor hubiera formulado la oposición, lo que es reproducción del art. 19.1 LC, y elimina de este modo la contradicción que se daba entre este precepto y el último inciso del art. 28.2 LC.

81.- Los **arts. 24 a 27**, ambos inclusive, recogen lo dispuesto en el art. 20 LC respecto de la resolución sobre la solicitud y los recursos procedentes. El texto proyectado, que elimina la expresión "*en todo caso*", referida al recurso de apelación previsto en el art. 20.2 LC, clarifica el precepto, que debía entenderse referido al concurso necesario, lo que ahora se expresa con claridad en el art. 25.1. En él, con todo, ha de añadirse, después de "*la solicitud de declaración*", la preposición "*de*".

82.- El prelegislador ha prescindido del adverbio "*únicamente*" al establecer la procedencia del recurso de reposición contra los pronunciamientos del auto distintos del referido a la estimación o desestimación de la solicitud de declaración del concurso, lo que alienta la duda, ya presente en la interpretación del art. 20.2 LC, acerca de si en el recurso de apelación interpuesto contra el pronunciamiento sobre la estimación o desestimación de la solicitud puede incluirse la impugnación de otros pronunciamientos distintos a este.

83.- Por otra parte, el **art. 26** introduce un precepto de nuevo cuño, que establece que, en el caso de que, interpuesto recurso de apelación contra el auto de desestimación de la solicitud, el recurso fuera estimado por el tribunal superior, en el auto se fijará como fecha de la declaración de concurso la de la resolución apelada. Es una disposición meramente aclaratoria que es consecuencia del contenido estrictamente revisor del recurso de apelación, que en otros términos se manifiesta a través de la proscripción de la *mutatio libelli* y de la regla "*pendente apelatione, nihil innovetur*".

84.- El capítulo V regula **el contenido, la notificación y la publicidad del auto de declaración de concurso**. Respecto del mismo, se advierte que el proyectado **art. 28**, al referirse al contenido del auto, omite el pronunciamiento relativo a las eventuales medidas cautelares, así como el relativo a la disolución de la sociedad de gananciales, que ahora ha de conectarse con lo dispuesto en el proyectado art. 125, relativo al derecho del cónyuge del concursado a solicitar la disolución de la sociedad conyugal,



y con el proyectado art. 193, referido a la inclusión en la masa activa de los bienes conyugales, en los términos establecidos en los arts. 77 y 78.3 LC.

85.- Por otra parte, el texto proyectado complementa la actual regulación al contemplar los supuestos en que el deudor hubiera solicitado propuesta anticipada de convenio o la liquidación de la masa activa (**arts. 30.2 y 31.2**), en cuyo caso se procederá a la apertura de la fase de liquidación y a la formación de la sección quinta, en su caso.

86.- Al mismo tiempo, en su función armonizadora, complementa el régimen de notificación del auto, al prever (**art. 33.2**) la notificación al cónyuge o la pareja inscrita del concursado. Esta previsión es acorde con la indicación que debe contener la memoria que ha de acompañar a la solicitud de declaración de concurso voluntario del deudor persona casada, y se orienta a la finalidad de la más exacta determinación de la masa activa y de la masa pasiva, finalidad conectada a su vez con la del ejercicio de las acciones de separación y reintegración y con el reconocimiento y clasificación de los créditos concursales, así con la posibilidad de disolución del régimen económico conyugal, todo lo cual hace necesario el conocimiento por el cónyuge del deudor concursado o por su pareja inscrita de la existencia del procedimiento concursal, como ha puesto de relieve la Dirección General de registros y del Notariado en su resolución de 23 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015).

87.- El régimen de publicidad –judicial, no general- de la declaración de concurso se contiene en el art. 35 del texto proyectado, en términos más simplificados que los contenidos en el art. 23 LC. La razón de esta simplificación se encuentra en que el texto proyectado destina el Título XIII del Libro I a la regulación de la publicidad del concurso, conteniendo disposiciones relativas a la publicidad telemática (art. 551), a los edictos (art. 552), a los mandamientos y a las resoluciones objeto de publicidad en los registros de personas y bienes (arts. 556 y 557), así como a la coordinación entre registros públicos (art. 558), dedicando un capítulo –el IV- al registro público concursal, actualmente regulado en el art. 198 LC, en la redacción dada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial -si bien la vigencia de la actualización introducida por esta queda diferida a la entrada en vigor del desarrollo reglamentario, de conformidad con la disposición transitoria segunda de dicha Ley-, y por el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.



88.- Respecto de la publicidad registral (**arts. 36 y 37**), el prelegislador ha recogido lo dispuesto en el art. 24.1, 2, 3 y 4 LC, trasladando las restantes disposiciones al Título XIII del texto proyectado. En ellos se precisa que la inscripción solo se practicará cuando la resolución haya ganado firmeza, lo que no es sino exigencia de la legislación registral.

89.- El capítulo VI versa sobre los **concurso conexos**, y se divide en tres secciones, relativas, respectivamente, a la declaración conjunta de concursos, a la acumulación de concursos ya declarados, y a la tramitación coordinada de los concursos conexos. Los **artículos 38 a 43** reproducen, bajo una nueva sistematización, los arts. 25, 25 bis y 25 ter LC, desplazándose al art. 46 la regulación de la competencia en caso de concurso conexos, ya para la declaración conjunta de concurso, ya para la acumulación de concursos conexos, en los términos establecidos en los arts. 25.4 y 25 bis.3 LC.

90.- Se observa, no obstante, que el prelegislador ha omitido la referencia a los deudores que sean "*miembros o integrantes*" personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica, mencionando únicamente a los socios y administradores *total o parcialmente responsables de las deudas sociales de una sociedad* (art. 38), mientras que en el art. 41, al tratar de la acumulación de concursos, se refiere a *los socios y administradores que sean personalmente responsables, total o parcialmente, de las deudas de una persona jurídica*. Parece aconsejable mantener la mención que hacen los arts. 25.1 y 25 bis-3º y 4º LC de los miembros o integrantes de personas jurídicas para contemplar aquellas que no tienen base societaria, siendo conveniente, en todo caso, mantener una redacción uniforme en los artículos 38 y 41 del texto proyectado.

91.- Ha de tenerse en cuenta, paralelamente, que la disposición derogatoria del Proyecto deroga, entre otras, la disposición adicional sexta de la LC, que contenía la definición de grupo de sociedades, a los efectos de la propia Ley. El concepto de grupo de sociedades a estos efectos se recoge ahora en la **disposición adicional** del proyectado Real Decreto Legislativo, por cuya virtud, «*A los efectos del Texto refundido de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades el definido en el apartado primero del artículo 42 del Código de comercio, en la redacción dada por el artículo 1.2 de la Ley 16/2007, de 4 de julio*».

92.- Conviene tener presente que, en su concepción actual, el grupo de sociedades viene jurisprudencialmente caracterizado por el control que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, una sobre otra u otras. Por consiguiente, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en



que existe en un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la adquisición de derecho o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de "control" implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales (STS, Sala Primera, de 4 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:961).

93.- Como ha declarado la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1479) –abundando en el criterio de la de 4 de marzo de 2016–, el hecho de que a efectos de la LC la remisión al art. 42.1 CCom. suponga que solo tenga la consideración de grupo societario el que ha venido a denominarse grupo "jerárquico", y queden excluidos los grupos "paritarios", "horizontales" o "por coordinación", no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente haya de estar involucrada en el concurso la sociedad dominante. Por el contrario, son aplicables las previsiones de la LC relativas al grupo de sociedades también cuando las involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo. Así, el art. 25 bis.3 LC establece reglas de competencia para el caso de acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando una de las sociedades en concurso es la dominante, pero también cuando la sociedad dominante no está declarada en concurso y, por tanto, las sociedades integrantes del grupo que estén declaradas en concurso son sociedades filiales o dominadas.

94.- Y la misma sentencia precisa que «[S]i existe control, en el sentido definido en el art. 42.1 del Código de Comercio, para que exista grupo societario a efectos de la Ley Concursal es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil [...] o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc). [...]. Las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio, y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil, como cuando se encuentra una persona física o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil [...]».



95.- Pues bien, estas precisiones, que ayudan a interpretar y completar el concepto de grupo societario a los efectos de la LC, podrían quedar incorporadas al texto proyectado sin violentar los márgenes de la habilitación legislativa, en la medida en que sirven para aclarar e integrar la norma, sin alterar su contenido, incorporando los rasgos definitorios con que la jurisprudencia ha ido perfilando el concepto que, con remisión al C.Com., define ahora la disposición adicional del Proyecto normativo.

96.- Por otra parte, el **art. 43.2** del texto proyectado recoge la regla de la consolidación de masas de concursos conexos (*substantive consolidation*), siempre de carácter excepcional. El precepto proyectado se refiere a la consolidación de las masas de concursos declarados conjuntamente o acumulados, y no a la consolidación de los inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal, tal y como reza el art. 25 *ter.2* LC. La diferencia puede no ser baladí, porque algún sector doctrinal cuestiona que la intención del legislador haya sido conferir al precepto un alcance patrimonial tal que permita la posibilidad de consolidar masas de distintas sociedades concursadas como si se tratara de un solo deudor. Conforme a esta opinión doctrinal, lo que autoriza el art. 25 *ter.2* LC es la consolidación de inventarios y de listas de acreedores *a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal*, es decir, como medida de economía procedimental y, acaso, de optimización de esfuerzos económicos. La tendencia de los tribunales con competencia en materia mercantil es dotar de la mayor virtualidad, no obstante su excepcionalidad, a la consolidación de masas; y se advierte que, con la redacción dada por el prelegislador, se puede atribuir a la norma un mayor contenido, en consonancia con esta orientación de los tribunales, que, sin embargo, dista hasta ahora de ser uniforme.

## **TITULO II. DE LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO**

### **a) El juez del concurso. Competencia y jurisdicción**

97.- El texto proyectado invierte el examen de la jurisdicción y competencia tal y como se contiene en la vigente Ley, y regula en primer lugar la competencia, sobre la base de que, desde un punto de vista lógico –y sistemático–, primero debe determinarse cuál es el juez competente para,



después, determinar el alcance de la jurisdicción a la que se ha atribuido la competencia.

98.- El art. **44.2 PTR**, al tratar sobre la competencia objetiva, incluye una regla por virtud de la cual se exceptiona la competencia de los juzgados de lo mercantil para declarar y tramitar el concurso de acreedores, atribuyéndola a los juzgados de primera instancia en los supuestos de deudores persona natural que no sea empresario, considerándose como tales a las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil (art. 44.3). Esta regla es consustancial al régimen de distribución de competencias establecido en los arts. 85.6 y 86 *ter.1* LOPJ, en la redacción dada por la Ley 7/2015, de 21 de julio.

99.- El apartado tercero de este art. 44 introduce el concepto de empresario a los efectos de lo establecido en el Libro I del texto proyectado. Conforme al mismo, *«[A] los efectos de lo establecido en este Libro son empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil»*.

100.- La LC contiene en el art. 231.1 II una definición de empresario a los efectos de los acuerdos extrajudiciales de pagos: *«[A] los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieren tan condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos»*. Esta definición, circunscrita en la LC al régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos, ha sido, no obstante, la que han utilizado los tribunales de lo mercantil para delimitar la competencia entre los Juzgados de lo Mercantil y los Juzgados de Primera Instancia (cfr., entre otros, AAP Madrid, Sección 28<sup>a</sup>, 30 de junio de 2017, ECLI:ES:APM:2017:2692A, con cita de otros anteriores).

101.- El problema estriba en que la legislación mercantil, identificada como la contenida en el Código de Comercio, no ofrece un concepto de empresario que sirva para colmar la remisión que hace el art. 44.3 PTR. El art. 1 CCom no define al empresario, sino que distingue dos clases de comerciantes, el individual y el social. Y como destaca la doctrina, el concepto de empresario no se identifica con el de comerciante, que es más limitado, al ser una clase de empresario, concepto más amplio que engloba a las personas naturales o jurídicas que, por sí o por medio de representantes, ejercitan en nombre propio una actividad económica de producción o distribución de bienes o servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.



102.- Cabría considerar que el prelegislador, al formular el precepto, ha tenido en mente la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que define [art. 1-2-1 a) 1º] al empresario individual como aquellas *«[p]ersonas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales»*.

103.- La jurisprudencia, por su parte, ha incidido en que la condición de comerciante o empresario requiere *«[n]o solo el dato real de la actividad profesional, con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica que, no exigido en el artículo 1 del Código de Comercio, consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre y la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial»* (STS, Sala Primera, de 16 de abril de 2012).

104.- De este modo, el proyectado art. 44.3, en su función armonizadora e integradora, no solo ofrece un concepto de empresario persona natural mediante una remisión a la legislación mercantil que actualmente es difícil colmar, sino que, además, si se vincula al concepto de comerciante que ofrece el art. 1 CCom., resulta más limitado que el que se contiene en el art. 231.1 II LC y que ha servido en la práctica judicial de criterio de delimitación de competencias entre los juzgados de lo mercantil y los juzgados de primera instancia. Es lógico que el prelegislador haya querido buscar la uniformidad en la definición del concepto de empresario persona natural, y de ahí la remisión a la legislación mercantil; pero, a día de hoy, esta remisión produce una situación claudicante y distorsionadora en relación con los criterios seguidos en la práctica de los tribunales. En todo caso, la fórmula que se utilice para definir el concepto ha de ponderar adecuadamente la incidencia que habrá de tener su contenido –la mayor o menor extensión del concepto– en la distribución de competencias entre los juzgados de lo mercantil y los de primera instancia, de mantenerse el actual régimen derivado de los arts. 85.6 y 86 *ter*.1 LOPJ.

105.- El apartado cuarto de este artículo 44 introduce una regla que puede afectar a este reparto competencial, así como introducir el riesgo de extravasar los límites de la autorización legislativa y, aun, de la competencia del legislador ordinario. Conforme a la misma, *«[A]unque a la fecha de la solicitud de declaración de concurso el deudor ya no tuviera la condición de empresario, los jueces de lo mercantil son competentes para declarar el concurso de acreedores si de la propia solicitud y de la*



*documentación que la acompañe resulte –sic- que el importe de los créditos contraídos en el ejercicio de la actividad empresarial es superior al importe de los demás créditos».*

106.- El precepto persigue poner fin al diferente modo en que los tribunales han entendido el elemento temporal para apreciar la condición de empresario de la persona natural. La norma se alinea con el criterio mantenido mayoritariamente por las Audiencias Provinciales (vide, como epítome de esta línea interpretativa, los AAP Madrid, Secc. 28ª, de 16 de septiembre de 2016 y de 30 de junio de 2017, cit.), conforme al cual se admite la competencia del juez de lo mercantil aunque el deudor hubiera dejado de ser empresario al tiempo de la solicitud, si el pasivo está fundamentalmente integrado por deudas con origen en su pasada actividad empresarial.

107.- Este criterio interpretativo mayoritario, de carácter sistemático y finalista, y que tiene presente la voluntad de la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio –que, como se pone de manifiesto en su Preámbulo, y destacan los autos de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid citados, obedeció a puros criterios de oportunidad legislativa y de ahorro de costes públicos-, atiende al origen empresarial de las deudas y créditos, así como a su incidencia en la elaboración del inventario y la determinación de las masas activa y pasiva: *«[E]llo justifica, ante la falta de previsión del legislador sobre los problemas delimitativos del empleo de aquel fuero, que en tales supuestos se presente como más razonable y flexible en la interpretación del fuero legal, la atribución de la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil, y más acorde con el muy amplio concepto de empresario manejado por la legislación mercantil y concursal. No obstante, razones de seguridad jurídica en la distribución de asuntos a órganos de competencia objetiva distinta abonan delimitar la flexibilización de aquella interpretación a supuestos en los que la mayor parte del pasivo declarado por el deudor en su solicitud, al inicio del concurso, provenga de su anterior actividad empresarial.»*

108.- Semejante interpretación, que se traslada al precepto proyectado, supone, como se ve, ampliar la competencia de los jueces de lo mercantil en atención, no a la condición de empresario del deudor al tiempo de la declaración del concurso, sino al origen empresarial de las deudas que integran la masa pasiva del concurso. Frente al mismo se sitúa el criterio minoritario que se asienta en razones de predeterminación objetiva de la regla de competencia, de seguridad jurídica y de evitación de controversias y demoras en la apreciación del fuero de competencia.



109.- El prelegislador, por tanto, con la finalidad de despejar las dudas surgidas en torno a la interpretación y aplicación de la regla de competencia establecida en el art. 85.6 LOPJ, en relación con su art. 86 *ter* 1, ha introducido una regla de competencia de nuevo cuño a partir del criterio exegético mayoritariamente seguido en los tribunales, proyectado, no sobre una norma de la LC, sino sobre los señalados preceptos de la Ley Orgánica. Pero, habida cuenta de que no existe una respuesta jurisprudencial definitiva, se ha de advertir de que con ello se corre el riesgo de considerar que se contravienen los arts. 85.6 y 86 *ter* 1 LOPJ, sobre los que en definitiva recae la labor interpretativa, y se excede el marco de actuación de la ley ordinaria respecto de la Ley Orgánica; y, al mismo tiempo, de considerar que se superan los límites de la habilitación para la elaboración del texto refundido, por más que estos límites se correspondan a la amplia autorización concedida al prelegislador. Y no es inane la consideración de que el art. 44.3 PTR establece una regla de competencia objetiva de más que difícil aplicación, por la dificultad de determinar *a limine litis* el origen, empresarial o no, de los créditos contraídos, lo que no se compadece bien con los rasgos de certidumbre y predecibilidad que son consustanciales a la seguridad jurídica que se exige de una norma de *ius cogens* como es la que determina la competencia, aquí objetiva, de un órgano jurisdiccional. Se sugiere, en consecuencia, el replanteamiento de dicha previsión.

110.- Por otra parte, a la hora de articular la competencia para declarar y tramitar el concurso conforme al foro/fuero del lugar del centro de los intereses principales del deudor, el prelegislador ha tenido que incorporar en el **art. 45.1**, relativo a la competencia territorial para la declaración y tramitación del concurso, la definición de *centro de los intereses principales del deudor*, ya persona física, ya persona jurídica, contenida en el art. 10.1, segundo párrafo, de la LC.

111.- No se escapa al análisis de este precepto, centrado en esta definición, las dificultades de interpretación y aplicación que presenta, para cuya resolución habrá de servir de guía la jurisprudencia del TJUE que ha interpretado el art. 3.1 del Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (DO L 160, de 30.6.2000) –en lo sucesivo, RPI I–, en relación con su Considerando (13), ahora trasladado al art. 3.1 del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (DO L 141, de 5.6.2015) –en lo sucesivo, RPI II–. Más allá de la caracterización del concepto de centro de intereses principales del deudor en torno a los rasgos de la habitualidad en el ejercicio de la administración de tales intereses y de la reconocibilidad por terceros de dicho ejercicio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha destacado la



necesidad de atender a criterios objetivos y globales (STJUE de 20 de octubre de 2011, as. C-396/09, Interedil, ECLI:EU:C:2011:671), y de determinar el centro de intereses principales del deudor en un análisis de conjunto. Y ha de tenerse en cuenta también que el centro de intereses principales del deudor se fija en el momento de presentar la solicitud de declaración de concurso, regla que se contiene en el art. 3.1 del RPI I y en el mismo art. del RPI II, y que es aplicable tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales (cfr. STJUE 17 de enero de 2006, as. C-1/04, Staubitz-Scheiber, ECLI:EU:C:2006:39), por lo que el traslado del centro de intereses principales tras la declaración de concurso, identificado –presuntivamente– con el lugar del domicilio social de la persona jurídica (arts. 10.1. segundo párrafo, LC, y 45.2 PTR), no altera la competencia ni, por ende, la *lex fori concursus*.

112.- También la jurisprudencia del TJUE ofrece pautas interpretativas sobre cómo ha de entenderse la presunción de que el centro de los intereses principales se halla en el lugar del domicilio social y sobre la desvirtuación de dicha presunción. La STJUE de 2 de mayo de 2006 (as. C-341/04, Eurofood, ECLI:EU:C:2006:281), estableció, para la sede de una sociedad filial, que solo puede desvirtuarse la presunción "*[s]i existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Este podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción [...]*".

113.- Es igualmente relevante a estos efectos el Considerando (30) RPI II, que, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, establece: «*[A]sí pues, la presunción de que el domicilio social, el centro principal de actividad de actividad y la residencia habitual son el centro de intereses principales deber ser refutable, y el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe valorar cuidadosamente si el centro de los intereses principales del deudor está realmente situado en ese Estado miembro. En el caso de una sociedad, debe ser posible destruir esa presunción cuando el lugar de la administración central de la sociedad esté situado en un Estado miembro distinto de aquel en el que esté su domicilio social, y cuando de una valoración conjunta de todas las circunstancias*



*pertinentes se establezca, de forma que pueda ser reconocible por terceros, que el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad y de la gestión de sus intereses está situado en ese otro Estado miembro. Tratándose de una persona que no ejerza una actividad mercantil o profesional independiente, debe ser posible destruir dicha presunción, por ejemplo, en el supuesto de que la mayor parte de los bienes del deudor esté situada fuera del Estado miembro en el que reside habitualmente, o cuando pueda establecerse que la principal razón de su traslado haya sido tramitar los procedimientos de insolvencia en la nueva jurisdicción y ello perjudicase materialmente los intereses de los acreedores cuyos créditos con el deudor hayan nacido antes del traslado».*

114.- Y el Considerando (31) señala: «*[C]on el mismo objetivo de evitar foros de conveniencia fraudulentos o abusivos, la presunción de que el centro de intereses principales se encuentra en el domicilio social, o en el centro principal de actividad o en la residencia habitual de la persona física de que se trate, no debe ser aplicable cuando, tratándose de una sociedad, de una persona jurídica o de una persona física que ejerza una actividad mercantil o profesional independiente, el deudor haya trasladado su domicilio social o centro principal de actividad a otro Estado miembro dentro de los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de los procedimientos de insolvencia, o tratándose de una persona que no ejerza una actividad mercantil o profesional independiente, el deudor haya trasladado su residencia habitual a otro Estado miembro dentro de los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de los procedimientos de insolvencia».*

115.-Siguiendo esta línea, respecto de la regla contenida en el art. 45.2, último inciso, PTR, que recoge la establecida en el art. 10.1, segundo párrafo, de la LC, y conforme a la cual será ineficaz a efectos de la presunción de que el centro de los intereses principales del deudor persona jurídica se encuentra en el lugar del domicilio social el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso, el Tribunal de Justicia facilita también criterios hermenéuticos, que han de venir referidos a la regla recogida en el art. 3.1 RPI II, que tiene un contenido similar a la del art. 10.1 LC, si bien aquí se fija un plazo inferior, de tres meses cuando se trata de deudores empresarios o profesionales independientes, y se aplica a todos los deudores. La finalidad de ambas reglas, como se ha visto, no es otra que evitar el *forum shopping* [Considerandos (29) y (30) RPI II]. También su funcionalidad es la misma, cual es desplazar hacia el deudor la carga de la prueba de que el centro de los intereses principales se encuentra en donde se localiza la nueva sede [Considerando (31) RPI II]. Con todo, la formulación del art. 3.1 RPI II es



más clara: *«[E]sta presunción solo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia».*

116.- Tratándose de grupos de empresas, por su parte, la determinación del centro de intereses principales debe realizarse de manera individual (SSTJUE Eurofood, par. 30, cit., y de 15 de diciembre de 2015, as. C-191/10, Rastelli Davide, par. 25, ECLI:EU:C:2015:838), pues es necesario "respetar la personalidad propia de cada miembro del grupo" [Considerando (54) RPI II].

117.- Y en lo que respecta al concepto de establecimiento que contienen el art. 10.3 LC y el **apartado primero del art. 49 PTR** –que lo definen como *«[t]odo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y materiales»*, de modo similar al concepto autónomo recogido en el art. 2 10) RPI II-, la jurisprudencia europea sirve asimismo de referente hermenéutico para despejar las dudas interpretativas y de aplicación que pudieran darse en determinados casos singulares. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que el establecimiento es parte integrante de la persona de deudor, no tiene una personalidad propia e independiente, por lo que las filiales no pueden tener, en principio, esa consideración (cfr. STJUE Eurofood, cit.). También ha afirmado que el concepto de establecimiento debe interpretarse en el sentido de que exige la presencia de una estructura que incluya un mínimo de organización y cierta estabilidad, con objeto de ejercer una actividad económica (cfr. STJUE Interdil, cit.), sin que sea necesario que esté inscrito, y sin que la inscripción registral determine *per se* la presencia de un establecimiento. Y el concepto de establecimiento no se asimila de manera necesaria al de sucursal, por lo que el deudor puede tener su establecimiento en el lugar donde tiene su sede social, cuando su centro de intereses principales se encuentra en otro lugar diferente (cfr. STJUE de 4 de septiembre de 2014, as- C-327/13, Burgo Group SpA, ECLI:EU:C:2158).

118.- El **apartado cuarto del art. 45 PTR** contiene una regla de competencia que no se encuentra explícita en el art. 10 LC. Dispone aquel precepto que *«[S]i el domicilio del deudor radicara en territorio español y el centro de sus intereses principales radicara fuera de España, será también competente para declarar y tramitar el concurso de acreedores el juez en cuyo territorio radique el domicilio»*. Esta regla de competencia sigue a la que establece que *«[s]i el domicilio del deudor y el centro de sus intereses principales radicara en territorio español, aunque en lugares diferentes, será competente, a elección del acreedor solicitante, el juez en cuyo territorio*



*radique el domicilio*». Y convive con la contenida en el **art. 49 PTR**, relativa a la competencia para la declaración del concurso –que en el ámbito internacional se considerará concurso territorial (arts. 10.3, tercer párrafo, y 49.2 PTR)- por razón de radicar en España un establecimiento, recogiendo los términos del art. 10.3 LC.

119.- Aun cuando no se encuentra de forma explícita en la Ley, parece que el prelegislador ha considerado que esta regla se halla implícita en el segundo inciso del art. 10.1, que dispone que *«[S]i el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de este no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquel»*, precepto que ahora se incorpora al **apartado tercero del art. 45 PTR**, referido, como se ha visto, al supuesto de que el domicilio del deudor y el centro de sus intereses principales radicara en territorio español, aunque en lugares diferentes. Por tanto, el apartado cuarto del art. 45 parece complementar la regla del apartado anterior, contemplando el supuesto de que el centro de los intereses principales radicase fuera de España, y el domicilio del deudor se hallase en territorio español, posibilitando la competencia del juez del domicilio; competencia que operará tanto en el plano interno como internacional, y sin perjuicio de las reglas de competencia establecidas en el RPI 2.

120.- Conforme esta idea, podría entenderse que la previsión contenida en el **apartado cuarto del art. 45**, y la correlativa precisión introducida en el **apartado primero del art. 49 PTR**, que articula la competencia conforme al foro/fuero del lugar donde se halle el establecimiento del deudor en el caso de que el centro de sus intereses principales y *su domicilio* no se hallasen en territorio español, no constituyen sino el resultado de una labor de integración y sistematización acordes con la función aclaratoria ínsita en la autorización para la refundición normativa.

121.- Ahora bien, surgen dudas acerca de si, con ello, se está verdaderamente respetando el contenido y el sentido del art. 10.1 LC. Este precepto tiene como presupuesto que el centro de intereses principales del deudor se encuentra en territorio nacional, y sobre esa base, introduce un fuero de competencia territorial, como regla de competencia interna, de carácter alternativo en torno a la conexión del domicilio del deudor. Para el supuesto de que el centro de intereses principales se encuentre fuera del territorio nacional, la competencia del juez nacional se atribuye por razón de la existencia de un establecimiento del deudor en España, conexión que sirve de regla de competencia tanto internacional como interna. Si se establece, como hace el proyectado art. 45.4, una regla de competencia



sobre la base del domicilio del deudor en España, aunque el centro de intereses principales se encuentre en el extranjero, se está expandiendo la competencia del juez del concurso nacional, que podrá abrir en España un concurso principal con base en el foro/fuero del domicilio del deudor.

122.- Es cierto que tanto la LC como ahora el texto proyectado establecen una identificación, por vía de presunción *iuris tantum*, entre el centro de intereses principales y el domicilio social, como también lo hace el RPI II (art. 3.1), incluso con relación al lugar de la residencia habitual del deudor no empresario o profesional independiente, presunción que cabe desvirtuar mediante la prueba de que aquel radica en lugar diferente al de este, y que, como se ha visto, no opera en los casos de traslado de la sede social o de la residencia habitual con fines fraudulentos. Sobre esta base, cabría considerar esa misma identificación, con carácter presuntivo, y admitiendo prueba en contra, entre el centro de intereses principales y el domicilio del deudor persona física, posibilidad que sin embargo encontraría mayor acomodo en el RPI II que en la ley nacional, si se equiparase el domicilio a la residencia habitual.

123.- También es cierto, por otra parte, que el establecimiento del deudor en el territorio nacional constituye un foro de menor intensidad que el que pudiera articularse en torno a la conexión del domicilio, y de ahí que posibilite la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario o territorial, limitado a los bienes del deudor situados en el territorio nacional, y sin perjuicio de las reglas de coordinación con el concurso principal o con otros concursos territoriales.

124.- Esta línea de pensamiento descansaría, si se advierte bien, en la idea de que el legislador, al establecer en el art. 10.1 LC el fuero del domicilio con carácter alternativo al del centro de los intereses principales del deudor, está admitiendo implícitamente que, radicando aquel en España, opere en cualquier caso con independencia de donde se encuentre este, ya sea en España, ya sea fuera del territorio nacional.

125.- A este argumento cabe oponer, en primer término, que con tal interpretación se soslaya la relevancia del adverbio "*además*", que en el art. 10.1 LC aparece vinculado tanto al centro de intereses principales como al domicilio del deudor en España. De este modo, la competencia del juez nacional vendría dada por la localización en España del centro de intereses principales, a partir de la cual operaría el fuero territorial alternativo, y se abriría la posibilidad de acudir al juez –español– del lugar del domicilio del deudor, siempre, no se olvide, a elección del acreedor solicitante.



126.- En segundo lugar, debe atenderse al hecho de que la competencia para la declaración y tramitación del concurso se articula, tanto en la norma interna como en el Reglamento (UE), acudiendo a la regla del lugar donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales, y estableciendo la presunción *iuris tantum* de que este se encuentra en el lugar de la sede social o de la residencia habitual del deudor. Lo que no es lo mismo que establecer foros de competencia alternativos y electivos, situando en plano de igualdad el centro de intereses principales y el domicilio del deudor, de suerte que con base en la concurrencia de uno u otro pueda abrirse un procedimiento de insolvencia principal. El legislador nacional, lo mismo que el europeo, ha previsto la posibilidad de que la competencia venga dada por el lugar donde el deudor tenga un establecimiento; pero, como ya se ha señalado, esta es una competencia de menor intensidad que la determinada por el lugar donde radique el centro de los intereses principales del deudor, que permite la apertura de un procedimiento principal cuyos efectos tendrán alcance universal, no limitado a los bienes y derechos situados en el territorio del foro.

127.- Todo lo anterior conduce a sugerir al prelegislador que reconsidere el tenor del apartado cuarto del art. 45 del texto proyectado, en la medida en que su inclusión pueda responder a una interpretación del art. 10.1 LC que conduzca a un resultado *ultra vires*, fuera por tanto del marco de la autorización para la elaboración del texto refundido, por muy ampliamente que se conciba.

128.- El **art. 46.3** PTR introduce una regla de competencia en caso de concursos conexos, cuando fueren de una persona natural no empresario y de una persona natural empresario o de una persona jurídica, correspondiendo al juez de lo mercantil la competencia para decidir sobre la declaración conjunta o la acumulación y posterior tramitación coordinada.

129.- La regla responde a la situación generada como consecuencia de la atribución a los jueces de primera instancia de la competencia para conocer de los concursos de los deudores personas físicas no empresarios, atribución operada, como es sabido, por virtud de la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015. En esta situación, y ante la eventualidad de que los concursos conexos afecten a deudores personas naturales empresarios y no empresarios o personas jurídicas, se ha considerado preciso establecer una regla por cuya virtud se determine a qué juez, el de lo mercantil o el de primera instancia, uno y otro determinados con arreglo a las normas de competencia establecidas en los apartados anteriores de este mismo artículo 46, corresponde decidir sobre la declaración conjunta del concurso o sobre la acumulación de los concursos conexos declarados.



130.- El precepto constituye, por tanto, una novedad respecto de las previsiones contenidas en los arts. 25 y 25 *bis* LC. El prelegislador ha considerado oportuno primar la finalidad de la declaración conjunta y de la acumulación de concursos conexos –primar la virtualidad de la conexión de concursos, por tanto-, sobre el obstáculo procesal que representa la distinta competencia objetiva determinada por la naturaleza del deudor, orillando de este modo la regla general del art. 77.2 LEC. Si se concibe esta previsión como necesaria para dar respuesta a los casos de conexión y a la situación generada por la distribución competencial, ponderando los beneficios de la declaración conjunta y de la acumulación de los concursos conexos, así como de su tramitación coordinada ex art. 25 ter.1 LC y 42 PTR, y valorando la especialización de los juzgados de lo mercantil, siempre que se precise que en estos casos la competencia para la declaración conjunta y para la tramitación coordinada de los concursos acumulados corresponde al juez de lo mercantil, cabría concluir que se está ante una integración normativa impuesta por la actual regulación competencial, admisible dentro de los límites de la autorización, y que se muestra razonable en función de la finalidad de la norma (*vide*, en este sentido, las Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil, 4, 5 y 6 de octubre de 2017).

131.- El **art. 47** PTR, bajo el enunciado "*Competencia internacional*", recoge las disposiciones del art. 10 LC. El título del precepto no responde, en rigor, a su contenido, pues no contiene reglas de competencia internacional, sino que regula los efectos del concurso declarado conforme a las reglas de competencia territorial establecidas en el art. 45. Sería conveniente, por tanto, modificarlo para que se ajuste a su verdadero objeto.

132.- El **art. 48** PTR, que versa sobre la preferencia para la declaración de concurso, dispone que *«[S]i se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera solicitado la primera solicitud, aunque esa solicitud o la documentación que la acompañe adolezcan de algún defecto procesal o material o aunque la documentación sea insuficiente»*. Este precepto reproduce el apartado segundo del art. 10 LC, y su último inciso, en puridad, no es sino aplicación de los efectos de la litispendencia (art. 410 LEC).

133.- Por lo demás, los arts. 50 y 51 del Proyecto recogen lo dispuesto en los arts. 10.4 y 12 LC.

134.- Los **arts. 52, 53 y 54** establecen las materias sobre las que la jurisdicción del juez es exclusiva y excluyente, en términos análogos a los del art. 8 LC. Cabe, no obstante, hacer las siguientes observaciones:



- i) En la relación de las materias se incluyen *"la determinación del carácter necesario de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"* (ordinal tercero) y *"la disolución y liquidación de la sociedad o comunidad conyugal del concursado"* (ordinal 5º). Estas materias, que en rigor no son tales, se incardinan en el marco de la competencia ordinaria del juez del concurso en orden a la conservación de la masa activa (cfr. art. 43.2 LC y 206-1º y 4º PTR), así como en orden a establecer la composición de la masa activa en el concurso del deudor casado, cuando el cónyuge solicita la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (arts. 77 LC y 125, 193 y 194 PTR). Por tanto, cabría prescindir de su inclusión, en la medida en que son objeto de tratamiento específico en el concurso y en la ley concursal.
- ii) A las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, sean de hecho o de derecho, y contra los auditores (art. 8-7º LC), se añaden las dirigidas *«[c]ontra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados [...]»*. La inclusión de esta precisión respecto del sujeto frente a quien se ejercita la acción de responsabilidad se explica por la necesidad de adecuar el ámbito subjetivo de las acciones de responsabilidad a lo dispuesto en el art. 236.4 y 5 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Sociedades de Capital.
- iii) En el ordinal segundo de este artículo se ha introducido la precisión de que la jurisdicción del juez del concurso se extiende a las ejecuciones *«[r]elativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en esta ley»*; puntualización que es oportuna, dentro de la finalidad de aclarar y regularizar que conlleva la autorización legislativa, por cuanto delimita las ejecuciones que quedan dentro del ámbito de la jurisdicción del juez del concurso, y advierte de aquellas que quedan al margen de ella.



- iv) La mayor amplitud del art. 53 PTR, referido a la jurisdicción del juez del concurso en materia laboral, frente al art. 8-2º LC, responde a la necesidad de aclarar, armonizar y coordinar el contenido de este precepto con aquellos otros de los que se deriva el contenido jurisdiccional del juez del concurso en materia laboral, como el art. 64.1 LC, que se corresponde con el art. 169 PTR. De este modo, y teniendo presente lo dispuesto en el art. 86 ter 2 LOPJ, en los arts. 8.2º y 44.4 LC y 57 del Estatuto de los Trabajadores (ET), se indica que la jurisdicción del juez del concurso en materia laboral se extiende a las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en el texto refundido, tengan carácter colectivo, así como las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. Y se precisa a continuación que la suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo; integración normativa esta derivada de la interpretación sistemática de las normas contenidas en la LOPJ, en la LC y en el ET que ha de considerarse respetuosa con el marco que habilita la autorización legislativa.
- v) El art. 54 del PTR proviene, como se explica en la MAIN, del art. 8.4º LC, al que da una nueva redacción, introduciendo mejoras técnicas. El apartado segundo desarrolla la previsión de este precepto de la LC relativa a la competencia del juez del concurso para acordar la suspensión de las medidas cautelares adoptadas por otros tribunales y autoridades administrativas y para solicitar su levantamiento, cuando considere que pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso, con la precisión de que, para obtener el levantamiento de las medidas acordadas, deberá dirigirse al órgano que las haya dispuesto. Y se añade que, en caso de que el requerido a tal efecto no atendiera de inmediato el requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de competencia. Respecto de esto último, conviene tener en cuenta que el órgano requerido puede ser del mismo orden



jurisdiccional –el orden civil-, por lo que, junto con los conflictos de competencia regulados en los arts. 42 a 50 de la LOPJ, han de considerarse las eventuales cuestiones de competencia a que se refieren los arts. 51 y 52 de la misma LOPJ. Por otra parte, el precepto no alude a la suspensión y levantamiento de las medidas cautelares adoptadas por árbitros en procedimientos arbitrales, debiendo entenderse en todo caso el determinante y el sustantivo “*la adopción*”, referidos a los árbitros, como *la solicitud al tribunal* competente de la adopción de medidas cautelares previas o en el curso de los procedimientos arbitrales, en los términos previstos en el art. 722 LEC y en el art. 11.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

### **b) La administración concursal (capítulo II)**

135.- El capítulo II del Título II del Texto proyectado contiene la regulación de la administración concursal, recogiendo la que se contiene en el Título II de la LC. Debe tenerse presente que el régimen de la administración concursal se ha visto modificado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Estas modificaciones afectaron al sistema de administración concursal, que se construye en base a la regla de la unicidad, a los requisitos para ejercer como administrador concursal, que se determinarán reglamentariamente, introduciendo la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos, y a la creación de una Sección Cuarta, “*de administradores concursales y auxiliares delegados*”, en el Registro Público Concursal. Asimismo, se reformó el sistema de designación, que se sustenta en la previa inscripción en la Sección Cuarta del Registro y en la designación por turno, salvo excepciones, y se modificaron los principios rectores del sistema de remuneración de la administración concursal, incorporándose el principio de eficiencia para garantizar que la remuneración tenga en cuenta la calidad y los resultados del trabajo de la administración concursal.

136.- Las reformas introducidas por la Ley 17/2014 entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE –es decir, el 2 de octubre de 2014-, excepto el art. 27 LC, relativo a las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales, y el art. 34 LC, que regula la retribución de la administración concursal, cuya vigencia queda diferida a la aprobación de su desarrollo reglamentario. Este último artículo fue



modificado por la Ley 25/2015, que además introdujo los arts. 34 *bis*, 34 *ter* y 34 *quater* LC, por los que se revisó el sistema de remuneración de la administración concursal, estableciendo la constitución de una cuenta de garantía arancelaria como instrumento para garantizar una remuneración mínima en aquellos concursos con insuficiencia de masa, y que habrá de ser también objeto de desarrollo reglamentario, actualmente todavía en fase de proyecto, que este órgano constitucional ha tenido ocasión de informar (informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de septiembre de 2015).

137.- En tanto no tiene lugar el desarrollo reglamentario previsto, se establecen determinadas especialidades en el arancel de derechos de los administradores concursales regulado en el Real Decreto 1860/2004 (disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015), y se establece un régimen transitorio hasta que se apruebe reglamentariamente el sistema de remuneración con cargo a la cuenta de garantía arancelaria.

138.- Al introducirse en el proyectado texto refundido preceptos de la LC afectados por ese diferimiento de vigencia, es evidente la necesidad de coordinar el desarrollo del procedimiento de elaboración normativa que ha de dar lugar al Texto Refundido y el desarrollo reglamentario previsto en las Leyes 17/2014 y 25/2015.

139.- Conviene recordar, en este punto, que en el informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal, que fue aprobado, como ha quedado indicado, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de septiembre de 2015, se recogían ciertas consideraciones acerca de la decisión del legislador de llevar a cabo la reforma del régimen de acceso y designación de la administración concursal y, en definitiva, de establecer un estatuto de la administración concursal profesionalizada y no corporativa, a través de una deslegalización que no ha sido siempre bien entendida y aceptada. Como se observaba en aquel informe, debe admitirse, en línea de principio, que la regulación de las condiciones esenciales de acceso a una profesión –y se quiere que la administración concursal lo sea-, así como sus limitaciones, ha de quedar sometida a reserva legal de manera que sea la ley la que determine unas y otras, en la medida en que se trata de requisitos que afectan al ejercicio de la libertad individual de las personas, dejando a la norma de rango infralegal el desarrollo de aquellas condiciones en sus aspectos accesorios. Consecuentemente, tales condiciones y limitaciones deberían haberse incorporado a la ley, y no haberse pospuesto a un ulterior desarrollo reglamentario, como también deberían haberse incorporado a la



ley los criterios de clasificación de los concursos a efectos de la determinación de los requisitos para acceder al órgano de administración del concurso y de la designación para el ejercicio del cargo.

140.- En aquel informe se alertaba de que, al no haberse hecho así, la norma reglamentaria proyectada que se informaba arrastraba un vicio que se encontraba en su origen, en la propia norma que trataba de desarrollar, y que se trasladaba a su propio contenido, en la medida en que abordaba aspectos que deberían haber sido regulados por la ley, incurriendo en lo que cabría calificar como un exceso teórico de habilitación reglamentaria y una inadecuada deslegalización, o, desde otra perspectiva, una dejación de las competencias de la ley con el subsiguiente efecto que conlleva tal deslegalización, puntualmente en orden a permitir ulteriores modificaciones del régimen de condiciones y limitaciones para el acceso a la condición de administrador concursal por vía de real decreto.

141.- Se advertía también de la necesidad de completar las carencias y vacíos de la norma que debe ser objeto de desarrollo reglamentario, y de la necesidad de salvar las dudas interpretativas ya detectadas en la regulación introducida por la Ley 38/2011, principalmente en punto a las condiciones que deben cumplir las personas jurídicas para ser administradores concursales y a la integración en la administración concursal de los profesionales con experiencia jurídica y económica.

142.- Y se suscitaba al mismo tiempo la conveniencia de extender el régimen de la administración concursal, preferiblemente desde la ley, a otros aspectos que afectan al estatuto de la administración concursal, como el establecimiento de un sistema de acreditación periódica de los requisitos exigidos, la configuración de un código de conducta o de buenas prácticas elaborado por una comisión especialmente creada al efecto, así como un régimen de supervisión o control del adecuado cumplimiento de los requisitos de idoneidad y de la actuación de la administración.

143.- No obstante aquellas consideraciones, que en gran medida revestían, como se ve, un carácter de *lege ferenda*, se ha de tener presente que su reflejo en el texto proyectado encuentra el obstáculo que representan los límites de la habilitación legislativa, por muy ampliamente que se conciba; por lo que no cabe sino dejar constancia de ellas, en trance, como ahora sucede, de emitir informe sobre el proyecto de texto refundido que se ha sometido a la consideración de este órgano constitucional.

144.- Por otra parte, se ha de tener en cuenta que las referencias hechas en la LC a "*los administradores concursales*" han de entenderse hechas a "*la*



*administración concursal*”, según establece la disposición final primera de la Ley 38/2011.

145.- El régimen de nombramiento de la administración concursal que contiene el texto proyectado (sección 1ª de este capítulo II) se atiene, por tanto, al sistema de administración concursal única –un único administrador concursal, persona física o jurídica- como regla general (**art. 57**, en relación con el art. 27.1 y 2.LC), y mantiene la excepción prevista en el art. 27.7 LC para aquellos concursos en que exista una causa de interés público que justifique la designación por el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público, de un segundo administrador, nombramiento que habrá de recaer en una Administración pública acreedora o una entidad de Derecho público acreedora vinculada o dependiente de la anterior. La representación de la Administración pública o de la entidad vinculada en estos casos corresponde al empleado público con formación universitaria de licenciado o graduado que aquellas designen, y que tenga *«[f]ormación en el ámbito jurídico o económico»*. El prelegislador, con esta última condición, está ampliando el ámbito de la representación de la entidad de Derecho público en el ejercicio de las funciones de administrador concursal, pues el art. 27.7 LC dispone que la representación deberá recaer en empleado público con la indicada titulación universitaria *«[q]ue desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico»*, condición esta que viene referida a su actividad y no solo a su formación, lo que asegura en mayor medida la eficiencia en el desempeño de las funciones propias de la administración concursal. Se sugiere, por tanto, que el proyectado **art. 63.3** se atenga a la redacción del art. 27.7 LC en este particular.

146.- La previsión del art. 27.8 LC, relativa a los casos de concursos conexos y acumulados, en los que el juez del concurso podrá nombrar, *“cuando resulte conveniente”* –no *“en la medida en que ello resulte posible”*, como dice el art. 27.8 LC, corrección técnica que es adecuada, para eludir expresiones redundantes- una administración concursal única, que en el caso de la acumulación de concursos, ha de recaer en una de las administraciones concursales ya existentes, se recoge en el **art. 59**. La previsión de la designación de auxiliares delegados en los concursos conexos se traslada, por su parte, al art. 76 PTR, clarificando el carácter obligatorio de la designación.

147.- El **art. 60** abre la subsección relativa al requisito de la inscripción en el Registro público concursal, y si bien puede inducir a error su enunciado – *“carácter obligatorio de la inscripción”*-, se limita en puridad a reproducir el mandato del art. 27.2 LC, que dispone que únicamente podrán ser



designadas como administrador concursal las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal. El apartado segundo de este art. 60 incorpora una mejora técnica a la hora de articular el requisito de la disposición del inscrito a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de la competencia del juez del concurso, de manera que ahora se establece, de forma más correcta, que *«[E]n la solicitud de inscripción en el Registro o después de haberse practicado esta, la persona interesada deberá hacer constar en qué ámbito territorial está dispuesta a ejercer las labores de administrador concursal»*, lo que, por lo demás, cohonesta con lo establecido en el art. 27.5 LC.

148.- El **art. 61**, por su parte, relativo a los requisitos para la inscripción, recoge la remisión al desarrollo reglamentario prevista en el art. 37.3 LC, y la referencia a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Recoge también la distinción entre concurso de tamaño pequeño, mediano y grande, y la remisión a la determinación reglamentaria de las características que permitan definir el tamaño del concurso. Y se contempla asimismo la posibilidad de la exigencia reglamentaria de requisitos *“adicionales”* para ser designado administrador concursal en concursos de gran tamaño, lo que no se compadece bien con el tenor del art. 27.3 *in fine*, que permite que en el desarrollo reglamentario se puedan exigir *«[r]equisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño»*, quedando también para el ulterior desarrollo reglamentario la determinación de las características que permitan definir el tamaño del concurso.

149.- Respecto del nombramiento, la representación de la persona jurídica administradora concursal, las incompatibilidades y prohibiciones, el deber y el régimen de aceptación, la expedición y entrega de la credencial, la inhabilitación por falta de comparecencia, por falta de cobertura o de aceptación, y de la renuncia (**arts. 62 a 71**, incluidos), cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) La designación ha de recaer en la persona natural o jurídica inscrita que, no solo corresponda por turno correlativo, sino que *haya declarado su disposición a ejercer las funciones de la administración concursal en el ámbito territorial correspondiente al juez del concurso.*
- ii) Al aceptar la persona jurídica el cargo de administrador concursal deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y *asumir la dirección* en el ejercicio de las funciones propias del cargo.



- iii) Al tratar de las prohibiciones para el nombramiento de administrador concursal (**art. 65**), el texto proyectado introduce – apartado segundo del art. 65- una prohibición que, en rigor, no opera para la designación de administrador concursal persona jurídica, sino para la designación de representante de esta para ejercer, como tal representante, las funciones del cargo, lo que, por lo tanto, afecta a la representación de la persona jurídica y no a la aptitud de esta última para ser designada administradora concursal. El precepto, por lo demás, resulta innecesario cuando en el apartado cuarto del art. 63 se prevé que *«[A]l representante de la persona jurídica nombrada administradora concursal le será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, separación y responsabilidad establecido para los administradores concursales»*.
- iv) Se echa en falta, por otra parte, la prohibición consistente en la vinculación personal o profesional (art. 28.3, en relación con el art. 93 LC), que opera para la designación de administradores concursales en un mismo concurso en los excepcionales casos de administración dual, dejando a salvo a las personas jurídicas inscritas. Tampoco se ha recogido la prohibición relativa a los expertos independientes que hubiesen emitido el informe a que se refiere el art. 74 bis 4 de la LC, en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de la declaración de concurso (art. 28.5 LC).

150.- El texto proyectado dedica una subsección a la recusación de la administración concursal, desarrollando en tres artículos (**arts. 72, 73 y 74**) las previsiones del art. 31 LC. Asimismo, dedica la subsección quinta a los auxiliares delegados, recogiendo las previsiones del art. 31 LC. Respecto del régimen proyectado aplicable a estos últimos se advierte que, entre los casos en los que el nombramiento de un auxiliar delegado será obligatorio (**art. 76**), no se contempla el de concursos *de empresas de gran dimensión* (art. 31.1-2º LC). Por otra parte, al tratar de la retribución de los auxiliares delegados (**art. 78**), se atiende al supuesto ordinario de administración concursal única, pero no al supuesto excepcional de administración concursal dual, respecto del que debe establecerse que, como indica el art. 31.2 LC, la retribución será en proporción a la correspondiente a cada uno de los administradores concursales, salvo que el juez expresamente acuerde otra cosa. En este punto cabe incidir en que de lo dispuesto en los arts. **77 y 78 PTR** se desprende que la retribución de los auxiliares delegados correrá a cargo del administrador concursal en todo caso, incluso en aquellos supuestos de nombramiento obligatorio, lo que puede entrar en



colisión con el tenor del art. 31.2 LC, que se refiere a los casos en los que el juez concede la autorización para designar a los auxiliares delegados solicitada por la administración concursal por razón de la complejidad del concurso, conectándose, por tanto, con el primer inciso del apartado 1 de este mismo artículo, y no con el relativo al nombramiento obligatorio de los auxiliares delegados. Adviértase que, según cierta doctrina de las Audiencias Provinciales, en los casos de nombramiento obligatorio la retribución de los auxiliares delegados será con cargo a la masa.

151.- El texto proyectado no contiene la enumeración de las funciones de la administración concursal que, con carácter enunciativo, se recoge en el art. 33 LC. Esta omisión no se explica suficientemente en la MAIN, siquiera sea por la razón, que puede entenderse implícita, de que tal enumeración resulta innecesaria en la medida en las diversas funciones, ya de carácter procesal, ya las propias del deudor o de sus órganos de administración, ya las específicas en materia laboral, bien las propias de informe y evaluación, bien las de realización de valor y liquidación, bien, en fin, las de secretaria o cualquier otra atribuida por las leyes, se encuentran recogidas en los diferentes preceptos de la LC o de otras leyes. No obstante lo cual, el prelegislador debería respetar el actual contenido normativo y trasladar al texto proyectado el tenor del art. 33 LC, o explicar en la MAIN la razón por la que ha prescindido de incorporar en el texto proyectado el contenido de dicho precepto.

152.- El art. 35 de la LC, relativo al ejercicio del cargo de administrador concursal, se recoge en los proyectados **arts. 80 a 83**, incluidos, agrupados bajo una sección con el mismo enunciado "*Del ejercicio del cargo*", que da paso a la sección tercera, relativa a la retribución de la administración concursal (**artículos 84 a 93**, incluidos), en la cual se recoge el contenido del art. 34 LC.

153.- Respecto del régimen retributivo de la administración concursal, cabe reseñar que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha incidido en la potestad del juez del concurso para adecuar la retribución a la actividad realmente desarrollada (cfr. STS 3150/2016, de 5 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3150), y en que la retribución no se vincula automáticamente al hecho de la aceptación del cargo, sino al desarrollo de las funciones atribuidas y, en definitiva, a la prestación efectiva de las mismas (SSTS 2618, 2628 y 2635/2016, de 8 de junio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2618; ES:TS:2016:2628; y ES:TS:2016:2635).

154.- En particular, al entrar en el análisis del régimen recogido en el texto proyectado, se ha de significar que, al enunciar la regla de eficiencia (**art.**



**86-3ª)**, se reproduce en esencia lo dispuesto en el art. 34.2 d) LC, con lo que se está reiterando de ese modo su defectuosa formulación, pues se ha reprochado al legislador que con ella se hace dudar de la eficacia misma del principio que encierra, en la medida en que parece concebida más que a premiar la eficiencia, a castigar la ineficiencia. Es aconsejable que, al enunciarla, se comience por indicar que la retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones que le corresponden, tal y como hace la letra d) del art. 34.2 LC.

155.- Con independencia de lo anterior, se advierte que el prelegislador, al formular la regla, no se ajusta totalmente al precepto de la LC. En esta, la reducción de la retribución con base en el principio enunciado se contempla en términos potestativos en los casos de incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos.

156.- Y se considerará, en todo caso, que la calidad del trabajo es deficiente, y *deberá* reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe, caso este último en que la retribución se reducirá al menos en la misma proporción.

157.- El texto proyectado, en cambio, limita la reducción de la retribución *en todo caso* –es decir, al margen de la facultad discrecional del juez- al retraso que exceda en más de la mitad del plazo que deba observar la administración concursal, y a la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la relación de acreedores en favor de los demandantes en proporción igual o superior al diez por ciento del valor del inventario provisional o del importe de la relación provisional de acreedores presentada por la administración concursal, aplicando en este último caso la misma regla proporcional establecida en el último inciso del art. 34.2 d) LC. Sin embargo, deja al margen de la reducción obligatoria el incumplimiento de cualquier obligación de información a los acreedores, que pasa a integrar los supuestos que *autorizan* al juez del concurso a reducir la retribución. Se degrada de este modo la relevancia de la obligación incumplida, que en la ley vigente presenta una virtualidad máxima, al anudar a su incumplimiento



la indefectible consecuencia de la reducción de la retribución, contemplada sin embargo en términos potestativos respecto del incumplimiento de otras obligaciones.

158.- Por otro lado, la precisión contenida en el proyectado **art. 87**, relativo a la cuantía de la retribución y al vencimiento del crédito, por cuya virtud *«[e]l devengo del crédito se producirá al vencimiento de cada uno de los plazos»*, constituye una aclaración que se limita a precisar una consecuencia consustancial a la fijación de los plazos en que la retribución ha de ser satisfecha. Y la publicación del auto por el que se fije o modifique la retribución en el Registro Público Concursal (art. 34.5 LC) pasa a estar prevista en el art. 560-4º del texto proyectado.

159.- Los arts. **91, 92 y 93** PTR contienen las previsiones de los arts. 34 *bis, ter y quater* LC relativas a la apertura, el régimen y la dotación de la cuenta de garantía arancelaria, limitándose el prelegislador a reestructurarlas. Se advierte, no obstante, que ha omitido la previsión del desarrollo reglamentario sobre el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria, omisión que no se justifica por el hecho de que esté en tramitación el proyecto de Real Decreto que desarrolla el estatuto de la administración concursal.

160.- La sección cuarta de este capítulo II desarrolla, en los **arts. 94 a 99** del texto proyectado, el régimen de responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados que se contiene en el art. 36, respecto del que, sin embargo, introduce en el art. 98.2 la regla del plazo -anual- de prescripción de las acciones individuales de responsabilidad que puedan corresponder al concursado, a los acreedores o terceros por actos u omisiones de aquellos, y la regla de su cómputo a partir del momento en que el actor hubiese tenido conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama, y en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo. Es esta una norma que se acomoda al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual y a su cómputo establecido con carácter general en el art. 1968-2º CC, con la cláusula de cierre que representa la fijación del término inicial del cómputo del plazo en la fecha de cese de los administradores concursales o los auxiliares delegados.

161.- La sección quinta de este capítulo II, relativo a la separación y revocación de los administradores concursales y delegados auxiliares, cierra este capítulo y con él, también el Título II. Da una nueva estructura a los arts. 37, 38 y 39 LC, recogiendo su contenido. Únicamente cabe advertir sobre la conveniencia de que en el **art. 103 PTR**, que versa sobre los



recursos procedentes y la legitimación para recurrir las resoluciones sobre el nombramiento, revocación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados, se incluya en su enunciado el sustantivo “*Recursos*”, para adecuarlo al contenido completo del precepto.

### **TITULO III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO**

#### **a) Los efectos sobre el deudor (capítulo I)**

162.- El texto proyectado articula diferenciadamente, a través de las correspondientes secciones de este capítulo, los efectos sobre el concursado en general, los efectos sobre su capacidad procesal, los efectos específicos sobre la persona natural, los efectos específicos sobre la persona jurídica y, finalmente, los deberes de colaboración del concursado.

163.- Abre el capítulo la regulación de los efectos sobre las comunicaciones, la residencia y la libre circulación del concursado (**art. 105**), que se remite, como hace el art. 41 LC, a la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.

164.- Respecto de los **efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado**, el proyecto (**art. 106**) mantiene, como no podía ser de otra manera, el doble sistema de limitación de las facultades patrimoniales del deudor, a través de la intervención de la administración concursal, en el caso de concurso voluntario, y de la sustitución-suspensión, en el caso de concurso necesario.

165.- El **art. 107** determina el ámbito objetivo de la limitación o suspensión de facultades con referencia a los bienes y derechos integrados o que se integren en la masa activa y a la asunción, modificación o extinción de obligaciones y, en su caso, al ejercicio de las facultades que corresponden al deudor en la sociedad o comunidad conyugal.

166.- La referencia a la masa activa, antes que al patrimonio del concursado, y a la asunción, modificación y extinción de obligaciones, define más adecuadamente el marco objetivo sobre el que ha de operar la intervención o la suspensión de facultades, y es acorde con lo dispuesto en los arts. 40.6 y 43 LC. Debe tenerse en cuenta que, conforme reitera la jurisprudencia, la autorización en los casos de intervención no es precisa para actos de disposición o gravamen anteriores a la declaración de concurso, lo que se ha predicado de la constitución de una hipoteca con anterioridad a la declaración de concurso, inscrita con posterioridad (STS, Sala Primera, de 7 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3918),



debiendo quedar debidamente acreditada tal circunstancia. La referencia a "*la asunción, modificación o extinción de obligaciones*", puede resultar, sin embargo, difícil de armonizar con los efectos sobre las facultades patrimoniales –de administración y disposición- en caso de intervención o de suspensión. Pudiera ser más acertado aclarar que, por virtud de aquellos efectos, el concursado quedará limitado o privado de contraer, modificar o extinguir obligaciones por sí mismo, y precisar que estas habrán de tener naturaleza patrimonial y recaer sobre bienes o derechos integrados en la masa activa.

167.- Es oportuna, en cambio, la redacción del inciso final del apartado primero de este artículo, que corrige la errónea dicción del art. 40.6 LC, quedando ahora como sigue: «*[y], en su caso, al ejercicio de las facultades que correspondan al deudor en [y no de, como dice el art. 40.6 LC]*»

168.- Por otra parte, la conservación de la facultad de testar (art. 40.6, último inciso, LC) se ha de entender *sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia*.

169.- La infracción del régimen de limitación o suspensión de facultades se resuelve mediante la anulación del acto infractor a instancia de la administración concursal, salvo que esta los hubiese convalidado o confirmado (**art. 109.1** PTR), estando autorizado cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción para requerir a la administración concursal a fin de que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto (**art. 109.2**), en los mismos términos en que se expresa el art. 40.7 LC, que, recuérdese, supuso un sustancial cambio respecto de la anterior legislación concursal, con relación a la cual la jurisprudencia había interpretado que los actos realizados por el quebrado eran nulos de pleno derecho, sin posibilidad de confirmación o convalidación.

170.- Desde sectores autorizados de la doctrina se había puesto de relieve la falta de regulación en la LC del pago o cumplimiento de la prestación por el deudor del concursado en los concursos sin elemento de extranjería (para los concursos con elementos internacionales se contiene en los arts. 216 y 225 LC), de forma que quedaba abierta la duda acerca de si estos actos estaban sujetos al régimen del art. 40.7 LC, por cuanto la aceptación del pago, con el consiguiente efecto liberatorio, es un acto de administración y disposición del concursado. Habitualmente se ha acudido a las normas del Código Civil que regulan el pago o cumplimiento de las obligaciones, en particular al art. 1165 CC, conforme al cual no será válido el pago hecho al



acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda, debiendo servir el auto de declaración de concurso como instrumento de notificación a estos efectos.

171.- El texto proyectado se ha hecho eco de ese vacío normativo, y en el **art. 110** dispone que *«[E]l pago realizado al concursado solo liberará a quien lo hiciera si, al tiempo de efectuar la prestación, desconocía la declaración de concurso. Se presume el conocimiento desde la publicación de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado»*. De este modo, se resuelve la cuestión desde la perspectiva del efecto liberatorio del pago, sirviendo la publicidad del auto de declaración del concurso como instrumento que surte los efectos de la orden de retención de la deuda; de manera que se encuentra implícito en el precepto que el deudor, que ignorante de la declaración de concurso efectúa el pago, se verá liberado de la obligación sin necesidad de autorización, confirmación o convalidación de la administración concursal, debiendo acreditar tal desconocimiento, desvirtuando la presunción de conocimiento anudada a la publicidad de la declaración del concurso.

172.- El prelegislador, por tanto, ha introducido una regla que colma una laguna apreciada en la regulación vigente, incorporando las reglas contenidas en los arts. 216 y 225 LC (arts. 736 y 746 PTR), y que entronca con el principio del efecto liberatorio del pago realizado de buena fe (art. 1164 CC), así como, en el reverso del principio, con la regla del art. 1165 CC, que contempla, en esencia, un supuesto de pago que no sería de buena fe. Su inclusión, por tanto, responde a la finalidad de completar la regulación vigente a partir de los principios y reglas que disciplinan el pago o cumplimiento de la obligación y sus efectos solutorios contenidos en el Código Civil. Desde ese entendimiento, y atribuyendo a la actuación integradora del prelegislador en este punto una función armonizadora y aclaratoria, cabe considerar que el precepto queda dentro de los límites de la autorización para la refundición normativa. No obstante, permanece la duda acerca de si cabe que, mediante la convalidación o confirmación del pago por la administración concursal, puedan atribuirse efectos liberatorios al realizado con conocimiento de la declaración del concurso.

173.- El art. 44 LC, relativo a la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, se desdobra en los artículos **111 a 114**, ambos inclusive, del texto proyectado.

174.- La opción legislativa de la continuidad de la actividad es coherente con una administración dinámica de la masa activa del concurso y con su mejor conservación. Este sistema de continuidad de la actividad profesional



o empresarial se implementa a través del régimen de autorización, con carácter general, en caso de intervención, para realizar aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados por el concursado o por sus apoderados (**art. 112 PTR**); y, en caso de suspensión, con las medidas que adopte la administración concursal que sean necesarias para tal continuidad de la actividad (**art. 113**). Tales medidas se conciben como excepciones respecto del régimen general de autorización judicial para la realización de los actos de enajenación o gravamen hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación (art. 43.2 LC y **arts. 204, 205 y 206 PTR**). Y en ese marco normativo proclive a la continuidad de la actividad profesional o empresarial constituye también una excepción el cierre de oficinas y establecimientos y el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial acordada por el juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores (**art. 114 PTR** y art. 44.4 LC); si bien cabría considerar, en caso de intervención, y sin exceder del marco de la habilitación normativa, la conveniencia de permitir también al deudor solicitar al juez la adopción de estas medidas.

175.- Cabe sugerir, no obstante, la modificación del enunciado del art. 112, que reza: "Intervención del ejercicio de la actividad profesional o empresarial", pues, en rigor, la intervención recae sobre las facultades de administración y disposición en el ejercicio de tales actividades, y no en estas mismas; y además, porque no se corresponde con el contenido del precepto, que establece una autorización general, en casos de intervención, para la realización de aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados por el concursado o por sus apoderados.

176.- Los arts. **115 a 118**, ambos incluidos, desarrollan las disposiciones del art. 46 LC, relativo a la formulación de las cuentas anuales del deudor, y las complementan con una regla dirigida a la formulación de las cuentas de la persona jurídica concursada, en caso de suspensión de facultades, por la administración concursal (art. 116.2), y a la presentación de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias, bien en caso de intervención, bien en caso de suspensión (art. 118), en lo que no es sino mera concreción de las reglas generales sobre las facultades patrimoniales del deudor en uno y otro caso.

177.- El texto proyectado reordena y da una nueva ubicación a la regulación de los **efectos del concurso sobre el ejercicio de acciones del concursado**, que aparece agrupada en una sección referida a los efectos



[del concurso] sobre la capacidad *procesal* del concursado. Regula, en primer término, la capacidad *procesal* del concursado en caso de intervención (**art. 119**), que requiere de la *autorización* -término distinto del de "conformidad" que emplea el art. 54.2 LC- de la administración concursal para presentar demandas e interponer recursos, a lo que ahora se añade «[p]ara [...] desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa».

178.- El empleo del término "*autorización*" responde a la necesidad de armonizar las expresiones utilizadas en el art. 51.3 LC, respecto de los efectos del concurso, en caso de intervención, sobre la capacidad del concursado en punto a los procedimientos en curso, y en particular para desistir, allanarse y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar al patrimonio concursal -necesitará de la *autorización* de la administración concursal-, y en el art. 54.1 LC, que con relación al ejercicio de acciones acude al término "conformidad". Es razonable, en estos casos de intervención, someter al régimen de la autorización de la administración concursal tanto el ejercicio de acciones y la interposición de recursos, como los actos de disposición sobre el objeto del proceso ya iniciado.

179.- Por otra parte, no está de más recordar que, según pacífica jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con cita de referentes jurisprudenciales, se ha considerado que la omisión de la aportación de la autorización de la administración concursal constituye un defecto subsanable.

180.- El **art. 120 PTR** reformula las reglas de los arts. 51.2 y 54.1 LC para el caso de suspensión de facultades del concursado. Conforme al art. 51.2 LC, en estos casos, «[l]a administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a este [al deudor concursado] en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará de la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios [...]»; y el art. 54.1 LC dispone para esos mismos casos que «[c]orresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio».



181.- El proyectado art. 120, en su apartado primero, establece que, en caso de suspensión, «[c]orresponderá a la administración concursal la presentación de demandas y la interposición de recursos en interés del concurso»; precepto que se complementa con los contenidos en los dos apartados siguientes, relativos, en un caso, a los procedimientos judiciales en trámite a la fecha de la declaración del concurso, en los que la administración concursal sustituirá al concursado, salvo que se traten de procedimientos civiles en que se ejerciten acciones de índole personal –en cuyo caso mantendrá el deudor concursado la capacidad procesal-, y en otro caso, a los procedimientos civiles que se inicien después de la declaración del concurso en que se ejerciten acciones de índole personal, en los que el concursado mantendrá su capacidad procesal, si bien necesitará la autorización de la administración concursal para presentar demandas e interponer recursos y realizar actos de disposición sobre el objeto del proceso.

182.- Se advierte, por una parte, que el prelegislador elude el empleo del término *legitimación*, y ello puede ser correcto: en rigor, la sustitución del deudor por la administración concursal afecta a la capacidad procesal de aquel, y esta actúa en representación de la masa activa (cfr. art. 7.5 LEC, en relación con el art. 6.1-4º de la misma ley), actuando en interés de la masa activa por derechos ajenos (del concursado) en un específico supuesto de sucesión procesal.

183.- Por otra parte, al reformular el contenido de los arts. 51.2 y 54.1 LC, el prelegislador corre el riesgo de introducir más oscuridad que claridad, y de lograr el efecto contrario al que ha de estar orientada la técnica de la refundición normativa. Al enunciar la regla del apartado primero del art. 120 desconectada de las recogidas en los apartados siguientes, puede dar lugar a que se entienda que la sustitución de la administración concursal en la capacidad procesal del concursado se produce para cualquier procedimiento y para el ejercicio de cualesquiera acciones y para la interposición de cualesquiera recursos, cuando en la formulación del art. 54.1 solo se contempla esa sustitución para el ejercicio de acciones de índole no personal, y respecto de los procedimientos que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso. El prelegislador no ha prescindido enteramente de esta expresión –“*acciones de índole personal*” o “*acciones personales*”–, pues acude a ella en los siguientes apartados del artículo. Acaso el empleo del complemento “*en interés del concurso*” pretende clarificar que esa sustitución tiene lugar respecto de acciones de contenido patrimonial directo, por afectar al patrimonio del concursado, dejando fuera de ella acciones que afecten a sus derechos de la



personalidad o a las relaciones familiares o conyugales que carezcan de incidencia en el concurso o afecten exclusivamente a la esfera de los derechos de deudor.

184.- Y por otra parte, esta reformulación de los arts. 51.2 y 54.1 LC ofrece un resultado un tanto confuso e incompleto, pues respecto de los procedimientos en trámite a la fecha de declaración de concurso rige, en la regulación vigente, la regla de la sustitución del concursado por la administración concursal, continuando tras la sustitución aquellos respecto de los que, por interés del concurso, no se haya provocado, con la debida autorización judicial, su terminación por desistimiento, allanamiento transacción; y ello sin perjuicio de las facultades del concursado en orden a mantener su representación y defensa separada, en los términos previstos en el segundo párrafo del art. 51.2 LC, y en el proyectado art. 121. Y si en el art. 120.2 PTR se mantiene la misma regla de la sustitución, con excepción de los procedimientos civiles en que se ejerciten acciones de índole personal –lo que puede resultar coherente con la sustitución y prosecución de los procedimientos limitadas a los casos que proceda “*en interés del concurso*”-, queda desconectada de ella la relativa a la necesidad de autorización judicial para disponer del objeto de los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso, que ahora se recoge en el apartado cuarto del art. 120 PTR, cuando lo adecuado sería mantener un tratamiento conjunto del régimen de los procedimientos en trámite, en evitación de esfuerzos interpretativos. Se advierte, además, que no se contempla el traslado al deudor y a las partes personadas a los efectos de ser oídas con relación a la solicitud de la administración concursal para desistir, allanarse o transigir, tal y como prevé el art. 51.2 LC.

185.- Por lo demás, en los procedimientos en trámite en los que se ejerciten acciones de índole personal falta la previsión acerca de la necesidad de autorización de la administración concursal para llevar a cabo actos de disposición sobre el objeto del proceso y para interponer recursos, que, en cambio, sí se contiene respecto de los procedimientos que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso en los que se ejerciten acciones de índole personal, cuando el tenor del art. 54.1 LC predica dicha autorización con carácter general respecto del ejercicio de acciones de índole personal que puedan afectar al patrimonio del concursado; omisión que, si bien puede explicarse por razón de la sustitución del concursado en los procedimientos en curso cuya prosecución resulte oportuna “*en interés del concurso*”, pudiera resultar oportuna su explicación, para mejor inteligencia de los preceptos objeto de reformulación y de aquel que lleva a cabo su refundición.



186.- El **art. 121 PTR**, por su parte, reproduce el precepto del segundo inciso del art. 51.2 LC relativo al mantenimiento de la representación y defensa separadas por el concursado, y el **art. 122** la legitimación subsidiaria de los acreedores en los términos del art. 54.4 LC.

187.- Debe llamarse la atención en el hecho de que el art. 121 PTR no contiene una regla equivalente a la del art. 54.3 LC, que dispone que *«[E]l deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa»*. Esta omisión hace que, vista la redacción del proyectado art. 121 –que se refiere a los procedimientos en trámite-, se vea reducida la facultad del deudor en relación con la que le reconoce la ley vigente; por lo que se sugiere la reformulación del contenido del art. 121 PTR para dar cabida en su totalidad a la regla contenida en el art. 54.3 LC.

188.- El texto proyectado regula a continuación **los efectos específicos sobre la persona natural**, que se concretan en el derecho a alimentos (**art. 123**), el deber de alimentos (**art. 124**) y el derecho a solicitar la disolución conyugal (**art. 125**). Se reestructura de ese modo el art. 47 LC respecto del derecho al percibo de los alimentos y el deber de prestación con cargo a la masa activa. Se advierte que, al tratar del ejercicio de la acción de reclamación de alimentos por personas distintas del concursado, su cónyuge y descendientes bajo su potestad, o pareja de hecho inscrita en la que concurren pactos expresos o tácitos o hechos concluyentes de la inequívoca voluntad de constituir un patrimonio común, se ha omitido la autorización del juez del concurso para ejercitar la acción, autorización que, sin embargo, puede considerarse implícita en la resolución del juez del concurso sobre su procedencia y cuantía.

189.- Conviene retener que el art. 47.2 LC se complementa con el art. 84.2-4º LC, conforme al cual, si la obligación de prestar alimentos se ha impuesto al concursado por resolución posterior al concurso por el juez competente para conocer de los procesos a que se refiere el título I del Libro IV de la LEC, los créditos que se devenguen son créditos contra la masa que se satisfacen con cargo a ella en toda la extensión que haya fijado la resolución judicial, como también lo serán los fijados en resolución anterior que se devenguen con posterioridad a la declaración del concurso. Por tanto, los alimentos derivados de los procedimientos matrimoniales, de capacidad y menores son siempre contra la masa, con independencia de que se hayan establecido por resolución judicial posterior a la declaración del concurso, o se hayan devengado con posterioridad a este momento con



origen en una resolución anterior; en tanto los que derivan de resoluciones recaídas en procedimientos distintos de los anteriores y no son acreedores de ellos las personas a las que se refiere el art. 47.1 LC, y ahora el 124.1 PTR, solo podrán percibirse con cargo a la masa en los términos previstos en el art. 47.2 LC y en el proyectado 124 PTR, y solo en la cuantía fijada por el juez del concurso, teniendo el exceso la consideración de crédito concursal ordinario.

190.- Cabe puntualizar que las pensiones compensatorias no tienen carácter de créditos/deudas de alimentos, y que no se encuentran incluidas expresamente en el art. 84 LC entre los créditos contra la masa, encontrándose además con el inconveniente de que, si nacen dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, el crédito tendría la consideración de subordinado por razón la vinculación con el deudor ex arts. 925º y 93.1 1º LC. Respecto de las fijadas con posterioridad a la declaración de concurso, o antes pero devengadas con posterioridad, tendrán la consideración de crédito concursal, ordinario o subordinado, según los casos, al tratarse de obligaciones nacidas de la ley con posterioridad a la declaración del concurso y hasta la conclusión del mismo (art. 84.2-10ª LC y art. 242.13ª PTR).

191.- El **art. 125 PTR** contiene un precepto que recoge casi en su literalidad lo dispuesto en los arts. 49.2, 77.2 y 78.4 LC, reconociendo el derecho del cónyuge del concursado a solicitar del juez del concurso la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieren incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado, acordándose por el juez del concurso la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges de forma coordinada con el convenio o con la liquidación de la masa activa, y reconociendo el derecho del cónyuge a que la vivienda habitual del matrimonio que tenga carácter ganancial se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance, abonándose el exceso al contado.

192.- La norma proyectada hace expresa alusión al "*pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges*", lo que cohonesta bien con la idea, que se encuentra en la más reputada doctrina, de que la coordinación exigida por la LC no tiene por qué resolverse necesariamente en la previa liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, cabiendo otras vías para asegurarla, como la de que en el marco del concurso se proceda a pagar las deudas comunes con cargo a los bienes comunes, de manera que lo que se liquide en la pieza separada sea el exceso de estos últimos que eventualmente existiesen.



193.- La sección cuarta de este capítulo I tiene por objeto la regulación de los **efectos específicos sobre la persona jurídica**.

194.- Los arts. **126, 127, 128, 129 y 130** del texto proyectado recogen, bajo una nueva estructura, las disposiciones del art. 48 LC relativas a los efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras, en particular referidas al mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada, los efectos del concurso sobre los órganos colegiados de la persona jurídica concursada, y más en concreto la participación de la administración concursal en la sesiones de los órganos colegiados, el régimen de la constitución de la junta o asamblea con carácter universal y de los acuerdos de la junta o asamblea con contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso, el régimen de representación, del ejercicio de las facultades de administración y disposición, en los casos de intervención y de suspensión, la representación de la persona jurídica concursada en el concurso, y, en fin, la supresión o reducción del derecho a la retribución de los administradores de la persona jurídica concursada.

195.- El proyecto se atiene, con respeto de su literalidad, a las disposiciones del art. 48. Cabe hacer, no obstante, las siguientes observaciones. En primer lugar, se debe llamar la atención del prelegislador acerca del empleo del término "*confirmación*" junto al de "*autorización*", referido a la eficacia de los acuerdos de la junta o asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso, y como presupuesto de ella (art. 127.3). El prelegislador, al tratar de los efectos del concurso sobre el concursado en general y sobre su capacidad procesal, ha optado por referirse únicamente a la "*autorización*" de la administración concursal, y lo coherente es hacer lo propio en este caso.

196.- Y en segundo lugar, es indiscutible que en la LC –y en esto lo sigue también el texto proyectado– rige el régimen general sobre funcionamiento de los órganos propios de la persona jurídica, de suerte que ni la convocatoria de la junta ni la designación de quien ha de presidirla (cfr. STS, Sala Primera, de 24 de abril de 2012, ECLI:ES:TS:2012:4399) son competencia de la administración concursal, incluso en los casos de suspensión, pues tales actos tienen un carácter estrictamente orgánico y por sí solos carecen de relevancia para la administración del patrimonio concursal.

197.- No obstante, cabe considerar que, tanto bajo el régimen de intervención como de suspensión, la administración concursal puede entender necesaria la convocatoria de junta con un determinado orden del



día para la mejor conservación de la masa activa, y puede suceder que el órgano de administración no atienda la solicitud de convocatoria. En tales casos, cabe concebir la autorización del juez del concurso al amparo del art. 43.1 LC, precepto que se traslada al art. 204 del texto proyectado, relativo al deber de conservación de la masa activa, y por la vía del art. 188 LC, que en el proyecto se contiene en el art. 517.

198.- Se ha de llamar la atención acerca de la inadecuada ubicación del precepto contenido en el art. 128.2 PTR. El art. 128 lleva por título "*Representación de la persona jurídica concursada frente a terceros*", y efectivamente, contiene reglas referidas a esa representación, salvo la recogida en su apartado segundo, que establece «*[E]l juez, a solicitud de la administración concursal, podrá atribuir a esta en interés del concurso el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a las cuotas, acciones o participaciones sociales integradas en la masa activa de la persona jurídica concursada*».

199.- Los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones contra los socios se regulan en el **art. 131**, que reproduce los términos del art. 48 bis LC, redactado por la reforma operada por la ley 38/2011, y que se desdobra en la legitimación de la administración concursal para el ejercicio *durante la tramitación del concurso* de las acciones contra el socio o socios *personalmente* responsables por las deudas de la persona jurídica anteriores a la declaración de concurso y para reclamar, en el momento y por la cuantía que estimara conveniente, el desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas.

200.- En la redacción vigente, que respeta el art. 131 del texto proyectado, se han eliminado los límites temporales existentes en el antiguo 48.5 LC y se la omitido toda referencia a la solución del concurso, ya por convenio, ya por liquidación. Y el **art. 133**, como se verá, ha mantenido la medida cautelar prevista en el art. 48 *ter.2* LC, lo que conforme cierta orientación doctrinal conduce a afirmar, en una interpretación congruente y relacionada de ambos preceptos, que la medida cautelar de embargo de los bienes y derechos del socio de la persona jurídica concursada debe operar cuando, pendiente la solución del concurso, de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas, mientras que la acción frente a los socios, ejercitada por la administración concursal – subsidiariamente por los acreedores ex art. 54.4 LC y 122 PTR-, solo sería posible una vez se determine en la liquidación la parte de la masa pasiva no satisfecha, momento en que podrá considerarse la existencia de una deuda líquida y exigible que autorice su exigibilidad mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad.



201.- El **art. 132 PTR**, por su parte, reformula el art. 48 quater –el art. 48.2 LC previo a la reforma de 2011-, que atribuye *en exclusiva* a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones sociales frente a los administradores, liquidadores y auditores de la sociedad deudora; añadiéndose ahora la precisión de que los administradores o liquidadores pueden ser de hecho o de derecho, y completando la relación de los sujetos pasivos de la acción, en consonancia con la actual configuración subjetiva de las acciones sociales de responsabilidad, con la mención de la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo de administración en uno o varios consejeros delegados.

202.- Se ha de incidir en este punto en la compatibilidad entre la acción social de responsabilidad y la acción de responsabilidad concursal ex art. 172 bis LC (454.-4º y 455 PTR), sin perjuicio de los problemas que pueden suscitarse cuando la base fáctica del ejercicio de una y otra acción es coincidente. Y debe incidirse también en que los efectos del proyectado art. 132 (art. 48 quater LC) se ciñen al ejercicio de acciones sociales, y no alcanzan al ejercicio de las acciones individuales, que no se verán afectadas por la declaración del concurso, según se deduce –a contrario- del art. 50.2 LC y del art. 136.1-2º PTR, referidos a las acciones sociales, del art. 51.1, segundo párrafo, LC, que se refiere a la acumulación al concurso de los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores, y del art. 51 bis LC (art. 139 PTR), que ordena la suspensión de la tramitación de juicios en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades concursadas que hubieran incumplido los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución; ello, sin perjuicio de la prioridad que deba reconocerse, en orden a su exigibilidad, a la responsabilidad concursal respecto de la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores ejercida con base en la acción individual.

203.- El **art. 133 PTR** recoge, reordenándolas, las disposiciones del art. 48 ter LC, relativas al embargo de bienes, y los arts. **134 y 135**, que se agrupan bajo la sección quinta que cierra este capítulo I, los deberes de colaboración del concursado respecto de la puesta a disposición de la administración concursal de los libros de llevanza obligatoria y los



documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial (art. 45 LC) y los deberes de colaboración e información previstos en el art. 42 LC.

204.- Cabe poner de manifiesto, no obstante, que el prelegislador aclara que el embargo de bienes y derechos se practicará *«sin necesidad de caución con cargo a la masa activa»*, aclaración que deja el embargo acordado al amparo del proyectado art. 133 al margen del régimen general del art. 728.3 LEC, lo que se estima pertinente, tanto por la especificidad de esta medida cautelar, orientada a asegurar la efectividad de la sentencia de calificación de las personas a las que afecta el embargo, cuanto por la necesidad de evitar el gravamen sobre la masa activa, cuando los eventuales perjuicios derivados del embargo han de ser exigibles como créditos contra la masa.

205.- Y respecto de los deberes de colaboración, cabe hacer la observación, de técnica jurídica, acerca de la necesidad de adecuar el título de la sección *–“De los deberes de colaboración del concursado”–* y del art. 135 *–“Deber de colaboración y deber de información”–*, al verdadero contenido de este último y del conjunto de la ley, por cuanto, por un lado, el art. 135 se refiere al deber de comparecencia, que, aunque instrumental del de colaboración, es conceptualmente distinto de este; por otro, porque los apoderados son personas distintas del concursado, ya persona natural, ya persona jurídica; y, en fin, porque el deber de colaboración es predicable de todos aquellos que ostenten funciones representativas, y no solo de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada.

#### **b) Los efectos sobre las acciones individuales (capítulo II)**

206.- El **art. 136 PTR**, al tratar sobre los **efectos de la declaración del concurso sobre los nuevos juicios declarativos**, y que recoge los términos del art. 50 LC, se abre con la precisión de que el mandato de abstención del conocimiento de los juicios que se predica, en cada caso, de los juzgados del orden civil –de primera instancia– y del orden social, y de los juzgados de lo mercantil se extiende *«[D]esde la declaración del concurso hasta la fecha de eficacia del convenio o, en caso de liquidación, hasta la conclusión del procedimiento»*. Esta precisión, no contenida en el art. 50 salvo en lo referido a las acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubiesen incumplido los deberes legales en caso de concurrencia de causa de disolución» -y enunciada en términos más generales: *“desde la declaración del concurso hasta su conclusión”–* es consecuencia de lo dispuesto en el art. 133.2 LC, que se traslada al art. 394 PTR, conforme al



cual «[d]esde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio»; efectos entre los cuales se encuentran los que dispensa el art. 50 LC, y ahora, el art. 136 PTR, tal y como ha puesto de relieve la STS, Sala Primera, de 3 de mayo de 2017 (ECLI.....). Y se encuentra en armonía asimismo con lo dispuesto en el art. 143.2, en relación con el art. 141 LC, ahora recogidos, respectivamente, en los arts. 409.2, y 466 y 481 PTR, que determinan la apertura de la fase de liquidación en caso de incumplimiento del convenio, con la aplicación de las reglas contenidas en el título III LC –el relativo a los efectos de la declaración del concurso–, en lo que fuere aplicable, y hasta la conclusión del procedimiento (art. 178 LC y arts. 482, 483 y 484 PTR). De este modo, decae la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del concursado desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, espacio temporal en el que el concursado recupera su actividad profesional o empresarial en observancia, precisamente del convenio (cfr. SS de 3 de mayo de 2017, cit.).

207.- Por lo demás, la precisión que se incluye en el apartado 136.2 PTR relativa a la «[p]revia declaración de nulidad de las actuaciones [...]» no es más que una aclaración de carácter técnico, consustancial a la carencia de validez de las actuaciones practicadas a que alude el art. 50 LC.

208.- Los arts. 51 y 52 LC, relativos, respectivamente, a la **continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes, y a la suspensión de juicios declarativos pendientes**, se desdoblán, sistemáticamente mejor desarrollados, en los **arts. 137, 138 y 139 PTR**. Al respecto, cabe observar que el art. 138 extiende, en cuanto a la acumulación, el ámbito subjetivo de las acciones de responsabilidad, en coherencia con la redacción del vigente art. 236 TRLSC, y parece extenderse también su ámbito objetivo, por cuanto, con excepción de los auditores, ya no se limitan las acciones de responsabilidad por los daños y perjuicios a la persona jurídica concursada, por lo que es dable considerar que se incluyen también las acciones individuales de responsabilidad; lo que puede encontrar explicación en el hecho de que solo las acciones de responsabilidad contra los administradores por incumplimiento de obligaciones legales quedan afectadas por la interdicción derivada del art. 136.1-2º PTR (art. 50.2 LC).

209.- Por lo demás, la precisión de que la suspensión se producirá desde la declaración del concurso hasta la fecha de eficacia de convenio o, en caso



de liquidación, hasta la conclusión del procedimiento, es coherente con el párrafo inicial del apartado primero del art. 136 PTR.

210.- El **art. 140 PTR**, relativo a los **pactos de mediación, convenios y procedimientos arbitrales**, complementa el vigente art. 52 LC en lo relativo a la continuación de los procedimientos de mediación y a la capacidad procesal del concursado en estos procedimientos y en los de arbitraje. Esta integración normativa, que atiende a la realidad que representa la articulación legal de los procedimientos de mediación regulados por la Ley 5/2012, de 6 de julio, se mueve dentro de los límites de la autorización para la refundición legislativa, por lo que no merece reproche alguno.

211.- En coherencia con la sistemática propuesta, la sección segunda de este capítulo II (**arts. 142 a 151**, incluidos) regula los **efectos de la declaración del concurso sobre las acciones y sobre los procedimientos ejecutivos**.

212.- Mejor sistematizados y ordenados bajo dos subsecciones, la primera relativa a las reglas generales (arts. 142, 143 y 144), y la segunda a las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados (arts. 145<sup>a</sup> 151, ambos inclusive), se trasladan al texto proyectado los artículos 55, 56 y 57 LC.

213.- Como punto de partida, se ha de tener en cuenta que la prohibición de iniciar ejecuciones singulares sobre el patrimonio del deudor a partir de la declaración de concurso recae sobre todo tipo de ejecución, sea judicial, extrajudicial o administrativa. Con ello se trata de proteger a los acreedores y hacer factible el principio básico de la *pars condicio*, sobre la base de la *vis atractiva* del concurso. En términos de la sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:8759), «[e]s indudable que en las situaciones de concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela. Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho no es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 LGT (en este sentido, nuestra sentencia resolviendo el Conflicto 4/2005, de 19 de octubre de 2005)».



214.- Dicho lo anterior, debe significarse la elusión en el texto proyectado de la referencia a *"apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor"*, expresión que ahora se sustituye por la más acertada de *"apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa"*, con lo que se expresa de forma más correcta la relación entre el género (apremios administrativos) y la especie (apremios tributarios), y se precisa, también convenientemente, la composición del patrimonio integrado en la masa activa del concurso.

215.- El art. 143 PTR, que sistemáticamente se corresponde con el art. 55.2 y 3 LC, clarifica el régimen de suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución contra los bienes y derechos de la masa activa que se hallaren en tramitación a la fecha de declaración del concurso, añadiendo los efectos de las actuaciones realizadas en contravención a dicha suspensión –sancionadas con la nulidad, como establecía la redacción original del art. 55.3 LC-, y precisando hasta qué momento no podrá acordarse el levantamiento y la cancelación de los embargos administrativos –hasta que tenga lugar la realización del bien objeto de la traba-.

216.- Las precisiones más significativas se introducen, no obstante, en el art. 144, al tratar de las excepciones a la suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución, que enuncia estas excepciones, relativas a las ejecuciones laborales en las que el embargo del bien o derecho fuese anterior a la declaración del concurso y los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuera anterior a la fecha de declaración del concurso, indicando cuándo y de qué modo se habrá producir la prosecución de estas actuaciones –*cuando se incorpore a las actuaciones o al procedimiento correspondiente el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que un bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, precisión que se toma del art. 56.2 LC-*, incidiendo en la exclusiva competencia del juez del concurso para determinar si el bien o derecho embargado es necesario para la continuidad de la actividad profesional del deudor, en línea con la reiterada doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 26 de junio de 2014, ECLI:ES:TS:2014:2851, entre otras) y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (SSTS de 30 de mayo de 2018 y de 13 de febrero de 2019, ECLI: ES:TS:2018:2014, y ES:TS:2019:388). Lo que se traslada, por lo demás, al art. 147 PTR, que sistematiza el art. 56.1 y 5 LC, si bien añade en su apartado tercero que *«[L]a previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente*



*por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias». Esta modificación de la declaración del carácter del bien, que corre paralela a la eventual impugnación de la resolución del juez del concurso al respecto, basada en la modificación de las circunstancias que determinaron la declaración, no se contempla, sin embargo, en el art. 144 PTR, cuando no hay razón alguna para excluirla, por lo que se sugiere la inclusión de similar previsión en el art. 144 PTR.*

217.- Todavía más significativa es si cabe la previsión del art. 144.2 PTR, que, con relación a las actuaciones y los procedimientos de ejecución singulares que, por afectar a bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pueden proseguir no obstante la declaración del concurso, dispone: *«[E]l dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma [a la ejecución], cualquiera que sea la clasificación de ese crédito, y el sobrante se integrará en la masa activa»*. En este punto parece advertirse la influencia de la doctrina mayoritaria de los tribunales, representada inicialmente en la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 10 de marzo de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:4878), que precisa: *«[D]e este modo, lo obtenido por la Agencia Tributaria no se imputa directamente a los créditos reconocidos con privilegio general del artículo 91.4 LC, sino que se imputa a los que correspondan con los efectivamente pagados, de acuerdo con la imputación de pagos extraconcursal (los más antiguos de los créditos para cuyo pago se inició el apremio y se practicó el embargo del bien o derecho, de cuya realización proviene el pago) y que deberá justificar a la Administración Concursal al comunicar el cobro extraconcursal. Por tanto, la regla no es aplicar proporcionalmente el importe cobrado a todas las clases de créditos clasificados, sino tener por pagados los créditos realmente extinguidos por el pago, conforme a las reglas de imputación de pagos del artículo 63 de la Ley General Tributaria»*.

218.- Se ha de incidir, empero, en que tal y como dijo la STS de 30 de mayo de 2018 (cit.), en un razonamiento *obiter dictum* que, no obstante, se incorpora con carácter principal a la fundamentación jurídica de la sentencia de 13 de febrero de 2019 (también citada), *«[e]l derecho de ejecución separada del concurso que se contiene en el párrafo segundo del art. 55.1 LC no comporta ninguna preferencia de cobro»*; de forma que, como aclara esta última sentencia, *«[e]n esas ejecuciones separadas, ya sean judiciales laborales o administrativas, iniciadas antes de la declaración de concurso sobre bienes del deudor concursado [y se añade ahora, que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del*



deudor (art. 55.1 II LC)], *que prosiguen por concurrir los requisitos necesarios para ello, no deja de operar el orden de prelación de créditos concursal, derivado de la clasificación de créditos».*

219.- Es importante detenerse en que, como precisa la sentencia de 13 de febrero de 2019, de continua referencia –remitiéndose a la anterior de 30 de mayo de 2018-, la forma de hacer valer la aplicación de estas reglas de preferencia de créditos no es ordenar al órgano ejecutante que remita a la masa activa del concurso el resultado de la realización, sino plantear una tercería de mejor derecho, que corresponde instar exclusivamente a la administración concursal mientras esté pendiente el concurso, en cuanto representa los intereses de este, y no a los titulares de los concretos créditos que se esgriman como preferentes, y en la que puede hacerse valer, frente al crédito en virtud del cual se practica la ejecución separada, respecto de concretos “*créditos concursales*” que, con arreglo a las normas de prelación de créditos de los arts. 89 y ss. LC, tuvieran preferencia de cobro y por su exacto importe.

220.- Caso de estimarse la tercería, el importe de lo obtenido que alcance a los créditos con preferencia de cobro respecto del crédito por el cual se sigue la ejecución separada *«[s]e pondrá a disposición de la masa del concurso, por medio de la administración concursal. No irá directamente destinado al pago de los créditos concursales preferentes al crédito de la TGSS, que hayan justificado la estimación de la tercería de mejor derecho, sino a la masa, para que junto con el resto de los bienes y derechos se haga pago a los acreedores con arreglo a las normas del concurso de acreedores».* Si bien, conviene resaltar, siguiendo a la meritada sentencia de 13 de febrero de 2019, que en la tercería de mejor derecho la administración concursal puede oponer los créditos concursales que gozan de prioridad de cobro respecto del crédito que ha dado lugar a la ejecución separada, pero no los créditos contra la masa: *«[e]stos tienen preferencia de cobro respecto de los créditos concursales dentro del concurso de acreedores, de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 84.3 y 4 LC, pero no fuera del concurso de acreedores. El carácter prededucible de los créditos contra la masa se aplica en el concurso de acreedores, y no en ejecuciones separadas. Esta es una de las diferencias entre la ejecución universal dentro del concurso de acreedores, cuando se opta por la liquidación, y las ejecuciones singulares separadas, realizadas por instancias judiciales o administrativas».*

221.- La previsión del proyectado art. 144.2, conforme a la cual *«[e]l dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma, cualquiera que fuera la clasificación de ese crédito, y el*



*sobrante se integrará en la masa activa», debería dar cabida a esta doctrina, en particular en lo que afecta a que el derecho de ejecución separada del concurso no comporta ninguna preferencia de cobro respecto de los créditos concursales, y que en esas ejecuciones separadas no deja de operar el orden de prelación de créditos concursal, derivado de la clasificación de créditos, que habrá de hacer valer la administración concursal por medio de la tercería de mejor derecho, que, de estimarse, determinará que el importe obtenido se ingrese en la masa activa del concurso, sujeto a las reglas de prelación concursales.*

222.- Y cabe detenerse asimismo en el apartado tercero de este mismo artículo, conforme al cual *«[S]i a la fecha de la resolución judicial por la que se aprobó el plan de liquidación, sea o no firme, no hubieran finalizado estas actuaciones y procedimientos de ejecución, quedarán sin efecto»*. Esta previsión, que se corresponde con lo dispuesto en el art. 55.1, segundo párrafo, LC, introduce sin embargo la precisión de que la aprobación del plan de liquidación *no ha de ser necesariamente firme*, lo que puede provocar una cierta dificultad a la hora de anudar la consecuencia prevista, cual es la de la ineficacia de las actuaciones y procedimientos de ejecución singulares, entendida esta como la sujeción de los bienes y derechos objeto de traba a la ejecución colectiva; que a su vez ha de tener como consecuencia la realización de los mismos conforme al plan de liquidación, ya liberados de la carga.

223.- Las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados se contienen en la subsección 2ª de esta misma sección segunda, ordenando, bajo una nueva y mejor sistemática, las disposiciones de los artículos 56 y 57 LC. Cabe hacer, no obstante, respeto de ellas las siguientes consideraciones:

- i) La determinación de los hitos temporales que afectan a la prohibición de inicio y a la suspensión de las ejecuciones de garantías reales se traslada, ahora ya sin distinción sobre si recaen sobre bienes necesarios o no para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado –dada su general e indistinta aplicación–, al **art. 148**, que bajo el título *"Fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes"*, dispone que *«1. Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida en los siguientes casos:*



*1º. Desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada;*

*2º. Desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación». Este precepto, por una parte, debe coordinarse adecuadamente con el art. 146, relativo al inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios; y por otra parte, debe reformularse por cuanto no se contemplan supuestos de autorización del inicio o continuación de las ejecuciones de garantías reales, sino que se determinan los momentos a partir de los cuales estas podrán iniciarse o continuarse, y siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el citado art. 146 respecto de las ejecuciones de garantías sobre bienes no necesarios para la masa activa.*

- ii) El apartado segundo del art. 145, que establece la suspensión de las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a la fecha de declaración del concurso *sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa* –lo que no es sino consecuencia de la recta inteligencia del art. 56.2 LC-, debe incidir en la irrelevancia de la firmeza de la declaración del concurso, en línea con lo dispuesto en el art. 56.2 LC.
- ii) El art. 146 es trasunto de lo dispuesto en el art. 144.1 PTR, y en él se refunden y complementan, dentro de los límites de la autorización, los arts. 56.2 y 57.1 LC.
- iii) El art. 148.2 establece, como el art. 57.1 LC, la competencia del juez del concurso para el conocimiento de las demandas de ejecución y, en su caso, de las solicitudes de reanudación de las ejecuciones suspendidas. Debe tenerse en cuenta que es criterio jurisprudencial que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso desaparece tras la aprobación del convenio (cfr. SSTS de 3 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1654, y de 20 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3953), y que uno de los supuestos en los que se pueden iniciar los procedimientos de ejecución o continuar los suspendidos es el de la aprobación de un convenio que no impida la ejecución separada. Sería conveniente que el prelegisador tuviera en cuenta el indicado criterio jurisprudencial a la hora de formular el precepto, en su proyección a los casos de ejecuciones iniciadas o reanudadas tras la aprobación de un convenio.

### **c) Efectos sobre los créditos (capítulo III)**



224.- Los **arts. 152 a 155**, inclusive, dan una nueva ordenación sistemática a los arts. 58, 59, 59 bis y 60 LC, relativos a la compensación, a la suspensión del devengo de intereses y del derecho de retención, y a la interrupción de la prescripción, e introducen en ellos ciertos matices aclaratorios.

225.- El art. 152, de este modo, recoge la regla de la suspensión del devengo de intereses (art. 152 LC), sin más particularidad que haber omitido la indicación de que los créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados, lo que se recoge adecuadamente en el art. 281.1-3º del PTR. Y el segundo apartado del art. 59 se traslada al art. 320 PTR, relativo a la propuesta de convenio con cláusula de intereses.

226.- Los requisitos para que opere la compensación (art. 58 LC) se trasladan al art. 153 PTR, que, frente a la regla de que, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, introduce la excepción relativa *a aquellos que procedan de la misma relación jurídica*. Semejante excepción parece atenerse a las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales que postulan la posibilidad de compensar durante el concurso créditos *ex aedem causa*, aun cuando los presupuestos de la compensación no se dieran con anterioridad a la declaración del concurso, sobre la base de considerar que en tales casos, más que compensación, se produce una liquidación del contrato; de este modo, se potencia la función de garantía de la compensación, de tal suerte que el acreedor-deudor *in bonis* no tenga que pagar su deuda por entero, y cobrar el crédito a través del concurso. No obstante, ha de retenerse que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha calificado estos casos como de *liquidaciones de contrato* en los que propiamente no existe compensación, sino una *compensación judicial* resultado de la liquidación de la relación jurídica, que, en principio, son ajenas al art. 58 LC (cfr. SSTS, Sala Primera, de 15 de abril de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1405, y 30 de mayo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:2477).

227.- Por otra parte, y en relación con esto último, ha de tenerse en cuenta que la disposición derogatoria del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido deroga, entre otras, la disposición adicional segunda de la LC, relativa al régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, que ahora se incluye en la sección 3ª del capítulo II (De las especialidades del concurso por razón de la persona del deudor) del Título XIV (De los concursos de acreedores con especialidades). La disposición adicional segunda LC incluye entre las normas reguladoras de las



especialidades –lo que no hace el art. 577 PTR-, el capítulo II del título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, por el que se traspone la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, y que regulan, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, los acuerdos de compensación contractual financieros (los acuerdos *netting*), los acuerdos de garantías financieras y las propias garantías financieras, que constituyen particulares excepciones al régimen de compensación en el concurso. Los primeros, proyectados sobre los contratos de permuta financiera de intereses (*swaps*), han dado lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que, al paso de las reformas introducidas por la Ley 19/2009, de servicios de pago y la Ley 38/2011, han ido clarificando la posición de estos contratos en orden a la aplicación de las especialidades contenidas en el régimen del citado Real Decreto-ley, rechazando que tales contratos contengan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a los efectos de lo dispuesto en el art. 62 LC y, por ende, en el art. 16 del Real Decreto-ley, que, tras la declaración de la subsistencia de los acuerdos de *netting* tras la declaración del concurso y del subsiguiente efecto respecto del saldo neto de la suma de liquidaciones, dispone la inclusión del resultado del saldo en el concurso como crédito concursal.

228.- Por último, para cerrar este apartado, el **art. 155**, que regula la interrupción de la prescripción como consecuencia de la declaración del concurso, incluye en su apartado cuarto la regla sobre el momento en que se iniciará nuevamente el cómputo del plazo prescriptivo –a la fecha de conclusión del concurso- que contiene el apartado cuarto del art. 60 LC, pero lo hace de forma confusa, pues en vez de comenzar "*En caso de interrupción de la prescripción*" o, como dice el precepto homónimo de la LC, "*en el supuesto previsto en los apartados anteriores*", inicia el enunciado del precepto diciendo "*En caso de suspensión*", cuando no es este el efecto que, respecto de la prescripción, se predica en la norma.

#### **d) Efectos sobre los contratos (capítulo IV)**

229.- Es este uno de los aspectos del texto proyectado donde se manifiesta en su mayor dimensión no solo la alteración de la sistemática y la alteración de la literalidad de los preceptos de la Ley, sino especialmente la labor, también ínsita en la tarea de refundición con el amplio alcance con que se ha autorizado, de llevar a cabo ajustes importantes para mantener la unidad en las concepciones, convertir en norma expresa principios implícitos y completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea



imprescindible, rectificando las incongruencias, tal y como declara la Exposición de Motivos.

230.- La reordenación sistemática viene de la mano de una reformulación de principios que afecta, *en primer término*, al principio general de vigencia de los contratos. El **art. 156**, a diferencia del art. 61.2 LC, que se refiere a la **vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas**, enuncia el principio general de vigencia de los contratos diciendo que «*[L]a declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato*», de cualquier contrato, por tanto, y no solo los que contengan obligaciones recíprocas, con lo que el prelegislador no hace más que reforzar el principio, que debe entenderse rectamente en el sentido de que, declarado el concurso, ni el concursado ni la parte *in bonis* puede ampararse en la apertura del procedimiento concursal para resolver anticipadamente el contrato. Lo que no significa, claro está, que el concurso sea indiferente al contrato, ni que a este le resulte indiferente la declaración del concurso, pues la relación contractual se ve afectada por los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, por la eventual decisión sobre el cese de la actividad empresarial, que alcanzará a los contratos afectos a la misma, y por la decisión acerca de la resolución de los contratos cuando el mantenimiento de su vigencia resulte gravoso y no aporte beneficio para la masa activa y, en definitiva, para los fines del concurso, orientados a la satisfacción de los acreedores en la mayor medida posible.

231.- La reformulación del principio no afecta a la desactivación de las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso, que ahora pasa a complementar con mayor nitidez el principio de vigencia. Por otro lado, la ubicación de los supuestos especiales previstos en el art. 63 LC en el bloque de reglas generales que sirven para enunciar el principio (**art. 159 PTR**) permite centrar su contenido en los supuestos, que deben admitirse en el concurso, en los que la ley rectora del negocio jurídico autoriza formas de extinción de la relación contractual distintas de la resolución por incumplimiento, como la denuncia unilateral, y en los que el concurso resulta incompatible con la regla de vigencia y con la facultad de resolver el contrato por interés del concurso o por incumplimiento; pero la formulación del principio general de vigencia impediría considerar la declaración del concurso como justa causa para la denuncia contractual, más allá de los casos en que la ley expresamente lo determine.

232.- Debe significarse, por otra parte, que en el texto proyectado se vinculan a la regla general de vigencia de los contratos los efectos sobre los



contratos pendientes de cumplimiento por uno de los contratantes (**art. 157**), y si bien el contenido de precepto mantiene la referencia a los contratos con obligaciones recíprocas, la solución prevista para estos en los que una parte hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones se extiende a *todos* los contratos pendientes de cumplimiento por uno solo de los contratantes, cuando los deberes de prestación se encuentran en relación de condicionalidad recíproca (cfr., en este sentido, la doctrina jurisprudencial sobre los contratos de arrendamiento financiero pendientes de cumplimiento únicamente por el arrendatario financiero concursado, desaparecida la reciprocidad originaria del negocio, y la subsistencia del crédito concursal por los pagos pendientes, contenidas entre otras, en SSTS, Sala Primera, de 29 de junio y 2 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3142, y ECLI:ES:TS:2016:4724).

233.- Con relación a la **resolución de los contratos**, los **arts. 160 y 161 PTR** trasladan las previsiones del art. 62 LC relativas a la resolución por incumplimiento, diferenciando la resolución por incumplimiento anterior y por incumplimiento posterior. Conviene hacer a continuación una serie de consideraciones para poner de manifiesto ciertas disfunciones que cabría corregir, en el adecuado desarrollo de la función aclaratoria y armonizadora que justifica la elaboración del texto refundido.

234.- El Proyecto suprime la referencia a los contratos con obligaciones recíprocas y al grado de ejecución del contrato que se contiene en el art. 62.1 LC, al remitirse al apartado 2 del artículo precedente, es decir, a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Por tanto, en principio, la facultad de resolución podrá ejercerse en contratos con obligaciones recíprocas cualquiera que sea su grado de ejecución.

235.- Ahora bien, esto no significa que, en un contrato con obligaciones recíprocas, el contratante *in bonis*, estando pendiente de cumplimiento la obligación del deudor concursado, pueda pedir la resolución del contrato de forma que el objeto de la prestación cumplida salga de la masa activa; tras la declaración del concurso, el crédito de la parte *in bonis* ingresa en la masa pasiva del concurso (art. 157 PTR, en relación con el art. 251), y queda sujeto a la solución convencional o liquidatoria que se alcance. La facultad de resolución se establece en el Proyecto en función de si el incumplimiento es anterior o posterior a la declaración del concurso, y de si se trata de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo, de modo que, como sucede en el art. 62.1 LC, solo cuando el contrato es de tracto sucesivo podrá resolverse el contrato por incumplimiento anterior del deudor, tal y como se establece en el art. 160 del texto proyectado. Si el



incumplimiento del concursado es posterior, la parte cumplidora podrá ejercer la facultad de resolución, aunque se trate de un contrato de tracto único pendiente de cumplimiento por el concursado.

236.- Ha de tenerse en cuenta que en la LC la resolución por incumplimiento anterior puede ejercitarse cuando el contrato es de tracto sucesivo, con independencia de que el incumplimiento anterior sea del deudor o de la parte *in bonis*; y si el contrato es de tracto único –con la significación atribuida al concepto por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, vid. STS de 19 de julio de 2016, ECLI..., entre otras-, y el incumplimiento de cualquiera de las partes es anterior, la contraparte no podrá pedir la resolución (cfr. SSTS, Sala Primera, 24 y 25 de julio de 2013, y 19 de julio de 2016, cit.).

237.- El texto proyectado, en cambio, no se refiere a la resolución del contrato de tracto sucesivo por incumplimiento anterior, ya del deudor concursado, ya de la contraparte, sino al incumplimiento anterior *del deudor*. Por lo tanto, si el contrato es de tracto único, no podrá resolverse por incumplimiento anterior del deudor, pero si el incumplimiento anterior es de la contraparte, podrá ejercitarse la resolución tanto si el contrato es de tracto sucesivo como si es de tracto único. El Proyecto parece hacerse eco, por tanto, de la doctrina que admite la resolución por incumplimiento anterior de la parte *in bonis*, si bien, como se ha visto, de forma indirecta; pero la redacción propuesta puede conducir a la interpretación de que en los contratos de tracto sucesivo no cabe acudir al remedio resolutorio por incumplimiento anterior de la contraparte, con la consecuencia de privar en esos casos al concurso de este mecanismo de defensa del crédito.

238.- Paralelamente, ha de tenerse en cuenta que, conforme a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas que, en el momento de declaración del concurso, se encuentren pendientes de cumplimiento por ambas partes, solo podrán ser objeto de resolución por incumplimiento posterior a la declaración del concurso (cfr. SSTS 24 y 25 de julio de 2013 y 19 de julio de 2016, cit.).

239.- Por otra parte, cuando el **art. 161 PTR** establece la regla de la resolución por incumplimiento posterior [*«Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes»*], parece que está contemplando el caso de que tras la declaración del concurso se encuentren pendientes de cumplimiento las obligaciones de ambas partes, de modo que, en principio, deberán cumplir sus prestaciones correspondientes. Es el mantenimiento del sinalagma funcional el que justifica el recurso al mecanismo resolutorio;



cuando desaparece, por cumplimiento de una de las partes, lo que se da en el concurso es un crédito que se integra en la masa pasiva.

240.- Ahora bien, como apunta cierto sector doctrinal, la interpretación literal del proyectado art. 161 permite la resolución por la parte *in bonis* cumplidora frente al incumplimiento del concursado posterior a la declaración del concurso, donde tiene cabida el supuesto de que la parte *in bonis* haya cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo antes del concurso, cuyo objeto ha pasado a formar parte de la masa activa del concurso, y que, por aplicación del art. 157, ostentará un derecho de crédito en el concurso.

241.- El art. 163 PTR mantiene los efectos de la resolución del contrato previstos en el art. 62.4 LC; de manera que se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior –y por tanto, en contratos de tracto sucesivo-, y se reconoce un crédito contra la masa si el incumplimiento es posterior (lo que, por lo demás, cohonesta con el art. 242.9º PTR)-.

242.- Conviene tener presente, en este punto, que la STS de 19 de julio de 2016 (cit.) -y en el mismo sentido, la STS de 12 de mayo de 2017- ha declarado que el hecho de que el efecto restitutorio propio de los contratos de tracto único, como la compraventa, no venga expresamente previsto en la LC «*[n]o significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del concursado*», pues no solo se trataría de un efecto «*[c]on natural al carácter recíproco de las obligaciones*», sino que, además, se acomodaría mejor a la previsión contenida en el artículo 61.2 de la LC, que califica «*[c]omo crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento de la concursada*»; de manera que «*[a]l margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte in bonis es contra la masa*».

243.- El **art. 164 PTR** mantiene la facultad del juez del concurso de disponer el **cumplimiento del contrato, atendiendo al interés del concurso**, no obstante existir causa de resolución, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. La jurisprudencia ha interpretado literalmente el precepto, considerando con cargo a la masa activa tanto las prestaciones que eran debidas antes de la declaración del concurso, como las debidas después por el deudor concursado, lo que funcionaría como una garantía para la parte *in bonis* que



se ve impedida de desligarse del contrato en interés del concurso (cfr. STS, Sala Primera, de 21 de marzo de 2012, ECLI.....).

244.- El art. **165 PTR** recoge la regla del art. 61.2, segundo párrafo, LC, relativa a la **resolución del contrato en interés del concurso**. El texto proyectado, a diferencia del precepto de la LC, refiere esta facultad a *cualquier contrato con obligaciones recíprocas*, y por tanto no solo cuando el contrato se encuentra pendiente de cumplimiento por ambas partes, y somete su operatividad a que resulte *necesario o conveniente para el interés del concurso*. Es cierto que la jurisprudencia ha considerado que, con arreglo a la LC, las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso –o por incumplimiento– son únicamente las recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (cfr. SSTS 11 de octubre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:6844, y 10 de noviembre de 2016, ECLI:4841). No obstante, el texto proyectado parece que quiere buscar la congruencia con la previsión relativa al arrendamiento financiero que se contiene en el último inciso del art. 61.2 LC, y ahora en el último inciso del art. 165.3 PTR, por cuanto en él se estarían considerando los contratos de *leasing* como contratos con obligaciones recíprocas cumplidos íntegramente por el arrendador y pendientes de cumplimiento por el arrendatario. Por otra parte, al requisito de la conveniencia se une en el texto proyectado, y con carácter alternativo, el de la necesidad para el interés del concurso, lo que, dada la mayor intensidad de este, y atendidos los términos disyuntivos con que se expresa el precepto, no contraviene el marco de la autorización.

245.- Respecto de la **rehabilitación de los contratos (arts. 166, 167 y 168 PTR)**, ha de significarse que el Proyecto, pese a la interpretación estricta a que están sujetas las disposiciones relativas a la rehabilitación, ha optado por extender el ámbito de actuación de esta a todos los contratos de financiación, si bien siempre limitados a los supuestos de vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso. Esta ampliación, no obstante, es coherente con el mantenimiento de la actividad empresarial y profesional del concursado, en la medida en que los contratos de financiación, en cualquier forma, pueden servir de instrumento para la consecución de dicha finalidad.

#### **TÍTULO IV. DE LA MASA ACTIVA**

##### **a) Consideraciones previas**

246.- Es este uno de los ámbitos en los que se producen mayores cambios en la sistemática de la ley, dentro de la facultad para reglar o poner en



orden y para evitar discordancias formales y sistemáticas que se encuentra en la más genérica facultad refundidora.

247.- De este modo, se han traído a este título disposiciones que se encontraban dispersas en el articulado de la LC y desconectadas entre sí. Sistemáticamente resulta adecuado agrupar en las normas sobre la composición de la masa activa aquellas que versan sobre la reducción o separación de la masa, cuando en ella se han incluido bienes y derechos que no debieron haberlo sido, y aquellas que regulan las acciones de reintegración, actualmente situadas en las normas sobre los efectos del concurso (en el título III, capítulo IV, "de los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa"). E igualmente adecuado desde el punto de vista sistemático resulta regular la reducción o separación de la masa después del inventario, de la conservación y enajenación de bienes de la masa, incluida la enajenación de unidades productivas, y la reintegración, al tiempo que se disgrega la regulación del informe de los administradores, que pasa a integrar un título propio después del referido a la masa activa.

248.- Se ha buscado, con éxito, agrupar en este título las reglas generales relativas a la masa activa, que presentan un carácter uniforme con independencia del momento y la fase del concurso en que se apliquen. Lo que, por otro lado, ha permitido adelgazar sensiblemente la regulación de la liquidación, en beneficio de una mejor comprensión de la estructura de la norma.

### **b) La composición de la masa activa (capítulo I)**

249.- El capítulo relativo a la composición de la masa activa se abre con el art. 192, que recoge del art. 76 LC el **principio de universalidad**, trasunto del principio de responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1911 CC).

250.- Son escasas las precisiones o aclaraciones que introduce el prelegislador en este punto. Se deja fuera de esta regulación, por razones de ordenación sistemática, la facultad de separación y de ejecución separada que se concede a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves conforme a su legislación específica (art. 76.3 LC). Ya se ha visto, por otra parte, que el derecho de los cónyuges a pedir la disolución de la sociedad conyugal se lleva al art. 125 PTR, dentro de los efectos específicos del concurso sobre la persona natural. Al mismo tiempo, mantiene los derechos de adquisición del cónyuge del concursado sobre los bienes gananciales o comunes, con la precisión de que la retribución del



experto a quien el juez haya solicitado informe sobre el precio de adquisición de los bienes gananciales o comunes será a cargo del cónyuge del concursado, solución esta que pretende desvincular ese gasto de la masa y del concurso.

251.- Se mantiene asimismo la presunción muciana en el art. 195 PTR, relativo a las presunciones de donaciones, la regla relativa a la divisibilidad de los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia (art. 196), y la regla sobre la presunción de titularidad en cuentas indistintas y la integración del saldo en la masa activa, salvo, claro está, prueba en contra apreciada como suficiente por la administración concursal (art. 197.1). Se advierte, empero, que el segundo apartado del art. 197 dispone que «*[C]ualquier interesado podrá impugnar la integración del saldo en la masa activa*», con lo que se deja fuera, sin la oportuna justificación -sobre todo desde la perspectiva de la defensa de los acreedores-, la decisión de la administración concursal por virtud de la cual, aceptando el planteamiento del cotitular, deje fuera el saldo de la cuenta. De este modo se limita el objeto de la impugnación, que en la LC tiene un contenido más amplio.

252.- En la MAIN se explica convenientemente la razón de incorporar la **regulación del inventario** después de la regulación de la composición de la masa activa, separándolo del informe de los administradores, dada su distinta función, y dado que el inventario, si bien es presupuesto del mismo, no forma parte del informe de los administradores concursales. Por algún autor se ha sostenido, con fundamento, la conveniencia de que la regulación del inventario venga precedida de la reducción de la masa, sugerencia que este informe hace suya, en la medida en que responde a la lógica de la ordenación de las actividades para determinar la composición de la masa activa y, por ende, del inventario de bienes y derechos que la componen.

253.- También en la MAIN se da sobrada explicación acerca de la determinación del momento de elaboración del inventario, que se precisa en el **art. 198.1 PTR** (*el día inmediatamente anterior al de la presentación del informe*), lo que es de todo punto coherente con el hecho de que, como pone de relieve el prelegislador, el inventario deba ofrecer una “foto fija” del patrimonio concursal, sin perjuicio de su eventual modificación posterior.

254.- El texto proyectado (**art. 198.3**) mantiene el tenor del precepto del art. 82.5 LC, que dispone que los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el



derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado. La excepción se recoge, ahora de forma expresa como tal, en el último inciso del art. 198.3 PTR.

255.- De este modo se mantienen las dudas que el art. 82.5 LC, introducido por la reforma de 2011, había suscitado respecto de la conciliación del derecho de separación que parece articular, sobre la base de que el bien objeto del arrendamiento financiero corresponde al arrendador financiero y no al financiado, y del privilegio especial que se reconoce ex art. 90.1 4º LC, y ahora, en el art. 270.4º PTR; pues si es procedente la separación por razón de la propiedad del bien, puede resultar difícil considerar al arrendador financiero titular de un crédito concursal con privilegio especial sobre el valor del bien financiado, sin perjuicio de la posibilidad de promover la ejecución individual del crédito cuando el bien no fuese necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, y en todo caso desde la aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o desde que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

256.- En este caso, el prelegislador ha renunciado a agotar su función armonizadora y aclaratoria, pudiendo hacerlo, seguramente de un modo más adecuado superando aquellas posiciones doctrinales que reconocen al arrendador financiero tanto la facultad de separación como del ejercicio del privilegio especial, para alinearse en torno a aquellas que, desde la consideración jurisprudencial del contrato de leasing como un contrato distinto del arrendamiento de bienes y de un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para las dos partes, consideran el arrendamiento financiero como un contrato que, en consonancia con el carácter estrictamente financiero que posee, solo genera obligaciones para el cliente financiado (en esta línea, SSTS, Sala Primera, de 12 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:3062; 19 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1427; y 11 de julio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:4088; con algunas dudas, al aludir a la posibilidad del ejercicio de acciones tendentes a recuperar los bienes, la STS de 29 de junio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3143). En todo caso, ha de admitirse que si se reconoce un derecho de crédito con privilegio especial sobre el valor del bien financiado, el bien y su valor deberán reflejarse en el inventario.

257.- Todavía con relación al inventario se observa que el art. 200 PTR, que se refiere a las unidades productivas, dando una definición de las mismas, determina que si en la masa activa existiesen uno o varios establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas



de bienes o de servicios, se describirán como anejo del inventario, con expresión de los bienes y derechos de la masa activa que las integren.

258.- La inclusión de la definición de unidad productiva no merece reproche alguno desde la función aclaratoria e integradora consustancial a la autorización del legislador, tanto más cuando responde a los criterios amplios conforme a los cuales se define por la ciencia económica y la doctrina jurídica, y cuando responde también a la diversidad de soluciones al concurso, ya la liquidación singular de los bienes, ya la liquidación en bloque de las unidades productivas, ya la continuidad de la empresa en el marco de un convenio.

259.- De esta diversidad de soluciones posibles se hizo eco el legislador en la reforma operada por la Ley 9/2015, en la cual se incluyó, en relación con los documentos que han de acompañar el informe de los administradores (art. 75.2.5º LC), la "*[v]aloración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación*"; precepto este que en el texto proyectado se ha trasladado, con un contenido prácticamente idéntico, al art. 293.3, también en relación con los documentos que han de acompañar como anejos al informe.

260.- Se ha de incidir, ante esta dualidad normativa, en la necesidad de armonizar adecuadamente las disposiciones, situando en sede de inventario la descripción de las unidades productivas y de los elementos que las componen, y su valoración, tanto en conjunto como diferenciada de los elementos integradores, y tanto bajo la hipótesis de continuidad como de liquidación; ello, sin perjuicio de la conveniencia de que dicha valoración figure como anexo entre la documentación que ha de acompañar el informe de la administración concursal.

261.- Por otra parte, el texto proyectado no ayuda a despejar las dudas suscitadas en torno a la posibilidad de modificar el inventario, ya mediante la inclusión de otros bienes o derechos, ya mediante la separación de los que no deban integrar la masa activa, incluso transcurrido el plazo para la impugnación del inventario. Respecto de la posibilidad de inclusión de bienes y derechos en el marco de las acciones de reintegración, la STS, Sala Primera, de 28 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5327), ofrece una respuesta afirmativa, y respecto de la separación, incluso después de la finalización del plazo para la impugnación del inventario, el criterio mayoritario de los tribunales parece avalar esa posibilidad. No obstante, el proyectado art. 299, dentro del capítulo relativo a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores –y dentro, a su vez, del título VI



relativo al informe de la administración concursal-, al tratar sobre las consecuencias de la falta de impugnación, establece, en línea con lo dispuesto en el art. 97.1 LC, que «*[Q]uienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores acompañados en el informe de la administración concursal no podrán plantear pretensiones de modificación de estos documentos, aunque podrán recurrir en apelación las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones*»; previsión esta que, como se ve, no facilita una interpretación favorable a admitir la modificación del inventario después de finalizado el plazo para la impugnación del mismo.

### **c) La conservación y la enajenación de la masa activa**

262.- Tal y como explica la MAIN, el régimen aplicable a la conservación de la masa y a la enajenación de los bienes y derechos del deudor es una de las cuestiones que más cambia en el texto proyectado y que mayor incremento experimenta. El Proyecto parte de la distinción entre la conservación de la masa, al que dedica el **art. 204**, que contiene el principio del deber de conservación de la masa, y la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la que dedica los **arts. 205 a 225**, incluidos, incorporándose a este capítulo preceptos dispersos en el articulado de la vigente Ley vinculados a la gestión del patrimonio concursal.

263.- De este modo, el art. 204, que enuncia el principio de conservación de la masa, reformula la regla del art. 43.1 LC, y atribuye el deber de conservación *del modo más conveniente para el interés del concurso* a la administración concursal, cuando el art. 43.1 no desvincula de dicho deber a otros sujetos que participan en el interés del concurso, como el propio deudor, cuando conserva las facultades de administración sometidas a intervención, o el juez del concurso. Esta involucración del deudor en el interés del concurso es si cabe todavía más evidente en las personas jurídicas concursadas, en las que el interés de los socios se ve sustituido por el interés del concurso al que han de guiar su actuación los administradores sociales; lo que se pone especialmente de manifiesto en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (DO L 172/18, de



26.6.2019), cuyo Considerando (36) señala que «*[[E]n caso de que el deudor se enfrente a la inminencia de una insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones pueden tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzo de reestructuración o para su distribución a los acreedores*» (en el mismo sentido, art. 18 de la Propuesta de Directiva).

264.- Se sugiere, por tanto, que el prelegislador revise la reformulación del principio de modo que se ajuste convenientemente a la norma objeto de refundición.

265.- La sección segunda de este capítulo, relativa a **la enajenación de bienes y derechos de la masa activa**, se subdivide en cuatro subsecciones, la primera de las cuales contiene las reglas generales, que se abren con la relativa a la **prohibición de enajenación** hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación (**art. 205 PTR**) que actualmente se recoge en el art. 43.2 LC.

266.- Las excepciones a esta regla se desarrollan en el **art. 206**, que se corresponde con el art. 43.3 LC, reordenando los supuestos que en él se contemplan. Por otra parte, se incorpora a las reglas generales la regulación de la enajenación de los bienes y derechos litigiosos (art. 207, que se corresponde con el art. 150 LC) y la regla por la que se prohíbe a los administradores concursales adquirir bienes y derechos de la masa activa y las consecuencias de la infracción de la prohibición (art. 208, que se corresponde con el art. 151), precepto este último que, sin embargo, podría trasladarse al conjunto de las normas que regulan las obligaciones de la administración concursal y las consecuencias de su incumplimiento.

267.- La subsección segunda regula las **especialidades de la enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial**, incorporando las previsiones contenidas en el art. 155 LC, dentro de la sección relativa al pago de los acreedores. En este punto, se ha de reiterar la doctrina establecida en la STS, Sala Primera, de 11 de abril de 2019, ya citada, que recoge la contenida en la sentencia 112/2019, de 20 de febrero, con alguna matización. En esta sentencia se declaró que el privilegio especial en un crédito con garantía real abarca no sólo al principal, sino también a los intereses remuneratorios o moratorios, ya se hubieran devengado antes o después de la declaración de concurso, siempre que estén cubiertos por el valor de realización de la garantía.



268.- La matización que introdujo la STS de 11 de abril de 2019 se refiere – recuérdese- a la clase de intereses que pueden devengarse con posterioridad a la declaración de concurso, por lo que, como termina puntualizando esta sentencia –en lo que es predicable del proyectado **art. 213-**, *«La deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado»*; siendo plenamente adecuada la inclusión de la previsión contenida en el apartado segundo del art. 213, conforme a la cual *"[Si] no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda"*, lo que, por lo demás, se establece en el último inciso del art. 155.4 LC.

269.- Pudiera resultar oportuno, en ejercicio de la función de aclaración e integración que habilita el marco de la autorización, contemplar la situación de la enajenación de los bienes o derechos sobre los que recae la garantía cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor o hipotecante no deudor, supuestos estos en los que el concursado no es deudor y el beneficiario de la garantía no se integra en la masa pasiva, puesto que no es acreedor del concursado [cfr. SAP Madrid, Secc. 28ª, de 23 de junio de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:10927), que reitera el criterio de las de 20 de enero de 207 y de 21 de abril de 2017]. En tales casos, puesto que la masa activa se rige por el principio de universalidad (arts. 76 LC y 192 PTR), y la liquidación concursal es universal, el bien o derecho afecto, por más que se trate de un bien o derecho del concursado en garantía de una deuda ajena, ha de ser liquidado en el concurso, y la vía adecuada para su realización habrá de ser con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor.

270.- Las especialidades de la **enajenación de unidades productivas** se recogen, por su parte, en la subsección tercera (**arts. 215 al 224**, inclusive), trasladando las previsiones de los arts. 146 bis y 149 LC. Es de destacar que, respecto de la sucesión de empresa, los arts. 221.2 y 224.1 PTR aclaran que la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar los efectos de la sucesión sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva, corresponde en exclusiva al juez del concurso. De este modo, se integra una laguna que en algún caso ha dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el orden social, y respecto de la cual el prelegislador ha considerado oportuno colmarla atendiendo, además a las reglas de competencia generales del juez del concurso (art. 86 ter LOPJ y art. 8 LC, y



44, 52 y 53 PTR), a la razón de la regla jurídica que contiene y a la función a la que responde, que se enmarca en el conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación y enajenación de los elementos que componen la masa activa del concurso y de determinación de las condiciones de realización de dichos elementos en el mejor interés del concurso, teniendo en cuenta, por lo demás, la incidencia de la decisión que se adopte en los créditos relacionados con la sucesión empresarial, ya concursales, ya contra la masa. Conforme a estos argumentos, cabe sostener que le corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de los efectos de la transmisión de unidades productivas, y de ese modo concretar hasta dónde alcanza el efecto de la sucesión. No puede olvidarse, por otra parte, que el art. 57 bis de Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que *«[E]n caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal.»*

271.- Es cierto –no puede obviarse– que la STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5222) contiene un escueto argumento (FJ 5º) conforme al cual parece atribuirse la competencia para determinar si se ha producido o no una sucesión empresarial corresponde al orden jurisdiccional social. Con posterioridad se han pronunciado en el mismo sentido las SSTS de 26 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1777), y 12 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3295). No obstante tales pronunciamientos, la integración que lleva a cabo el texto proyectado se muestra coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en punto a la transmisión de unidades productivas empresariales y para fijar el alcance de la misma, y se muestra coherente también con las previsiones del art. 57 ET, por lo que se encuentra justificada por la función armonizadora ínsita en la labor de refundición.

272.- Al margen de lo anterior, en relación con la cuestión relativa al alcance subjetivo de la sucesión de empresa, en los casos de enajenaciones de unidades productivas, y en particular si se extiende a todos los trabajadores de la empresa concursada o únicamente a los trabajadores incluidos en la unidad productiva, cuestión sobre la que se han dado discrepancias en los tribunales mercantiles, parece que el tenor del art. 224.1.3º PTR –que comienza: *«[C]uando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva [...]»*– se decanta por acotar el alcance de la sucesión a los créditos laborales y de seguridad social referidos a los trabajadores incluidos en la unidad productiva objeto de transmisión. No obstante, convendría que el texto proyectado aclarara esta



cuestión de modo más terminante, en evitación de futuras y eventuales diferencias interpretativas y de aplicación de la norma.

**d) La reintegración de la masa activa (capítulo IV)**

273.- El texto proyectado regula la reintegración de la masa activa distinguiendo las acciones rescisorias especiales (sección primera de este capítulo) y las demás acciones de reintegración (sección segunda), que son, en definitiva, las acciones de nulidad y rescisorias generales (del art. 1111 y 1291 CC), las cuales se regirán por las reglas que les son de aplicación, si bien se someterán, en cuanto a la legitimación, procedimiento y apelación, a las reglas establecidas para las acciones rescisorias en la ley concursal (**art. 238 PTR**).

274.- El elemento sobre el que gravita la acción rescisoria, el perjuicio para la masa, se conecta al concepto de "acto", que la jurisprudencia ha interpretado de forma amplia, comprensiva de cualquier tipo de negocio jurídico realizado por el deudor, incluyendo pagos u operaciones similares.

275.- La cuestión de cuándo debe entenderse que un acto perjudica a la masa activa no está exenta de polémica, y su fundamento, subjetivo y objetivo, puede resumirse en la ausencia de justificación, que se daría siempre en los casos de presunciones absolutas de perjuicio –pagos anticipados, transmisiones a título gratuito, en suma, las previstas en el art. 71.2 LC, y ahora en el art. 227 PTR-, y en los negocios jurídicos onerosos en los que la prestación del deudor no contenga prestación equivalente de la contraparte.

276.- En estos términos, la determinación de la existencia del perjuicio para la masa presenta un marcado carácter casuístico, sobre todo en los supuestos a los que se refieren las presunciones relativas, y dejan un amplio margen de valoración al juez.

277.- Con todo, es posible reconocer en la jurisprudencia ciertos rasgos generales que sirven para la apreciación de la existencia del perjuicio. Este tiene en común con el perjuicio en las acciones paulianas que comporta una lesión patrimonial en el derecho de crédito, si bien aquí se trata del conjunto de los créditos que integran la masa pasiva. Ahora bien, *«[a]unque el perjuicio guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia de todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación de la composición*



*de la masa pasiva»* (cfr. SSTs, Sala Primera, de 26 de octubre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:7265, 30 de abril de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1954, y 17 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:683).

278.- Junto con lo anterior, cabe considerar las siguientes líneas jurisprudenciales: i) los actos susceptibles de reintegración los son porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si son realizados de buena fe; por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe (STS 28 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:2995); ii) el perjuicio para la masa activa no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión, ni el fraude de la acción pauliana, porque la rescisión concursal prescinde de cualquier elemento intencional, más o menos objetivado, ni la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC –y en el Proyecto, el art. 227- presume el perjuicio, sin admitir prueba en contra, en el caso de pago debido pero anticipado, en el que propiamente no hay lesión o devaluación del patrimonio, sino alteración de la *par condicio creditorum* (STS de 26 de octubre de 2012, cit.); iii) el perjuicio constituye un sacrificio patrimonial injustificado, una minoración del valor del activo sobre el que, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, que, además, carezca de justificación (STS de 10 de marzo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1095, y las que cita), sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal (STS 26 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4646), y sin que sea necesario que el acto haya generado o agravado la insolvencia o se haya realizado estando el deudor en estado de insolvencia (STS 24 de julio de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3566); iv) sin menoscabo de lo anterior, y aunque el acto esté justificado –como un pago realizado en el periodo sospechoso de dos años, pero vencido y exigible-, en algunas ocasiones pueden concurrir circunstancias excepcionales, como la situación de insolvencia en el momento de realizarse el acto y la proximidad con la solicitud y declaración del concurso, la naturaleza del crédito satisfecho y la condición del acreedor, que pueden privar de justificación al acto en la medida en que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum* (STS 24 de julio de 2014, cit.); v) no cabe la rescisión de actos perjudiciales realizados después de declarado el concurso, ni en la fase de eficacia del convenio, ni de liquidación, pues ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el art. 71.1 LC, y ahora, en el art. 226 PTR (STS 23 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1051).



279.- Sin ánimo de exhaustividad, pues no es objeto de este informe agotar la exposición de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la acción rescisoria concursal, cabe señalar que el Alto Tribunal se ha pronunciado respecto de la presunción absoluta de perjuicio en actos a título gratuito en las sentencias de 23 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS.2015:827), en relación con donaciones y transmisiones a título gratuito en general; de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1954), al respecto de la constitución de una hipoteca; de 21 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2467) respecto de la constitución de fianza y de garantías contextuales; y de 13 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7163) que establece las pautas para apreciar la gratuidad o la onerosidad, en función de si ha existido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones. Respecto de los actos a título oneroso en favor de personas especialmente relacionadas con el deudor se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 10 de julio de 2013 (ECLI:ES:2013:4178), 24 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3566), 1 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4839) y 17 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1704), estas tres últimas con relación a acuerdos de reparto de dividendos. Con relación a la constitución de garantías reales para obligaciones preexistentes, se encuentran los pronunciamientos de las sentencias de 23 de febrero 2015 (cit.) y 26 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1431) y de 8 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2637); y respecto de la justificación de la constitución de este tipo de garantías cuando supusieron una ampliación del crédito significativa y/o una prórroga de las obligaciones, o el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 8 de junio de 2016 (cit.) y de 26 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS.2016:4646). Más en particular, con relación a las garantías contextuales, que constituirían negocios jurídicos onerosos cuando se otorgan en el contexto de operaciones más complejas en las que el acreedor otorga contraprestaciones por la garantía, como ampliaciones del crédito o del plazo, se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 10 de marzo 2015 (cit.) y 2 y 3 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2979, y ECLI:ES:TS:2015:2958), y 31 de marzo y 27 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1223, y ECLI:ES:TS:2017:2646). En particular, respecto del carácter no rescindible de estas garantías cuando se prueba la contraprestación proporcionada del acreedor y que no son perjudiciales para la masa, las sentencias de 31 de marzo y 27 de junio de 2017 (cits.), entre las más recientes, y con relación al otorgamiento de garantías reales intragrupo, su carácter oneroso y la inexistencia de perjuicio, se ha



pronunciado, entre otras, la sentencia de 30 de abril de 2014 (cit.), y sobre su carácter rescindible, la de fecha 21 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3170). Por último, respecto del carácter no rescindible de pagos debidos por obligaciones vencidas y exigibles, salvo circunstancias excepcionales, se encuentran, entre otras, las sentencias de 26 de octubre de 2012 (cit.) y de 10 de marzo de 2015 (cit.) y 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2951); en similares términos, respecto de operaciones de compensación en los dos años previos al concurso, la sentencia de 24 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2974), y respecto de cesiones o daciones en pago, las sentencias de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2951) y de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:713).

280.- Esta amplitud de supuestos y de respuestas pone de manifiesto la dificultad de precisar normativamente, en el marco de la función aclaratoria propia de la autorización, el concepto de perjuicio para la masa, aunque lo deseable hubiera sido ofrecer desde la propia norma pautas interpretativas extraídas de la jurisprudencia que ayudasen a concretar su existencia, lo que redundaría en beneficio de la previsibilidad y uniformidad de la respuesta judicial, y, en suma, de la seguridad jurídica.

281.- Respecto de la **legitimación** para el ejercicio de las acciones rescisorias, se mantiene la legitimación principal de la administración concursal (**art. 231**, que se corresponde con el art. 72.1 LC), y se mantiene también la legitimación subsidiaria de los acreedores, que litigarán a su costa en interés del concurso (**art. 232**, que se corresponde también con el art. 72.1 LC). Cabe sugerir, no obstante, que el apartado tercero del art. 233, relativo a la legitimación pasiva, y que dispone «*[L]as demandas presentadas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal*», se traslade al artículo anterior, relativo a la legitimación subsidiaria de los acreedores, por ser el lugar más idóneo para su ubicación, en consonancia con su contenido.

282.- En la MAIN se precisa que el texto proyectado aclara algo que la ley vigente no dice, pero que se debe encontrar implícito en el carácter de la legitimación –principal- de la administración concursal y la subsidiaria de los acreedores, así como en el sistema procesal de la acumulación de procesos: que el transcurso del plazo de dos meses que abre la legitimación subsidiaria de los acreedores no excluye la legitimación de la administración concursal; si bien, si ya hubiese sido ejercitada por los acreedores, se acumularán de oficio las de la administración concursal (**art. 232.2 in fine**).

283.- El Proyecto, al tratar de los efectos de la rescisión (art. 235), diferencia –lo que no hace el art. 73 LC- según el acto objeto de



impugnación sea un contrato con obligaciones recíprocas, en cuyo caso rige la regla de la restitución de las prestaciones que ya se hubieran realizado, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), y si se tratase de un acto unilateral, en cuyo caso procede la restitución a la masa activa de la prestación objeto de aquel y la inclusión en la lista de acreedores del crédito que corresponda (art. 235.3). Se mantiene la regla que contempla los casos de imposibilidad de reintegración, por pertenecer el bien o derecho a tercero de buena fe, ser irreivindicables o gozar de protección registral (art. 235.4), así como el régimen del derecho a la contraprestación, que será con cargo a la masa en el caso de contratos con obligaciones recíprocas, y en el caso de actos unilaterales, considerando el crédito que resulte de la rescisión como crédito concursal, con la clasificación que le corresponda (art. 236.1 y 2), lo que constituye una aclaración e integración del precepto en armonía con la distinción introducida en el artículo 235.

284.- Por último, el **art. 237**, que versa sobre los recursos contra las sentencias dictadas en los incidentes de rescisión –apelación directa con carácter preferente-, recoge la regla del último inciso del art. 197.4 LC.

#### **e) La reducción de la masa activa (capítulo V)**

285.- El PTR regula la reducción de la masa activa en los **arts. 239, 240 y 241**, diferenciando la *separación* propiamente dicha (art. 239) de la *ejecución separada*, referida a los titulares de los créditos con privilegio sobre buques y aeronaves (art. 241) a la que se refiere el art. 76.3 LC.

286.- La regulación de la separación no introduce variaciones a lo dispuesto en el art. 80 LC, y con ello incide en los defectos que, con relación a ella, han sido puestos de relieve por la doctrina. Las sugerencias que, al hilo de ellos, cabe hacer al prelegislador son las siguientes: i) incluir, en el apartado primero del art. 239, como objeto de la separación no solo los bienes de propiedad ajena, sino también los derechos, en correlación con lo que se dispone en el art. 81.1 LC, y en el art. 240.1 del texto proyectado; ii) tener en cuenta que en ocasiones, y en particular en los casos en los que el concursado tiene el derecho de uso, garantía y retención, la finalidad de la separación no es la entrega del bien a su titular, sino la declaración de titularidad, con la correspondiente incidencia en el inventario de la masa activa y en esta misma; y iii) corregir la errónea referencia al "*incidente de rescisión*" que se contiene en el apartado tercero del proyectado art. 239, pues en modo alguno se trata del ejercicio de acciones rescisorias.

287.- Al mismo tiempo, es oportuno advertir que el titular del bien o derecho sobre el que se lleva a cabo la reducción de la masa no siempre es



el propietario o titular, sino que puede serlo el titular de un derecho de restitución de naturaleza obligacional o real, como un arrendador o un depositante; y que los bienes y derechos pueden encontrarse en poder de un tercero obligado a entregarlos al deudor, en cuyo caso la separación tiene por objeto no incluir en el inventario la titularidad plena del bien o derecho a favor del deudor.

288.- Por último, y en conexión con los casos de imposibilidad de separación, cabe advertir también que, además de las soluciones que se articulan en los casos de enajenación por el deudor del bien o derecho a un tercero de quien no se pueda reivindicar – a saber, optar entre exigir la cesión del derecho a reclamar el precio pendiente de satisfacer por el tercero o comunicar en el concurso el crédito por el valor del bien o derecho al ser enajenado o el que tuviesen en un momento posterior, a su elección-, la separación puede consistir eventualmente en la subrogación en el derecho del deudor a reclamar la recuperación del bien que está en poder de un tercero obligado a entregarlo al deudor, y que se niega a entregarlo.

#### **f) Los créditos contra la masa activa (capítulo VI)**

289.- De la regulación que lleva a cabo el Proyecto de los créditos contra la masa activa se ha de centrar la atención en el proyectado art. 248, que corrige los términos del art. 84.4 LC, en la línea impuesta por la jurisprudencia de la Sala Primera y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la doctrina de la Sala de Conflictos de Jurisdicción.

290.- El vigente artículo 84.4 LC dispone que *«[L]as acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago de su crédito a su vencimiento»*.

291.- Vinculado al mismo se encuentra el art. 55.1, párrafo segundo, LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, conforme al cual *«[H]asta la aprobación del plan de liquidación podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no*



*resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».*

292.- Como se ha visto, el art. 55.1, segundo párrafo, LC se corresponde con el **art. 144 PTR**, que contiene la importante precisión de que «*[E]l dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiere dado lugar a la misma cualquiera que fuera la clasificación de ese crédito, y el sobrante se integrará en la masa activa*»; con lo que se viene a dejar claro el alcance del privilegio de ejecución separada y de cobro con el dinero obtenido en ella, e implícitamente se deja también claro que en ese procedimiento de ejecución extraconcursal no pueden hacerse valer reglas de prelación distintas de las concursales, en los términos que han quedado expuestos con anterioridad.

293.- Las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:5408) y de 6 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1342) han llevado a cabo una interpretación del art. 84.4, en relación con el art. 55.1, segundo párrafo, en los siguientes términos:

*«[C]onforme a una interpretación literal del precepto [del art. 84.4 LC] parecería que cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse, una vez transcurrida la paralización temporal que supone la espera a la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Pero esta interpretación choca frontalmente [...] con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales.*

*Hemos de partir de la previsión general, contenida en el art. 8.3º LC, que atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquier que sea el órgano que la hubiera ordenado". Esta norma se corresponde con la regla general, contenida en el art. 55.1 LC: "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". Con ello se pretende preservar la integridad del patrimonio frente a ejecuciones separadas que, de facto, distorsionen la aplicación efectiva del principio de la par condijo creditorum.*

*[...]*

*Las únicas excepciones serán las ejecuciones administrativas o laborales que sobre bienes embargados antes de la declaración del concurso nos e hayan visto afectadas por la paralización prevista en el art. 55.1 LC, y las ejecuciones de garantías y las acciones de recuperación asimiladas que se hubieran iniciado antes del concurso o antes de la liquidación (caso de haberse visto afectadas por la suspensión o paralización).*



*Lo que resulta claro es que, una vez abierta la fase de liquidación no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas.*

*La prohibición de ejecuciones prevista en el art. 55 LC opera tanto sobre créditos concursales, como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio, conforme a lo regulado en el art. 133.2 LC.*

[...]

*En otras resoluciones anteriores (desde la sentencia 237/2013, de 9 de abril), con ocasión de reconocer que el crédito por cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso, en cuanto crédito contra la masa, es exigible conforme a lo previsto en el art. 84.4 LC, y por ello puede devengar recargos, que también gozan de la consideración de crédito contra la masa, ya advertíamos que el crédito contra la masa "no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC).*

*En principio, conforme al art. 84.3 LC, los créditos contra la masa deben ser satisfechos a su vencimiento, sin perjuicio de que, con las excepciones legales, la administración concursal pueda alterar esta regla "cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa". En esta situación, de suficiencia de bienes y de falta de tesorería o liquidez para el pago de determinados créditos contra la masa, ni tiene sentido que se pueda admitir una ejecución separada del patrimonio del deudor concursado a favor de cualquier titular de un crédito contra la masa.*

*Si no hubiera bienes o derechos suficientes para asegurar el pago de todos los créditos contra la masa, nos encontraríamos en el caso regulado por el art. 176 bis.2 LC. Este precepto impone a la administración concursal, cuando advierta que no habrá bienes suficientes para pagar los créditos contra la masa, que lo comunique al juez y que proceda al pago con un orden de prelación concreto y determinado. En este contexto, también carece de sentido una ejecución contra la masa, si se quiere preservar el orden de prelación legal.*

*En realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133,2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, la preceptiva ejecución. Sin perjuicio de que también pudiera justificar una acción de incumplimiento del convenio y de la apertura de la liquidación.*

*Sin embargo, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la fase de liquidación ya no podrán hacerse al margen de la*



*liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS».*

294.- Este criterio se recoge, en relación con el art. 164.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 20 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:968), que fija como criterio interpretativo que, conforme al art. 164.2 LGT, en relación con los arts. 55 y 84.4 de la LC, una vez abierta la liquidación la Administración tributaria no puede dictar providencias de apremio para hacer efectivos sus créditos contra la masa hasta que no se levanten los efectos de la declaración de concurso, debiendo instar el pago de los créditos contra la masa ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

295.- Y se observa también en la doctrina del Tribunal de Conflictos [SSTCJ de 9 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS.2013:2808), y 11 de noviembre y 9 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS.2014:5071, y ECLI:ES:TS:2014:5535)].

296.- Pues bien, el proyectado art. 248, intitulado "*Ejecuciones relativas a créditos contra la masa*", se hace eco de esta interpretación jurisprudencial al disponer «1. *Las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa solo podrán iniciarse si se hubiera aprobado el convenio. 2. La prohibición de iniciar ejecuciones no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones por razón de la falta de pago a su vencimiento del crédito contra la masa*". Con todo, cabría dudar acerca de si, tal y como aparece redactado el precepto, refleja adecuadamente la exégesis jurisprudencial que lo ha motivado, pues la referencia a la aprobación del convenio, en términos condicionales, puede desdibujar la *ratio* de la interpretación correctora de la norma, que reside, en suma, en la improcedencia de la ejecución de los créditos contra la masa mientras se mantengan los efectos del concurso y en la necesidad de someter su reclamación a las reglas de satisfacción de los créditos dentro del marco de la liquidación concursal.

297.- Conviene detenerse en que el **art. 247** PTR dispone que las acciones relativas al reconocimiento o falta de reconocimiento por parte de la administración concursal de los créditos contra la masa, cualquiera que sea el momento en que se hayan generado, y las de reclamación del pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso, y que el **art. 248.1** establece, como se acaba de ver, que las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa solo podrán iniciarse si se hubiera aprobado el convenio; preceptos que parecen no



conciliar bien con el criterio jurisprudencial conforme al cual la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso decae tras la aprobación del convenio (cfr. STS de 3 de mayo de 2017, cit.).

298.- La sección tercera de este capítulo (arts. 249 y 250) contiene las **especialidades en caso de insuficiencia de la masa activa**, que se corresponde con el art. 176 bis LC, relativo a las especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa. La regla recoge con claridad el criterio interpretativo fijado por la jurisprudencia respecto del momento en que habrán de operar las reglas de prelación –a partir del momento en que la administración concursal comunica expresamente la insuficiencia de la masa activa, y afectan a los créditos vencidos antes de la comunicación y que puedan vencer con posterioridad a ella (cfr. SSTS, Sala Primera, 2 de febrero y 6 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1388)-: *«[E]sta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de la masa activa y da lugar a un "concurso de acreedores de créditos contra la masa" dentro del propio concurso. Este "concurso del concurso" provoca la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos. Por eso se aplica a todos los pendientes de pago»* (SSTS de 18 de marzo de 2016, cit., y de 2 de febrero de 2017, cit.).

299.- Es importante destacar en este punto que el proyectado art. 250.1, que contiene las reglas para el pago de los créditos contra la masa en esos supuestos, incluye en su ordinal 4º *«[L]os créditos por costas y gastos judiciales del concurso de acreedores, incluida la retribución de la administración concursal durante la fase de liquidación de la masa activa»*; y en el ordinal 5º *«[L]os demás créditos contra la masa, incluida la retribución de la administración concursal durante la fase común y la fase de convenio»*. Y en el apartado segundo de este artículo mantiene la excepción recogida en el art. 176 bis.2 LC, que deja a salvo de las reglas de prelación contenidas en el apartado anterior *«[a]quellos créditos contra la masa que sean imprescindibles para concluir la liquidación»*.

300.- En la STS, Sala Primera, de 8 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2635), el Alto Tribunal estableció como criterio interpretativo -seguido después en otras sentencias, como la de 6 de abril de 2017- que *«[L]a administración concursal está conceptuada, junto con el juez, como uno de los órganos imprescindibles del concurso, a diferencia de otros, como la junta de acreedores o el Ministerio Fiscal, que tienen carácter contingente, en función del desarrollo procesal del propio concurso. Así se desprende inequívocamente, con carácter general, de los arts. 21.1.2º y 26 LC; y específicamente para la fase de liquidación, de los*



*arts. 145, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 176 y 176 bis LC. Conforme a tales preceptos, la administración concursal es el órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución.*

*Ahora bien, el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible.».*

301.- Y con relación a la no inclusión de los honorarios de la administración concursal dentro de los créditos por costas y gastos judiciales, señaló (FJ 4):

*«[A]unque los apartados 2 .º y 3.º del art. 84 LC hacen un tratamiento diferenciado de las costas y gastos judiciales, por un lado, y de los honorarios de la administración concursal, por otro, el art. 176 bis 2 no hace una mención expresa a estos últimos, lo que genera la duda de si deben incluirse en el apartado residual del n.º 5 («los demás créditos contra la masa»), como pretende la recurrente, o pueden asimilarse a las costas y gastos judiciales (apartado 4.º), como resuelve la sentencia recurrida.*

*Como hemos dicho, desde una perspectiva teleológica, los créditos contra la masa se caracterizan por hacer posible el propio procedimiento de concurso, es decir, son créditos para llevarlo a buen fin, dentro de las posibilidades patrimoniales del deudor. La delimitación legal de estos créditos contenida en el art. 84.2 LC parte de la tradicional distinción entre gastos de la masa y obligaciones de la masa. Y dentro de los primeros, se incluyen en apartados diferentes, los gastos de justicia y los gastos de administración. Los gastos de justicia son tanto los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de la publicidad, de celebración de la junta de acreedores, etc.), como los derivados de incidentes concursales, e incluso de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los juicios que, en interés de la masa, inician o continúan de acuerdo con la propia Ley. Mientras que los gastos de administración son básicamente las retribuciones de la administración concursal (art. 34 LC y Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales) y, en su caso, de sus auxiliares.*



*Es decir, habrá actuaciones de la administración concursal que puedan ser consideradas costas y gastos de justicia, en los términos expuestos, pero los honorarios corresponden a otro concepto, que es el de gastos de administración.*

*Por tanto, puesto que el legislador, al enumerar los créditos contra la masa, distingue entre costas y gastos judiciales, por un lado, y retribución de la administración concursal, por otro, no cabe asimilarlos en aplicación del art. 176 bis 2, cuando en el número 4º únicamente hace mención a los primeros. Por lo que habrá que entender que tales retribuciones quedan encuadradas en el grupo residual del apartado 5º del art. 176 bis 2LC.»*

302.- Conviene recordar que la LC garantiza los honorarios de la administración concursal, que se abonan con cargo a la masa (art. 34 LC), a través de la cuenta de garantía arancelaria a la que hacen referencia los artículos 34 *bis* y siguientes en los casos de insuficiencia de masa activa. No obstante, el funcionamiento de dicha cuenta está pendiente de desarrollo reglamentario, como se ha visto, por lo que la cuestión que se suscita entre tanto estriba en determinar, respecto de los honorarios de la Administración Concursal, en qué orden deben incluirse dentro del artículo 176 *bis* de la LC en los casos de insuficiencia de activo para el pago de los créditos contra la masa, y en particular, si deben considerarse como un crédito *imprescindible* para concluir la liquidación pagándose con preferencia a cualquier otro crédito contra la masa, o si bien deben incluirse en algún otro apartado del artículo 176 bis de la Ley Concursal.

303.- La Sala Primera del Tribunal Supremo ha instaurado, conforme a la doctrina sentada en la sentencia parcialmente trascrita, un incidente contradictorio no previsto expresamente en la ley -siempre bajo el presupuesto de que no haya activo suficiente para pagar los créditos contra la masa-, pero que se encuentra implícito en el criterio interpretativo que ha fijado, mediante el cual la Administración Concursal deberá determinar qué actuaciones de las realizadas estima absolutamente necesarias para la liquidación y conclusión del concurso, así como la cuantía de los honorarios que representan las mismas; tras lo cual, y previas las necesarias audiencias, deberá el Juez del concurso pronunciarse sobre el carácter imprescindible o no de dichas actuaciones, su duración e importes y fijar sus cuantías.

304.- Fuera de esos supuestos, los créditos contra la masa por las retribuciones de la administración concursal deberán situarse junto con los



demás créditos contra la masa, en el último lugar del orden de prelación establecido.

305.- A la vista de lo anterior, cabe afirmar que el texto proyectado –que debe ser coherente con la futura existencia y efectividad de la cuenta de garantía arancelaria-, si bien permite articular la retribución de la administración concursal como crédito prededucible previa justificación de su carácter *imprescindible* para concluir la liquidación, y aunque, fuera de esos casos, sitúa los créditos por la retribución de la administración concursal durante la fase común y de convenio junto con los demás créditos contra la masa (es decir, en el último lugar del orden de prelación), no hace lo mismo con los créditos por las retribuciones de la administración concursal durante la fase de liquidación, sino que los asimila a los créditos por costas y gastos judiciales del concurso, lo que no se compadece bien con el criterio jurisprudencial que se acaba de exponer. Sin menoscabo de la posible justificación de la propuesta ofrecida por el prelegislador, en un planteamiento distinto del propio de la labor de refundición que tiene encomendada, la integración de la norma, a partir del tenor del art. 176 bis 2 LC, respetuosa con el marco de la autorización concedida, y respetuosa también con el criterio interpretativo fijado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, conduciría a la solución expuesta, por lo que se sugiere en este punto reconsiderar el contenido normativo propuesto.

## **TITULO V. DE LA MASA PASIVA**

### **a) Consideraciones generales**

306.- Tal y como se indica en la MAIN, el texto proyectado regula la masa pasiva en el Título V de su Libro (arts. 251 a 288, incluidos). La ordenación del Título, que se subdivide en cuatro capítulos, responde al itinerario lógico de la determinación de la masa pasiva. En primer lugar, deben fijarse qué créditos concursales existen con la consiguiente tarea de incluirlos y excluirlos; en suma, debe decidirse qué créditos se reconocen y que, por tanto, serán los créditos “concurrentes”. En segundo término, debe regularse cómo se ordenan entre sí, es decir, cómo se “clasifican” a los efectos oportunos, en particular en lo que atañe a su respectiva posición en el convenio y en los derechos de cobro. Y por último, debe establecerse el lugar en el que cristaliza la composición de la masa pasiva: la lista de acreedores, que tiene un efecto sobresaliente sobre los créditos reconocidos al equipararse su inclusión en la lista definitiva con una sentencia firme (arts. 483.2 PTR y 517.2.1º LEC). Con esta ordenación el Proyecto



recupera, como advierte su Exposición de Motivos, la sistemática del Anteproyecto de la Ley Concursal de 1995, y mantiene, en lo concerniente a la clasificación, la vigencia de lo previsto en la Disposición Final 33ª LC, que ordenaba, y ordena, la presentación de un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares, disposición hasta ahora no cumplida.

**b) Integración de la masa pasiva (capítulo I)**

307.- El capítulo I de este Título se rubrica "*Integración de la masa pasiva*", y se contrae a la enunciación del principio de universalidad (art. 251 PTR), equivalente al que rige en la regulación de la masa activa (art. 192), y que se corresponde con el art. 49.1 LC, en relación con su art. 84.1.

308.- Como indica la MAIN, la principal innovación del precepto reside en la distinción que hace entre los créditos concursales –los que integran la masa pasiva del concurso- y los créditos contra la masa, que se sujetan a sus propias reglas en cuanto a su cobro (y a su prelación, en los casos de insuficiencia de masa activa). Y por otra parte, la novedad se produce también con la inclusión en la masa pasiva de todos los créditos "*estén o no reconocidos*", de manera que se comprenden los créditos no concurrentes, esto es, los no comunicados o no reconocidos, que se sujetan a los efectos del concurso, siempre que así resulte de su naturaleza.

309.- Cabe recordar en este punto que, conforme el criterio establecido por la Sala Primera del Tribunal Supremo (cfr. STSS de 7 de octubre y 4 de noviembre de 2016, ECLI.... ), solo los créditos concursales reconocidos en la lista de acreedores son créditos concurrentes en el concurso, que otorgan un derecho efectivo a participar en el procedimiento concursal y a verse satisfechos con la masa activa. Los créditos que por no verse recogidos en los textos definitivos, en concreto en la lista de acreedores, no puedan considerarse concurrentes, no resultan extinguidos (salvo que la causa de su no inclusión sea que así se haya declarado al resolver el incidente de impugnación de la lista de acreedores), pero no pueden ser satisfechos en el concurso con cargo a la masa activa, sino que lo serán, de ser posible, una vez concluido el concurso, ya con el remanente de la liquidación o con los nuevos bienes que pudieran entrar en el patrimonio del concursado una vez concluida la liquidación y con ella el concurso, bien, en caso de convenio, una vez declarado el cumplimiento del mismo, si bien en este caso con las quitas acordadas en él.

**c) La comunicación y reconocimiento de créditos (capítulo II)**



310.- El capítulo II se refiere a la **comunicación y reconocimiento de créditos**, y distingue entre la comunicación a los acreedores (arts. 252 a 254, incluidos) y la comunicación de créditos de o por los acreedores (arts. 255 a 258, incluidos). A continuación regula el reconocimiento de créditos y sus clases, con los supuestos especiales de reconocimiento (arts. 259 a 266, incluidos); el cómputo de los créditos en dinero y en moneda de curso legal "a los solos efectos de la cuantificación del pasivo" (art. 267); y, en fin, la comunicación extemporánea de créditos y sus consecuencias (art. 268).

311.- Respecto de este conjunto de preceptos cabe hacer las siguientes consideraciones:

- i) El art. 255 PTR reza "*Deber de comunicación de créditos*", y preceptúa que «*[D]entro del plazo señalado en el auto de declaración de concurso, los acreedores del concursado anteriores a la fecha de esa declaración tienen el deber de comunicar a la administración concursal la existencia de sus créditos*» mientras que el art. 85 LC, con el que se corresponde, establece solamente que «*[l]os acreedores del concursado comunicarán [...]*». La caracterización de una carga, como es la de comunicar los créditos, con las consecuencias de la no comunicación oportuna, como un deber, no aparece suficientemente explicada. La carga de la comunicación de créditos se configura en el propio interés del acreedor, cuya inobservancia le depara una desventaja en el concurso, pero, salvo en el caso de las Administraciones públicas, no parece que deba considerarse como un deber legal, que se identifica con el beneficio o el interés del concurso.
- ii) En el art. 260, relativo al reconocimiento forzoso de créditos, se ha perdido la oportunidad de aclarar el alcance de ese reconocimiento forzoso. Este, en rigor, no dispensa de la carga de comunicar el crédito, sino que releva de la necesidad de acreditar su existencia; y ante la falta de reconocimiento por la administración concursal el acreedor concernido ha de promover la impugnación, de manera que impugnada con éxito su falta de reconocimiento, no soportará las consecuencias de la eventual falta de comunicación.
- iii) El Proyecto identifica la comunicación extemporánea con la comunicación tardía de los créditos, y esta identificación no permite diferenciar con claridad los distintos supuestos que pueden darse y sus consecuencias. La comunicación de los créditos ha de hacerse dentro del plazo establecido en el auto de



declaración de concurso (art. 225 PTR, que se corresponde con el art. 85 LC), a saber, un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado (art. 28.1.5º PTR, que se corresponde con el art. 21 LC). Pero la posibilidad de comunicar créditos se extiende hasta la presentación de la lista definitiva de acreedores (art. 268.1 PTR, que se corresponde con el art. 96 bis.1 LC). Más allá de ese momento, la comunicación será extemporánea, es decir, inoportuna, impropia del tiempo en que sucede o se hace, y su consecuencia será la de la exclusión del crédito extemporáneamente comunicado y su sujeción al régimen de los créditos no concurrentes (salvo los casos de los arts. 308 y 309 PTR). Por el contrario, la comunicación tardía del crédito permite su reconocimiento en el concurso, generalmente como crédito subordinado (arts. 268.2 y 281.1º PTR).

Parece, con todo, que el Proyecto, al establecer que estos créditos comunicados una vez concluido el plazo de presentación y antes de la presentación de la lista definitiva *«[s]erán reconocidos o excluidos por la administración concursal conforme a las reglas generales establecidas para el reconocimiento o la exclusión»*, y que, *«[s]i los créditos objeto de la comunicación extemporánea fueren reconocidos, se clasificarán como créditos subordinados»*, tiene presente la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acerca de los problemas de la comunicación -tardía- de créditos y su reconocimiento, y su vinculación con las modificaciones e impugnaciones del informe de la administración concursal, conforme a la cual cabe entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes: *«[E]sta [...] es la interpretación que nos parece la adecuada. Es indudable que la lectura del art. 92, apartado 1, advierte de un intento del legislador de distinguir entre créditos comunicados a la administración concursal, tardíamente, y créditos no comunicados a la misma. A ello se une que -a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 97, apartado 1- el efecto preclusivo que ha sido declarado en ambas instancias no aparece establecido claramente en la mencionada norma. Finalmente, si de las reglas pasamos a los principios, en cuanto mandatos de optimización de aquellas, se advierte fácilmente que las ventajas de dicha preclusión se obtienen con la menos cruenta sanción de subordinación que el propio artículo 92, apartado 1, vincula al*



*incumplimiento de la carga de comunicación oportuna impuesta a los acreedores.»*

**d) La clasificación de los créditos concursales (capítulo III)**

312.- El capítulo III de este Título (**arts. 269 a 284**, incluidos) refunde los arts. 89 a 92 y 94.5 LC. En la MAIN se explica que la clasificación de los créditos es determinante en dos aspectos y es una consecuencia típica de la concurrencia de derechos de satisfacción compatible entre sí: fija la respectiva posición de los acreedores en el convenio y, sobre todo, el orden o prelación de los distintos créditos en el cobro. Las particularidades que procede destacar en este capítulo son las que seguidamente se exponen.

313.- El art. 269 PTR se corresponde con el art. 89.1 LC, y en su apartado segundo *in fine* se recoge el llamado principio de tipicidad de los privilegios: «*[E]n el concurso no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley*». El precepto reproduce en su literalidad su homólogo del art. 89.2 *in fine*, y de ese modo se desaprovecha la oportunidad de corregir el defecto apreciado en su formulación, cual es la referencia a “*esta ley*”, cuando no solo en la LC se establecen las reglas de clasificación y prelación de créditos, y cuando con esta fórmula se vincula al legislador futuro al contenido del texto proyectado, defecto que se soslayaría con el empleo de la expresión más genérica “*en la ley*”.

314.- En la MAIN se ofrece una somera explicación del sistema de clasificación de créditos. De este modo, se mantiene la clasificación de créditos privilegiados, con sus dos subclases de privilegiados especiales y generales, según las clases de bienes afectos a su cumplimiento, y la subdistinción entre créditos con garantía real o que tengan derecho de ejecución separada (art. 214.1ª II). Y se mantiene, como no podía ser de otra manera, la clasificación de créditos ordinarios y subordinados. A partir de ahí, se diferencia, con independencia de su encaje en una u otra clase, por razón de la identidad de los acreedores, incluso con subdistinciones entre acreedores públicos, por razón de la identidad del acreedor (la Administración tributaria o la Seguridad Social), por razón del destino de los créditos (financieros o derivados de endeudamiento financiero, o por operaciones comerciales), e incluso en razón de las relaciones que median entre acreedores que ocupan la misma posición (acreedores sindicados).

315.- También explica la MAIN que la inclusión de los créditos en una “clase” supone la atribución de un “orden”, que enlaza con la prelación de pagos o la preferencia de pago; orden que no solo se refiere a las relaciones entre las clases de créditos entre sí, sino que también concierne a los



créditos incluidos en alguna de esas clases como sucede en los créditos con privilegio general y en los subordinados.

316.- Pues bien, más allá de hacerse eco de la crítica de algún sector doctrinal por el mantenimiento en el texto proyectado de la complejidad legal y del exceso de clasificación, nada cabe oponer al tratamiento que, en términos generales, hace el prelegislador de esta materia, estando vinculado como está por la clasificación que ofrece la LC, y respondiendo el esquema clasificatorio de los créditos a una opción razonable que no merece reproche en términos de técnica legislativa.

317.- Más en particular, se advierte que el art. 271.2 PTR, relativo a los requisitos del privilegio especial referidos a la prenda sobre créditos futuros, mantiene el tenor del vigente art. 90.1.6º II LC, y por tanto los mismos requisitos para el reconocimiento del privilegio especial, a saber: que antes de la declaración del concurso i) los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración; y ii) que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente.

318.- Sobre este particular, y sin salirse del marco de la autorización, se ha de tener presente la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, siempre referida a prendas comunes no inscritas, conforme a la cual los créditos garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivan de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan la clasificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración del concurso. Por el contrario, no son resistentes al concurso las prendas sobre créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aun cuando se declaró el concurso (cfr. STS de 13 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:845). Consiguientemente las limitaciones indicadas han de referirse exclusivamente a las prendas "comunes" sobre créditos futuros por cuanto en lo relativo a la extensión objetiva de las garantías bajo prenda sin desplazamiento inscritas deberá estarse a lo previsto en la legislación especial.

319.- Por otra parte, los **arts. 272 a 275** PTR, incluidos, relativos al límite del privilegio especial y la determinación del valor razonable, refunden, reordenándolos los arts. 90.3 y 94.4 LC. En este punto ha de incidirse en la



necesidad de que el texto proyectado aclare que la determinación del límite del privilegio especial a través de la determinación del valor razonable del bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía y las deducciones –la necesaria del 10 por ciento y las contingentes de las garantías preferentes- lo es solo y exclusivamente para calcular la posición de los acreedores a efectos del convenio y, en su caso, de los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pago, pues la finalidad perseguida por el legislador al introducir esta regla –explicitada en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y en el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal- no es sino facilitar que se alcancen convenios o acuerdos de refinanciación al extender los créditos que resultarán afectados, es decir, al reducir los créditos con privilegio especial o, en algunos casos, excluirlos de esa consideración. Esta concreción del alcance de la regla se pone de manifiesto cuando el art. 405 PTR permite al acreedor con privilegio especial hacerse pago con lo obtenido hasta el límite de la "deuda originaria" (y lo mismo, el art. 429.3 PTR).

320.- Es este, por lo demás, un aspecto en el que ha incidido la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como se observa en la STS de 11 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1222), en cuyo FJ 2º.2 se dice, si bien en un argumento *obiter dictum*, que «[L]a limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el convenio. Respecto de la liquidación, hay que estar a lo previsto en la norma especial, en este caso el art. 155 LC. Si, como es el caso, el apartado 5 del art. 155 LC contiene una previsión sobre lo que tiene derecho a cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, que es ajena al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la "deuda originaria" [...].»

#### **e) La lista de acreedores (capítulo IV)**

321.- El último capítulo de este Título (arts. 285 a 288) ordena la lista de acreedores y refunde lo dispuesto en el art. 94 LC. Al respecto, cabe hacer dos breves consideraciones. La primera, que el art. 286, al establecer el contenido de la lista de acreedores, se refiere a la "clasificación jurídica" de los créditos, en tanto que el art. 94.2 LC alude a la "calificación jurídica". La diferencia no es inane, si no obedece a un mero error, pues en el primer caso se hace alusión a la clase del crédito, es decir, a la pertenencia a una de las categorías establecidas en la ley y a la ordenación que lleva aparejada, y en otro a la naturaleza del crédito. Convendría que el precepto



proyectado se atuviera a la redacción del art. 94.2 LC, al no haber justificación para la variación introducida.

322.- Y la segunda, que el Proyecto no hace referencia, al determinar el contenido de la lista, a la expresión del valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial (art. 94.5 LC), sin que tampoco esa omisión esté suficientemente explicada.

## **TÍTULO VI. DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**

### **a) Consideraciones previas**

323.- El Título VI, que versa sobre el informe de la administración concursal, se estructura en cuatro capítulos que se refieren, respectivamente, al informe en sí mismo, a su vez dividido en dos subsecciones relativas a las comunicaciones electrónicas anteriores a la presentación del informe y -de nuevo- al informe de la administración concursal; a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores; a la presentación de los textos definitivos y el fin de la fase común; y a la modificación de la lista definitiva de acreedores.

324.- Si desde el punto de vista sistemático puede resultar un acierto incorporar bajo un mismo Título la regulación del informe de los administradores, el régimen de impugnaciones y la confección de la lista definitiva de acreedores, se observan sin embargo ciertas disfunciones originadas, principalmente, por incluir dentro del mismo aspectos que no se refieren propiamente al informe, sino a los documentos anejos al mismo, el inventario de la masa activa y la lista de acreedores, que tiene su regulación en otros lugares del texto proyectado; lo que en ocasiones da lugar a innecesarias reiteraciones, como sucede en el art. 293.1.1º, al referirse a la relación de los litigios en tramitación y de las acciones de reintegración a ejercitar, que ha de acompañar al inventario, cuando esta relación complementaria ya se prevé en el art. 202 PTR, y en el ordinal segundo de ese mismo artículo y apartado, al referirse a la relación de los créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago, con expresión de los respectivos vencimientos, que ha de acompañar a la lista de acreedores, cuando esta previsión ya se contiene en el art. 288.

### **b) Las comunicaciones electrónicas anteriores y el informe de los administradores (capítulo I)**



325.- El **art. 289** PTR, relativo a la comunicación de los acreedores del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, reformula el art. 95.1 LC, siendo significativo que ahora refiera las comunicaciones a aquellos de los que la administración concursal *tenga* su dirección electrónica, lo que evita cualquier duda interpretativa anudada a la *constancia* de la dirección electrónica a la que se refiere el art. 95.1 LC; lo cual, sin embargo, no se traslada, como sería deseable, al art. 294.2, donde se sigue aludiendo a la *constancia* de la dirección electrónica.

326.- Ha de tenerse presente, no obstante, que la comunicación se dirigirá «al concursado y a aquellos que hubiesen comunicado sus créditos», apreciándose una falta de correspondencia con el enunciado del precepto, que se refiere únicamente a los acreedores.

327.- Por otro lado, el texto proyectado es más preciso al indicar el contenido de la comunicación, pues establece que en la misma se *remitirá* el proyecto de inventario y de la lista de acreedores, a diferencia del precepto vigente, donde se dice que se *informará* del proyecto de inventario y de la lista de acreedores.

328.- En cuanto a la prórroga del plazo de presentación (**art. 291**, que se corresponde con el art. 74.2 LC), se observa que, en el caso de que la prórroga venga motivada por el vencimiento del plazo de comunicación de créditos después del plazo para la presentación del informe (dos meses contados a partir de la fecha de aceptación), desaparece, con lógica, el carácter potestativo de la solicitud y de la concesión de la prórroga.

329.- La estructura del informe (**art. 292** PTR) también se reformula, sistematizando el contenido del art. 75.1 LC, siendo significativa la sustitución del análisis de "los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria", por el análisis de esta misma, lo que permite concretar mejor el objeto del análisis, que alcanza a la veracidad y al contenido de la memoria, así como a su suficiencia informativa.

330.- Por otra parte, el **art. 294.2**, que dispone que la administración concursal «[r]emitirá telemáticamente copia del informe», clarifica el contenido de la actuación, disipando las dudas que podían surgir al interpretar el término "comunicará" que emplea el último inciso del art. 95.2 LC.

331.- En el **art. 296**, relativo a la infracción del deber de presentación del informe y sus consecuencias, se introduce en el apartado tercero de este artículo una precisión sobre la indemnización de los daños y perjuicios que hubiera podido causar a la masa activa la infracción del deber de presentación del informe, que se resuelve en una remisión al régimen



general de responsabilidad de la administración concursal previsto en el art. 94 PTR. El precepto, de este modo, sirve para hacer visible la responsabilidad derivada del incumplimiento de este deber, que se encuentra implícita en el contenido del art. 94 del texto proyectado. Se hace aquí, por tanto, explícito, y conectado a un concreto deber, lo que se hallaba implícito en una norma de carácter general.

332.- Por último, para cerrar este apartado, procede hacer algunas sugerencias de técnica normativa: i) en el **art. 299.2, in fine**, debería sustituirse el término “presentadas” por el de “recibidas”; y ii) en el art. 293.2, al referirse a la valoración de la empresa y de sus unidades productivas, es más conveniente, por expresar mejor e inequívocamente el significado del precepto, mantener la expresión “*bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación*”, que utiliza el art. 752.5º LC, en vez de “*tanto en caso de continuidad de las actividades como de liquidación*” que emplea el texto proyectado, y que puede conducir a considerar dicha mención referida al estado en que se encuentre el concurso, y no a los escenarios a los que debe proyectarse la valoración.

### **c) Impugnación del inventario y de la lista de acreedores (capítulo II)**

333.- El capítulo II de este título (arts. 297 a 302, incluidos) refunde los arts. 96 y 97.1 y 2 LC. Destaca la aclaración introducida en el art. 299 del Proyecto, relativo a las consecuencias de la falta de impugnación, y que se corresponde con el art. 97.1 LC, precisando que la vía de recurso de que dispone quien no ha impugnado en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores frente a las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones es a través del recurso de apelación, indicación oportuna toda vez que el vigente art. 97.1 no lo especifica. Como mejora técnica, sería conveniente corregir la dicción del precepto vigente, pues la expresión “*otras impugnaciones*” no es coherente con la legitimación para recurrir que se atribuye a quien no ha impugnado. Más adecuado sería decir que este podrá recurrir en apelación las modificaciones introducidas por el juez al resolver *las impugnaciones de otros legitimados*.

334.- Por otra parte, el art. 300.2 PTR introduce la precisión de que la acumulación de las impugnaciones puede ser total o parcial, precisión que se encuentra, por lo demás, implícita en los términos potestativos en que se expresa en art. 96.5 LC.



335.- Es especialmente relevante el modo en que se ha redactado el precepto relativo a la cancelación de garantías (art. 302). El art. 97.2 LC dice «*[S]i el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular [...]*». El precepto proyectado, sin embargo, reza: «*1. Si el titular de un crédito clasificado como subordinado no impugnare en tiempo y forma esta clasificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase sobre bienes y derechos de la masa activa a favor de los créditos de que aquel fuera titular [...]*». Dos observaciones cabe hacer al texto propuesto. La primera, que es oportuna la aclaración de que la extinción de las garantías se refiere a las constituidas *sobre bienes y derechos de la masa activa* titularidad del acreedor especialmente relacionado con el deudor que no haya impugnado la clasificación del crédito del que es titular (como subordinado, se ha de entender), precisando así el alcance de la cancelación ordenada judicialmente. Y la segunda, que la manera de designar al sujeto a quien viene referido el supuesto previsto en el precepto no es del todo adecuada, pues, aunque el acreedor calificado como especialmente relacionado con el deudor verá incluido su crédito o sus créditos como subordinados –como resultado de esa relación, y ex arts. 92.5 LC y 281.1.5º PTR-, el titular de un crédito clasificado como subordinado no ha de ser siempre y en todo caso un acreedor especialmente relacionado con el deudor, sino que puede serlo por razón de concurrir otros supuestos distintos de entre los previstos legalmente a los que se anuda esa consecuencia. Se sugiere, en consecuencia, que el precepto proyectado respete la literalidad del artículo objeto de refundición.

**d) La presentación de los textos definitivos y el fin de la fase común (capítulo III)**

336.- El capítulo III de este título se subdivide en dos secciones, la primera de ellas referida a **la presentación de los textos definitivos (arts. 303, 304 y 305)**, que refunde los arts. 96.5 y 96 bis.3 LC, y la segunda sobre **la finalización de la fase común (arts. 306 y 307)**, que hace lo propio con los arts. 111.1, 112 y 96.4 LC.



337.- El texto proyectado se limita, en este punto, a introducir mejoras lingüísticas y semánticas, y a reubicar los preceptos de naturaleza procesal relativos a la finalización de la fase común vinculados al informe de la administración concursal, si bien la ubicación sistemática de estos últimos no parece la más adecuada, siendo preferible situar los preceptos relativos a la finalización de la fase común y a la apertura de la fase de convenio después del capítulo relativo a la modificación de la lista definitiva de acreedores, y antes del Título referido al convenio.

#### **e) La modificación de la lista definitiva de acreedores (capítulo IV)**

338.- El capítulo IV de este Título (**arts. 308 al 314**) refunde los arts. 97.3 y 4, 97 bis y 97 ter LC, a los que se da una nueva ordenación, al tiempo que se introducen mejoras técnicas.

339.- Es significativa, no obstante, la ampliación de los supuestos en los que procede la modificación de la lista definitiva de acreedores. El **art. 308** PTR, que procede del art. 97.3 LC, por un lado parece querer agotar la enumeración de los casos en que cabrá la modificación, suprimiendo la cláusula que sirve de cierre en el art. 97.3 LC –“*además de en los demás supuestos previstos en esta ley*”– , y por otro introduce dos supuestos no contemplados expresamente en este artículo de la LC, a saber: «1º. *Cuando se estimen los recursos interpuestos contra las resoluciones del juez de concurso en los incidentes de impugnación de la lista de acreedores*»; y «3º. *Cuando se dicten resoluciones judiciales en el concurso de las que resulte la existencia, la modificación del importe o de la clase del crédito o la extinción de un crédito concursal*».

340.- Sin duda la intención del prelegislador ha sido explicitar e incorporar a la relación de supuestos contemplados en el art. 97.3 LC aquellos otros que derivaban directamente de otros preceptos de la ley, y que vienen impuestos por la práctica. En tal sentido, ninguna objeción cabe hacer a la propuesta, más allá de las observaciones que a continuación se harán. La primera de ellas se refiere a la oportunidad de la supresión de la cláusula de cierre, pues todavía se dan otros casos en los que eventualmente cabe la modificación de la lista definitiva distintos de los enumerados en el art. 308 PTR (como el de reapertura del concurso). Y la segunda versa sobre la conveniencia, o más bien necesidad, de coordinar el ordinal tercero y el ordinal sexto del precepto, y estos con el proyectado art. 311, en el particular relativo a la firmeza de las resoluciones.



## **TÍTULO VII. DEL CONVENIO**

### **a) Consideraciones previas**

341.- El Título VII del Libro I del Proyecto recoge la regulación del convenio que se contiene principalmente en el capítulo I del Título V de la LC. El esfuerzo de sistematización del prelegislador en este ámbito es particularmente notable. Tal y como se pone de manifiesto en la MAIN, se pretende configurar una sistemática clara diferenciando en distintos capítulos los diferentes aspectos de la regulación del convenio, la propuesta –los proponentes, los contenidos y el plan de pagos y de viabilidad-, los aspectos procedimentales relativos a la presentación de la propuesta y la admisión a trámite, la evaluación de la propuesta y el régimen de aceptación y adhesiones, diferenciando el sistema de aceptación de la propuesta anticipada y de las demás propuestas de convenio, el régimen de mayorías para la aceptación de la propuesta, la aprobación judicial del convenio, con la oposición a la misma, la eficacia del convenio y su cumplimiento.

342.- El esfuerzo de sistematización se patentiza también en la disgregación del contenido de los extensos preceptos de la LC para dedicar a cada materia un artículo, y en la unificación, en lo posible, del régimen de las distintas modalidades de tramitación, lo que ha supuesto que los artículos sobre la propuesta anticipada de convenio hayan dejado de constituir un grupo separado, salvando la especialidad del sistema de aceptación por adhesión en estos casos (art. 359 PTR).

343.- El texto proyectado, como seguidamente se verá, aclara ciertos aspectos que permanecían dudosos en la legislación vigente, incorporando criterios jurisprudenciales que sirven a esa finalidad aclaratoria, y en el cumplimiento de esa función aclaratoria, dentro de los márgenes de la autorización, junto con el fruto del esfuerzo de sistematización llevado a cabo, se encuentra el aspecto positivo de la actuación del prelegislador en este ámbito. En el reverso se encuentra la desaprovechada posibilidad de agotar esa función aclaratoria en algunos preceptos sobre los que todavía surgen dudas de interpretación y aplicación, sirviéndose para ello, también aquí, de los criterios establecidos en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

### **b) Consideraciones particulares**



344.- La MAIN se hace eco de la modificación introducida en el **art. 321.2** PTR, que se corresponde con el art. 137.2 de la LC, relativo a las medidas limitativas o prohibitivas del ejercicio de facultades de administración y disposición del deudor que pueden imponerse en el convenio. El precepto vigente establece que *«[L]as medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración que, en su caso, se ejercite»*. La referencia a "acción de reintegración" es equívoca, como ha puesto de manifiesto la doctrina, pues no se trata aquí del ejercicio de una acción de rescisión de actos perjudiciales a la masa, sino de la declaración de ineficacia de aquellos actos realizados en contravención de las medidas limitativas o prohibitivas establecidas en el convenio, con la consiguiente restitución o reintegración a la masa de las prestaciones realizadas por el deudor. De ahí que en el texto proyectado se haya sustituido, con acierto, la referencia a "la acción de reintegración" por "la sentencia que declare la ineficacia del acto" contrario a las medidas limitativas o prohibitivas.

345.- El **art. 396** PTR, relativo a la extensión necesaria del convenio, se corresponde con el art. 134.1 LC. Respecto de la teleología de este, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado lo siguiente: *«El artículo 134.1 de la Ley Concursal, al extender a los créditos anteriores al concurso y no reconocidos el contenido del convenio, lo que pretende es impedir que estos créditos no reconocidos en la lista de acreedores puedan llegar a ser, caso de aprobarse y cumplirse un convenio, de mejor condición que los acreedores concursales afectados por el convenio. Está claro que los créditos que no aparezcan reconocidos en la lista de acreedores no pueden ser reclamados durante la fase de cumplimiento del convenio, y solo después de la declaración de cumplimiento del convenio puede dirigirse se reclamación frente al deudor concursado. Y es en este caso cuando la ley aclara que, caso de reconocerse la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito, su importe se verá afectado por las quitas convenidas e impuestas a los acreedores concursales ordinarios y subordinados que sí habían sido reconocidos [...] se trata de créditos concursales, pero no concurrentes, puesto que no serán satisfechos en el concurso, ni sus titulares pueden tener en el concurso la intervención que la Ley Concursal atribuye a los titulares de créditos concursales reconocidos»* (SSTS 7 de octubre y 4 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4292, y ECLI:ES:TS:2016:4721).



346.- El precepto proyectado introduce la precisión, respecto de su homólogo en la LC, de que la vinculación al convenio de los acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos de estas clases que fueren anteriores a la declaración de concurso se producirá *"aunque no se hubieran adherido a la propuesta de convenio o votado a favor de ella"*, manteniéndose la vinculación en los casos de no reconocimiento del crédito "por cualquier causa". Es una precisión que sirve, una vez más, para explicitar lo que se encontraba implícito en el art. 134.1 LC, que extiende la eficacia del convenio a los acreedores ordinarios y subordinados titulares de créditos anteriores a la declaración de concurso, tanto los concurrentes como los no concurrentes, y con independencia de la posición de aquellos respecto del convenio. Pero sería conveniente que el texto aclarara el régimen de los acreedores privilegiados no concurrentes, explicitando también la eventual vinculación al convenio por efecto de la regla de arrastre contenida en el art. 397.2 PTR, y cuando, concluido el concurso, pretendan reclamar su crédito.

347.- El **art. 397** PTR regula la extensión del convenio a los créditos privilegiados. Su apartado primero reformula el art. 134.3 LC, mejorando su redacción y contemplando de forma expresa la salvedad consistente en la revocación de las adhesiones –en los términos previstos en los arts. 358 y 375.3 PTR–, como también hace el art. 399.1 PTR al establecer los efectos del convenio sobre los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el concursado, sus fiadores y avalistas. Sería conveniente, empero, que dentro de esa salvedad se contemplara también la revocación de las propuestas, tal y como autoriza el art. 370.2 PTR, que se corresponde con el art. 121.4 LC (*«[L]os acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieran adherido a ella»*).

348.- El apartado segundo del art. 397 PTR regula el llamado "arrastre" a los créditos privilegiados mediante el sistema de vinculación "por clases", que actualmente se recoge en el art. 134.3 LC, precepto introducido por el Real Decreto-ley 11/2014, y reiterado después por la Ley 9/2015. Conforme al mismo, y sin perjuicio de la vinculación al convenio de los acreedores privilegiados que hayan prestado su consentimiento individual, quedarán también vinculados si concurren ciertas mayorías de acreedores *"de la misma clase a la que pertenezcan"*; y en el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase, en tanto que en el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo



aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase (art. 397.2, *in fine*, PTR, y art. 134.3, *in fine*, LC).

349.- La doctrina había puesto de manifiesto los problemas de interpretación que suscita el art. 134.3 LC, centrados en la expresión “*respectivamente*”, que arrancaban de la clasificación contenida en el art. 94.2 (que se corresponde con el art. 287 PTR), y que se trasladan ahora al proyectado art. 397.2. La inteligencia del precepto admite distintas posibilidades, desde considerar que hay solo cuatro clases, cada una de las cuales englobaría los créditos con privilegio especial o general correspondientes (públicos, laborales, financieros y los restantes), pasando por considerar que existen solo las cuatro clases, pero que han de llevarse a cabo cómputos independientes dentro de cada clase, hasta entender que hay ocho clases o subclases, cada una de ellas independiente de la otra (dos clases de créditos privilegiados de derecho público, la de acreedores con privilegio general y acreedores con privilegio especial, dos clases de créditos privilegiados laborales, y así sucesivamente), de manera que las reglas de cómputo se aplicarían dentro de cada clase o subclase.

350.- El prelegislador, al mantener el contenido de los arts. 94.2 y 134.3 LC, ha dejado pasar la oportunidad de despejar las dudas que se ciernen sobre ellos y de clarificar el sistema de arrastre por clases de los créditos privilegiados, estando en disposición de hacerlo, pues tal aclaración entra dentro de las funciones propias de la labor refundidora.

351.- La Memoria se hace asimismo eco de la redacción del art. 404 PTR, relativo a los efectos de la declaración de incumplimiento, y que se corresponde, por un lado, con los arts. 140.4 y 143.1.5º LC, y por otro con el art. 162.1 LC. Este, por su parte, tiene su correspondencia con el art. 439, referido a la coordinación con pagos anteriores en fase de convenio, en el que se reproduce el contenido del art. 162 LC. La MAIN centra su explicación en el apartado segundo del proyectado art. 404, que especifica que serán plenamente eficaces los actos realizados por el concursado o por terceros en ejecución del convenio incumplido, salvo que se probare la existencia de fraude, contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores.

352.- Se advierte que el art. 404.2, que se refiere a “*los actos*”, tiene mayor amplitud que el art. 439, que se refiere a “*los pagos*” realizados en cumplimiento –parcial- del convenio; en lo que tienen cabida los casos de apertura de la liquidación como consecuencia de la nulidad del convenio (arts. 143.1.4º LC y 409.1.4º PTR), o por haberlo pedido el concursado al conocer la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio (arts. 142.2 LC y 407.1 PTR). La convivencia de los arts. 404.2 y



439.1 PTR deja, no obstante, sin aclarar la eficacia de los actos, que no sean pagos, efectuados en cumplimiento de un convenio en caso de liquidación posterior al convenio sin declaración de incumplimiento.

353.- La MAIN incide, por otro lado, en que el **art. 405** PTR aclara las dudas que se ciernen sobre el art. 140.4 LC, respecto de la situación de los acreedores con privilegio especial que hubieren quedado afectados por el convenio una vez que este ha sido incumplido, en particular con relación al momento en que estos acreedores pueden llevar adelante la ejecución separada de la garantía, y con respecto de los sujetos que, según la ley, tienen el derecho de iniciar o reanudar la ejecución separada de sus garantías. El precepto proyectado aclara, en cuanto a lo primero, que la ejecución separada podrá promoverse *desde que alcance firmeza la declaración de incumplimiento*, con lo que se superan las dudas acerca de si, con la redacción vigente, el acreedor con privilegio especial puede iniciar o proseguir las ejecuciones separadas de los bienes y derechos afectos a su crédito incluso si no es firme el pronunciamiento judicial de incumplimiento y antes de la apertura de la liquidación. Y en cuanto a lo segundo, y frente a las dudas que origina la indicación del art. 140.4 respecto de que el incumplimiento *"afectase a los acreedores con privilegio especial"* y a la situación de aquellos que no se han visto afectados por el incumplimiento, la norma precisa, según su sentido propio, que los acreedores con privilegio especial concernidos son aquellos a quienes se extienda la eficacia del convenio, con independencia de que se hayan visto afectados directamente por el incumplimiento, lo que pone en relación el precepto con el art. 148 PTR, que regula el fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes.

354.- Por último, para cerrar el examen de este Título, pudiera ser oportuno, sin forzar el marco de la autorización, valorar la conveniencia de regular el ejercicio de acciones rescisorias desde la aprobación del convenio hasta la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, integrando el texto proyectado con base en el criterio mantenido en la STS, Sala Primera, de 23 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1051), con arreglo al cual, si bien la remisión que hace el art. 147 LC al Título III –y por tanto a los arts. 71 y 72 LC- faculta a los administradores concursales a ejercitar las acciones previstas en el art. 71 (es decir, la acción rescisoria concursal, la acción pauliana u otras acciones dirigidas a declarar la ineficacia del acto), es preciso que el ejercicio de cada una de ellas se acomode a los presupuestos y requisitos establecidos en cada caso. De manera que la acción rescisoria concursal solo podrá ejercitarse respecto de actos perjudiciales a la masa anteriores a la



declaración de concurso (art. 71 LC), y, por consiguiente, no podrá ejercitarse para obtener la declaración de ineficacia de actos realizados con posterioridad a la declaración de concurso, siendo así que la LC no contempla el ejercicio de la acción rescisoria concursal respecto de actos realizados en la fase de cumplimiento del convenio en caso de la posterior apertura de la fase de liquidación –por imposibilidad de cumplimiento–, resultando suficientes los medios ordinarios rescisorios previstos con carácter general para proteger la integridad de la masa activa y la par condicio creditorum, así como para obtener la declaración de ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de acreedores.

## **TÍTULO VIII. LA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA**

### **a) Consideraciones previas**

355.- Como ya se ha adelantado, el Proyecto introduce modificaciones de orden sistemático especialmente relevantes en el Título V de la LC, y particularmente en su capítulo II, relativo a la liquidación, solución del concurso alternativa a la *normal* del convenio. Estas modificaciones han supuesto, como se ha visto, desvincular de las fases del concurso las reglas que integran el régimen general de enajenación de la masa activa para situarlas en la regulación de esta, comprendiendo una reglamentación de carácter general independientemente de la fase del procedimiento concursal en la que se aplique, incluyendo en ellas las reglas relativas a la enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial (arts. 209 a 214 PTR, incluidos), así como las referidas a la enajenación de unidades productivas (arts. 215 a 224, incluidos), respecto de las que se clarifica su carácter imperativo (art. 415.3 PTR), manteniendo en la regulación de la liquidación de la masa activa las reglas generales y supletorias que han de regir esta, junto con las referidas al plan de liquidación y aquellas de carácter imperativo.

356.- Esta reordenación sistemática afecta, por consiguiente, al contenido material del Título, del que se desgaja la regulación del pago a los acreedores concursales, que ahora integra el Título IX del texto proyectado; y afecta asimismo a la sistemática interna del Título, que se estructura en siete capítulos, referidos, respectivamente, a la apertura de la fase de liquidación, a los efectos de la apertura, a las operaciones de liquidación, comprendiendo las reglas generales de liquidación, las reglas del plan de liquidación y las reglas supletorias, a la publicidad de los bienes



y derechos objeto de liquidación, a los informes trimestrales, a la consignación preventiva y a la prolongación indebida de la liquidación.

## **b) Consideraciones particulares**

357.- El texto proyectado no introduce modificaciones relevantes **en la regulación de la apertura de la fase de liquidación y de la legitimación** para solicitarla, que sigue residiendo en el deudor concursado (art. 406 PTR, que se corresponde con el art. 142.1 LC), manteniéndose la obligación de este de solicitarla durante la vigencia del convenio desde el momento en que conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el mismo y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (**art. 407.1**, que se corresponde con el art. 142.2 LC). Se mantiene también la legitimación subsidiaria de los acreedores cuando el concursado incumpla tal obligación (art. 407.2, que se corresponde con el art. 142.2 II LC) y la legitimación de la administración concursal en caso de cese total o parcial de la actividad profesional o empresarial (art. 408 PTR, que contiene la regla del art. 142.3 LC). Tampoco presentan especialidades los proyectados **arts. 409**, que regula la apertura de oficio de la liquidación (art. 143 LC), y **410**, referido a la publicidad de la apertura de la liquidación, que recoge la regla del art. 144 LC.

358.- En cuanto a los **efectos** generales de la apertura de la liquidación, sobre la administración concursal, sobre el concursado persona natural y persona jurídica y sobre los créditos concursales (**arts. 411 a 414**), se mantienen los términos de los arts. 145 y 146 LC.

359.- La regulación de las operaciones de liquidación contiene novedades y modificaciones dignas de consideración.

360.- Ante todo, es relevante la estructuración sistemática de las reglas de liquidación, que se abre con el **art. 415** PTR, en el que se enuncia la prelación de las reglas a las que habrá de sujetarse, y su carácter dispositivo o imperativo. De este modo, la liquidación se ajustará al plan elaborado por la administración concursal y aprobado por el juez. En defecto de aprobación del plan, y en su caso, en lo que no estuviere previsto en el aprobado, regirán las reglas supletorias establecidas en la sección tercera de este capítulo III (**arts. 420 y 421**), que contienen la *regla de procedimiento de apremio*, con la remisión a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio, y la *regla del conjunto*, que se recoge del art. 149 LC, con la posibilidad, no obstante la misma, de la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los



elementos que de que se compongan, cuando se estime más conveniente para el interés del concurso *y para la más rápida satisfacción de los acreedores*. Y en todo caso, se apruebe o no el plan de liquidación, serán de *necesaria aplicación* las reglas especiales previstas en el Título IV del Libro I sobre la realización de bienes o derechos afectos a privilegio especial y sobre la enajenación de unidades productivas o del conjunto de la empresa.

361.- La articulación de esta norma definitoria de la prelación de las reglas de liquidación y de su naturaleza, dispositiva o imperativa, no extravasa el marco de la autorización legislativa, y se ciñe a articular normativamente criterios asentados en la práctica de los tribunales y a explicitar las reglas, su prioridad y carácter, implícitamente contenidas en el articulado de la LC.

362.- Cabe hacer, no obstante lo anterior, algunas observaciones al respecto, y con relación al conjunto de las reglas recogidas en el capítulo III de este Título VIII

363.- En primer lugar, debería precisarse si el carácter imperativo de las reglas sobre la realización de bienes o derechos afectos a privilegio especial y sobre la enajenación de unidades productivas o del conjunto de la empresa alcanza también al modo de realización, o si por el contrario, han de prevalecer las previsiones del plan de liquidación al respecto, habida cuenta del tenor del art. 420 PTR, que remite a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio *en defecto de las previsiones del plan de liquidación*.

364.- En segundo lugar, se observa que tanto el **art. 417.1**, que contiene los criterios legales de elaboración del plan de liquidación, como el **art. 419.1**, que regula la aprobación por el juez del plan de liquidación, incluyen como criterio para la elaboración y para la aprobación, además del interés del concurso, *"la más rápida satisfacción de los acreedores"*. Acaso este criterio, que prima la celeridad en la satisfacción de los créditos, pudiera ceder ante el de la *"mejor satisfacción de los acreedores"*, en el entendido de que la rapidez no siempre ha de ser sinónimo de mejor interés de los acreedores, siguiendo la línea del *«best interes of creditors test»* o «test de liquidación» establecido para solucionar problemas de acción colectiva en situaciones de insolvencia y para garantizar que la solución convenida, ya convenio concursal, ya acuerdo de refinanciación, ya, en fin acuerdo extrajudicial de pagos, proporcione a los acreedores disidentes, al menos, la misma tasa de recuperación de sus créditos que las que les correspondería en la liquidación concursal. A él se refiere el art. 2.9 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deuda e inhabilitación y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de



reestructuración, insolvencia y exoneración de deuda (DO L nº 172, de 26.6.2019), que define la prueba del *interés superior de los acreedores* como «*[l]a prueba de que ningún acreedor discrepante se verá perjudicado por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación de la empresa, sea mediante liquidación gradual o venta de la empresa en activo*», constituyendo la prueba de dicho interés superior requisito mínimo necesario para la aprobación judicial del plan de reestructuración [art. 10.b) de la Directiva].

365.- En tercer lugar, es relevante la referencia que hace el art. 419.2 PTR, al regular la aprobación del plan de liquidación, a que «*[L]a aprobación del plan tendrá valor de autorización para enajenar los bienes o derechos afectos a crédito con privilegio especial o para darlos en pago o para pago o de autorización para enajenar las unidades productivas cuando así conste expresamente en el propio plan aprobado*». Ante tal enunciado, surge la duda, alentada por el criterio mantenido en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de octubre de 2015, acerca de si la aprobación del plan constituye, no solo un auto de autorización para enajenar –o para la dación en o para pago-, sino un auto que opera la adjudicación y, por tanto, que sirve de título y modo para la transmisión del dominio sobre los bienes o derechos afectos o las unidades productivas; duda que no se despeja, más allá de las conclusiones que cabe extraer de ella, por la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1980), que afirma que de la normativa sobre liquidación concursal se desprende que, en el caso de los bienes inmuebles, salvo que el juez del concurso haya autorizado la venta directa, ya sea al aprobar un plan de liquidación ya sea de forma específica para ese acto, la enajenación debe realizarse por la vía de apremio, por subasta, por lo que una venta directa de bienes del concursado debe contar con la resolución judicial que lo autoriza, ya sea la expresa para esa venta ya sea la general de aprobación del plan de liquidación que lo comprende. De ahí que el registrador, para corroborar la existencia de la autorización judicial de venta directa (la específica o la general de aprobación del plan de liquidación), deba exigir su aportación junto con la escritura. Y, por ello, la calificación negativa del registrador, que suspende la inscripción mientras no se aporte el plan de liquidación o una resolución específica que autorizara la venta directa en ese caso, se acomoda a lo previsto en el art. 118 LH.

## **TITULO IX. DEL PAGO A LOS ACREEDORES CONCURSALES**



366.- El Título IX (**arts. 428 a 440**) reproduce, en lo esencial, acaso con mejoras en su redacción, los preceptos de la LC relativos al pago a los acreedores. De este modo, el art. 428, que tiene su correlato en el art. 244 PTR, se ocupa de la deducción para pagos de créditos contra la masa (se corresponde con el art. 154 LC). El art. 429, relativo al pago de créditos con privilegio especial, recoge las reglas del art. 155.1, 2 y 5 LC, y el art. 430, sobre la prioridad temporal, hace lo propio con las del art. 155.3 II LC. El art. 431, que versa sobre el pago de los créditos con privilegio general, se corresponde con el art. 156 LC, y los arts. 432 y 433, relativos al pago de los créditos ordinarios, contienen las reglas del art. 157 LC. En cuanto al pago de los créditos subordinados, el art. 434 recoge las disposiciones del art. 158 LC, y el art. 159 LC, sobre el pago anticipado, se traslada al art. 435 del Proyecto. Por último, el art. 437 contiene las reglas del art. 160 LC sobre el derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario; el art. 438, sobre el pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, es el equivalente del art. 161 LC; y el art. 439 recoge las disposiciones del art. 162 LC sobre la coordinación de pagos anteriores en fase de convenio.

367.- Son dos las observaciones que cabe hacer sobre este conjunto normativo. La primera viene referida a la necesidad de evitar la duplicidad que parece darse en los arts. 424 y 425, relativos a la consignación preventiva, de un lado, y el art. 436, referido a las cantidades a consignar en la cuenta del juzgado, de otro.

368.- Y la segunda viene de la mano de la conveniencia de aclarar la regla contenida en el art. 429.3 PTR –ya anticipada en el art. 213 PTR, y que se corresponde con el art. 155.5 LC-, conforme a la cual, *«[E]l importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda»*. Cuya recta inteligencia pasa por entender que la limitación del privilegio al valor de la garantía solo opera en materia de derechos políticos, a saber, el derecho de voto o adhesión al convenio. Y, al mismo tiempo, por considerar que la regla se aplica a todos los casos de enajenación o realización individualizada del bien –y por el contrario, no se aplica cuando no hay realización, o no hay realización individualizada, y donde no rige la regla de prudencia-, ya en la ejecución colectiva dentro del concurso, ya en ejecución separada fuera del mismo, cuando procede.



369.- Conviene recordar en este punto que la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 2019 (cit.) ha declarado, con relación al art. 155.5 LC, que «[L]a «deuda originaria» se refiere a la que estaba cubierta por la garantía, lo que supone excluir expresamente la limitación de la deuda al valor de la garantía, conforme a lo previsto en los arts. 90.3 y 94.5 LC. La limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el convenio. Respecto de la liquidación, hay que estar a lo previsto en la norma especial, en este caso el art. 155 LC. Si, como es el caso, el apartado 5 del art. 155 LC contiene una previsión sobre lo que tiene derecho a cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, que es ajena al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la «deuda originaria», carece de sentido integrar la disposición transitoria especialmente prevista para la norma que introduce la nueva redacción del art. 155 LC, con la que se refiere a la norma que regula la limitación del privilegio especial al valor de la garantía».

## **TÍTULO X. DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO**

### **a) Consideraciones previas**

370.- **El título X del Libro I**, lleva por rúbrica "[d]e la calificación del concurso", estando integrado por dos capítulos, dedicados, respectivamente, a las "[d]isposiciones generales" y a la "sección de calificación", que suman veintidós artículos.

371.- Explica la MAIN que acompaña al proyecto que "[e]n cuanto a la ubicación sistemática, el texto refundido propuesto ha optado por distinguir de un lado el régimen general de la calificación del concurso, que ubica en el Libro I, Título X; y, por otro, las especialidades en caso de concursos consecutivos, que se encuentran en el Libro 11, Título IV, Capítulo 2º, sección 2º".

372.- Ninguna objeción cabe señalar al respecto, por cuanto, como se afirma en los párrafos tercero y cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos del proyecto, *la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que regularizar, aclarar y armonizar textos legales supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley*, recordando que "[...] la alteración de la sistemática facilita la identificación de la norma y la comprensión de la función que cumple.



373.- En el citado párrafo de la de la MAIN página 59, se sugiere la corrección del error material de la cita del Libro II.

374.- Asimismo, señala la MAIN que “[l]a mayoría de las novedades respecto del contenido pretenden resolver problemas de interpretación de la Ley Concursal, como son los relativos a las excepciones a la apertura de la sección de calificación, el concepto de déficit y la legitimación para interesar la calificación del concurso. Otras suponen un complemento de la regulación actual, como es lo relativo a la ejecución de la sentencia de calificación culpable. Y en algún caso se introduce nuevo contenido, como es la apertura de la calificación del concurso en el caso de intervención administrativa que conlleve la liquidación de las entidades afectadas”.

375.- Junto con las *alteraciones y cambios sistemáticos*, explica la MAIN que en este título X se llevan a cabo ajustes en la literalidad y aclaración de redacciones que la propia Memoria categoriza o clasifica de la siguiente forma:

- Aclaraciones respecto de la apertura ordinaria de la sección de calificación.
- Aclaraciones respecto de la apertura extraordinaria de la sección de calificación.
- Aclaraciones respecto de los legitimados para pedir calificación e intervención y contenido de la solicitud.
- Aclaraciones respecto de las causas para calificar el concurso como culpable.
- Aclaraciones sobre personas afectadas por la calificación y cómplices.
- Aclaraciones sobre la indemnización de daños y perjuicios.
- Aclaraciones sobre la responsabilidad por la cobertura del déficit.
- Aclaraciones sobre la ejecución.
- Y, finalmente, aclaraciones sobre la calificación en caso de intervención administrativa.

376.- En relación con el contenido de este título, de manera análoga al análisis efectuado hasta el momento, corresponde al presente informe abordar, fundamentalmente, el estudio de las novedades introducidas y su adecuación a los parámetros que definen la autorización conferida al Gobierno, a través de la citada DF 3ª de la Ley 1/2019, que incluye la *facultad de regularizar, adaptar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*.

## **b) Capítulo I. Disposiciones generales**



377.- El capítulo I de este título X se abre con el artículo 441 dedicado a la "[c]alificación del concurso" para afirmar, al igual que el vigente apartado 1 del art. 163 LC que "[e]l concurso se calificará como fortuito o como culpable".

378.- Los **artículos 442 y 443** del texto proyectado mantienen las rúbricas de "[c]oncurso culpable" y "[p]resunciones de culpabilidad", recogidas, respectivamente, en los vigentes artículos 164 y 165 LC.

379.- Afirma la MAIN que, a través de dichos preceptos, se efectúan *aclaraciones respecto de las causas para calificar el concurso como culpable*, observándose, en primer lugar, una ligera modificación en el apartado 1 del artículo 442, que deja de referirse a los socios (164.1 LC) y, en segundo lugar, la inexistencia de alteración, en el artículo 442.2 del proyecto, de los seis supuestos en los que el concurso habrá de calificarse como culpable, recogidos en el vigente artículo 164.2 LC, si bien alterando el orden de enumeración de los mismos.

380.- El apartado 2 del artículo 442, sigue afirmando, al igual que el vigente artículo 164.2 LC que, "*en todo caso, el concurso se calificará como culpable [...]*", resultando, por ello, aplicable al texto proyectado la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con este precepto, recogida, entre otras, en la sentencia de 14 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3452):

*"SÉPTIMO.- Primer motivo de casación. Causas de culpabilidad del concurso y personas afectadas.*

*[...]*

*Decisión de Sala:*

*1.- Respecto del primer submotivo, referente a la declaración de culpabilidad por incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, el art. 164.2 LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que «[E]n todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)». Esta expresión «en todo caso» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera*



*realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (sentencias de esta Sala núm. 644/2011, de 6 de octubre; 298/2012, de 21 de mayo; 421/2015, de 21 de julio; 492/2015, de 17 de septiembre; y 269/2016, de 22 de abril).*

*2.- En este caso, el recurrente no solo hace supuesto de la cuestión, al negar la responsabilidad que como administrador social le atribuyen los hechos probados de la sentencia recurrida, sino que pretende imponer una concepción meramente formal o aparente del cargo de administrador que no tiene cabida en nuestro Derecho.*

*Aparte de que, con carácter general, el artículo 25.2 Ccom establece que el empresario es responsable de la contabilidad cuya formulación delegue en terceros, el nombramiento como administrador o como consejero delegado de una sociedad de capital no es meramente formal, sino que conlleva una serie de obligaciones, entre ellas las de la llevanza y formulación de la contabilidad. Por tanto, el recurrente no puede ampararse en la actitud del otro administrador para excusar su propia incuria, pues si consideraba que el mismo le dificultaba completamente el cumplimiento de sus obligaciones, debería haber activado los mecanismos societarios para corregirlo, o en el último extremo, haber renunciado al cargo.*

*3.- Como dijo la sentencia de esta Sala 1ª núm. 994/2011, de 16 de enero de 2012:*

*«Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad».*

*Por lo que debe insistirse en que la culpa grave a la que se refiere el artículo 164 de la Ley Concursal ya está ínsita en la misma omisión de los deberes contables.*



4.- *En lo que respecta al retraso en la solicitud de concurso y el mantenimiento de la plantilla pese al cese de la actividad, cabe decir otro tanto, [...]*

*Hemos dicho en las sentencias núm. 492/2015, de 17 de septiembre, y 269/2016, de 22 de abril, que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Y en la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015, dijimos: «Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable».*”

381.- En cuanto al contenido del artículo 443 se observa su práctica coincidencia con el vigente apartado 1 del artículo 165 LC, con alguna ligera modificación, como la supresión en el apartado 2º, del requisito de que la participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

382.- Según recoge la MAIN, “[a] través del proyectado artículo 443, se mantienen las presunciones de culpabilidad del art. 165 LC pero se desplaza al régimen de las especialidades del concurso consecutivo el supuesto del incumplimiento sin causa justificada por los socios de las actuaciones necesarias para cumplir con la capitalización de deuda de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos (pasan al 699 LC)”.

383.- Sobre el alcance de la presunción del artículo 165.1 LC, que se traslada al proyecto objeto de informe, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2451):

*“[...] QUINTO.-Decisión de la Sala. El alcance de la presunción del art. 165.1 de la Ley Concursal*

*1.- Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que el art. 165.1 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo*



164.1. *Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la agravación de la insolvencia (sentencias de esta Sala núm. 259/2012, de 20 de abril; 255/2012, de 26 de abril; 298/2012, de 21 de mayo; 459/2012, de 19 de julio, 122/2014, de 1 de abril, y 275/2015, de 7 de mayo).*

2.- *Se trata, por otra parte, de una consecuencia lógica del principio "id quod plerumque accidit" [lo que normalmente sucede], puesto que el retraso en solicitar la declaración del concurso suele provocar un agravación de la insolvencia del concursado, por lo que sin necesidad de tal presunción legal, la carga de la prueba de que tal agravación no se ha producido recaería también sobre las personas afectadas por la calificación por cuanto que se trataría de un hecho excepcional."*

384.- Y, en relación al carácter complementario de este precepto en relación con el artículo anterior, 164 LC, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 1 de diciembre, (ECLI: ES:TS:2017:4267)

"3.- *En sentencias anteriores, hemos afirmado que el art. 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del art. 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1, todos ellos de la Ley Concursal. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción iuris tantum [que permite prueba en contrario] que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia.*

[...]

*La nueva redacción del precepto, realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, elimina cualquier resquicio de duda que pudiera existir sobre esta cuestión, al prever que cuando concurren las conductas descritas, «el concurso se presume culpable».*

4.- *En el caso de la conducta prevista en el art. 165.2 (actual 165.1.2º) de la Ley Concursal, al tratarse necesariamente de una conducta posterior a la declaración de concurso, esta incidencia causal no puede referirse a la insolvencia previa, la que determina la declaración de concurso, sino a la agravación, durante la tramitación del concurso, de la situación de insolvencia. Agravación que traiga como consecuencia que la*



*solución del concurso sea menos favorable para los acreedores, porque no pueda alcanzarse un convenio, porque el convenio que se apruebe sea más gravoso para ellos o porque la falta de colaboración o de información por parte del concursado dificulte o falsee la liquidación de su patrimonio y se alcance, en definitiva, una menor satisfacción de los créditos.*

*5.- Es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en el art. 165.2 de la Ley Concursal, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada.*

*Pero no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el art. 165.2 (actual 165.1.2º) de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal.*

*Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, la presunción iuris tantum se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada. Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culposa, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución al concurso."*

385.- Cierra el capítulo I del título X el **artículo 444 TR**, "[c]ómplices", cuya rúbrica y contenido reproducen el vigente art. 166 LC.

### **c) Capítulo II. De la Sección de calificación**

386.- El capítulo II del título X TR se dedica a la "[s]ección de calificación", al igual que el vigente capítulo II del Título VI de la LC, alterando notablemente el proyecto remitido la sistemática del mismo, que pasa a estar integrada por tres secciones, dedicadas, respectivamente a la formación y tramitación de la sección de calificación (artículos 445 a 453 TR), la sentencia de calificación (artículos 454 a 461



TR) y la calificación en caso de intervención administrativa (artículos 462 y 463 TR).

387.- La sección 1ª de este capítulo II, rubricada "[d]e la formación y tramitación de la sección de calificación" se encuentra dividida, a su vez, en dos subsecciones, dedicándose la primera de ellas, a través de los artículos 445 a 450, al *régimen general*.

388.- El **artículo 445 TR**, mantiene la rúbrica de "[f]ormación de la sección sexta" del vigente art. 167 LC, correspondiéndose con el contenido del apartado 1 del citado art. 167 LC que el proyecto divide en tres apartados, con el siguiente tenor:

*"Formación de la sección sexta*

1. *En la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa conforme a las normas legales supletorias el juez ordenará la formación de la sección sexta.*

2. *Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección sexta cuando se apruebe un convenio en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos y una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.*

3. *La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial que haya ordenado su formación y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación aportada por el deudor, del auto de declaración de concurso y del informe de la administración concursal con los documentos anejos."*

389.- En el apartado 2 del artículo 445 TR se observa la sustitución de la conjunción disyuntiva "o" por la conjunción copulativa "y" que enlaza los requisitos de quita y espera, calificando la MAIN dicha modificación como *aclaramiento respecto de la apertura ordinaria de la sección de calificación*, que explica en los siguientes términos:

*«El vigente art. 167.1 plantea ciertas dudas interpretativas sobre cuándo puede aplicarse la excepción para no exigirse la formación de la sección sexta (casos en que el convenio sea "poco gravoso").*

*El artículo 445.2 del texto refundido resuelve los actuales problemas de interpretación del artículo 167.1.1º de la Ley Concursal. Para que pueda apreciarse que el convenio es «poco gravoso» y por ello está excluida la formación de la sección de calificación, deben concurrir, además de una*



*quita inferior a un tercio del importe de los créditos, una espera inferior a tres años, y esto referido a todos los créditos o a los de una o varias clases o subclases.»*

390.- A pesar de la referida manifestación, debe ponerse de manifiesto que el artículo 445.2 del texto proyectado introduce una modificación sustancial en relación con el actual artículo 167 LC, toda vez que pasa a exigir, cumulativamente, la concurrencia de los dos requisitos a que se refiere el precepto comentado, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos y una espera inferior a tres años.

391.- No obstante, a nuestro juicio, dicha modificación, tendría encaje o acomodo dentro del mandato recibido, toda vez que debe considerarse como la consecuencia natural interpretativa extraída del análisis del propio *iter* legislativo del precepto; pudiendo entenderse la modificación proyectada, asimismo, como derivada del pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal, recogido en la reciente sentencia de 31 de enero de 2019, dictada en el recurso nº 1154/2016, (ECLI:ES:TS:2019:166), en el que, tras estudiar la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que modificó la inicial, y la reforma legal posterior, introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, el Alto Tribunal pone de manifiesto la necesidad de la reforma que se pretende introducir a fin de evitar abusos en el sistema, derivados de la facilidad para eludir la apertura de la calificación en casos en que el contenido del convenio para la mayoría de los acreedores podría considerarse muy gravoso, (el subrayado es nuestro):

*«[...] Frente a una interpretación literal de la norma, que podía suponer una amplia facilidad para eludir la apertura de la sección de calificación, cabía cuestionarse si era esto lo que pretendía la Ley 38/2011, y si no habría sido fruto de un error de redacción no deseado al establecer la excepción de los convenios "no gravosos" a partir de la reseñada formulación negativa. Pero la reforma operada por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, que hubiera permitido corregir esta redacción para aclarar el supuesto equívoco, ha puesto de manifiesto que no existía tal equívoco. Esta última reforma ha mantenido en lo que ahora interesa la formulación negativa de la excepción a la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, junto con el uso de la conjunción disyuntiva "o", y se ha limitado a aclarar que dentro de la mención a las clases de acreedores, se incluye también la prevista en el art. 94.2 LC.*

*Al respecto, es muy significativo lo que afirma la exposición de motivos, que justifica esta modificación por la necesidad de clarificar las dudas interpretativas existentes en torno al término "clases".*



*[...] aunque nos parezca que la interpretación literal del precepto puede dar lugar a que se eluda la apertura de la calificación en casos en que el contenido del convenio para la mayoría de los acreedores podría considerarse muy gravoso, la Ley lo ha previsto expresamente así y cuando ha tenido oportunidad de rectificarlo no lo ha hecho.»*

392.- El **artículo 446 del proyecto TR**, bajo la rúbrica de "[p]ersonación de acreedores" se corresponde con el apartado 1 del vigente artículo 168 LC, matizando, respecto de aquellos que acrediten un interés legítimo para personarse y ser parte en la sección que podrán, *en su caso, alegar por escrito cuanto consideren relevante para que la administración concursal o el fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable*, con una redacción que se reitera, dentro de la subsección 2ª, en el artículo 452 TR, para el supuesto de que la calificación del concurso como culpable derive del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

393.- Los **artículos 447 y 448 TR**, dedicados, respectivamente al informe de la administración concursal y al dictamen del Fiscal, vienen a recoger el contenido del vigente artículo 169 LC, "[i]nforme de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal", efectuando lo que la MAIN denomina *aclaraciones respecto de los legitimados para pedir calificación e intervención y contenido de la solicitud, acomodando el texto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo relativo a la legitimación para pedir la calificación e intervención y a la legitimación pasiva, confirmando el régimen actual, contenido en el artículo 169 LC en cuanto a que sólo la administración concursal y el fiscal pueden interesar una concreta calificación del concurso*.

394.- Resulta oportuno destacar, como señala la MAIN, que los artículos 168, 169 y 170 LC, fueron objeto de interpretación en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015, dictada en el recurso nº 466/2013, (ECLI:ES:TS:2015:560), en el sentido de atribuir en exclusiva a la administración concursal y al Ministerio Fiscal la facultad de postular una determinada calificación, reconociendo a los acreedores y demás interesados en la calificación *«la posibilidad de intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, y para apelar (art. 172.bis 4 LC)»*, en los siguientes términos:

*«TERCERO: [...] el ministerio fiscal, como tutor de los intereses públicos y la administración concursal, como defensor y representante de los intereses generales del concurso, son los únicos que pueden formular propuestas de resolución que puedan ser tenidas en cuenta por el Juez.*



*En el fondo, aún sin citarlo, el fundamento se encuentra en el art. 170.1 LC, que ha permanecido invariable desde su redacción originaria. De acuerdo con este precepto, si ambos órganos coincidieran en sus respectivos escritos (informe de la administración concursal y dictamen del ministerio fiscal), en calificar el concurso como fortuito, "el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno". Por muchas y bien fundadas que fueran las alegaciones que pudieran haberse formulado por parte del acreedor en sentido contrario, -para postular la calificación de culpable del concurso-, de nada servirían si no son acogidas por la administración concursal o el ministerio fiscal en sus respectivos escritos de alegaciones.*

*3. El legislador ha querido establecer un régimen especial de intervención a la que ha anudado unas limitadas facultades:*

*1ª.- La personación de un acreedor y la condición de parte que le reconoce el actual art. 168 LC debe cohererse con el resto de las normas sobre la calificación, y muy especialmente con la previsión contenida en el art. 170 LC, no modificado por la reforma, según las cuales sólo las proposiciones que formulen la administración concursal y el ministerio público serán tenidas en cuenta por el juez para conformar, en su caso, el objeto de incidente de calificación. De tal forma que si ambos califican el concurso de fortuito, la sección de calificación habrá concluido (art. 170.1 LC). Si alguno de ellos o los dos piden la calificación culpable, se dará traslado a la concursada y a las personas que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan alegar lo que estimen conveniente respecto de las concretas peticiones contenidas en el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal, en atención a los hechos y las concretas causas o motivos de calificación aducidos en dichos escritos para fundamentar sus pretensiones.*

*2ª.- A pesar de que los intereses que se ejercitan en la sección de calificación no son estrictamente públicos, pues los hay generales del concurso y por ello de los acreedores en su conjunto, la legitimación para ejercitar estas acciones se restringe a la administración concursal y al ministerio fiscal. Expresamente se pretende evitar una acumulación de acciones particulares, encomendando a la administración concursal y al ministerio fiscal el ejercicio de esta acción, que muy bien puede calificarse, por lo que respecta a la reclamación del pago del déficit concursal frente a los administradores, de colectiva. La administración concursal representa los intereses generales del concurso, dentro de los cuales se encuentran los de los acreedores concursales de obtener la íntegra satisfacción de sus créditos, y el ministerio fiscal el interés público. Ambos tienen la llave de la calificación, pues a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación.*



3ª.- De ello resulta que la legitimación de los acreedores en la sección sexta es limitada y condicionada. De un lado, las alegaciones solo deben ir dirigidas en un determinado sentido (para la calificación del concurso como culpable); de otro, las alegaciones de los acreedores son las primeras en el tiempo, se formulan antes de conocer los escritos de la administración concursal y el ministerio fiscal, como efecto de lo dispuesto en el art. 169.1º LC, tampoco modificado por la reforma.

4ª.- Solo la administración concursal y, en su caso, el ministerio fiscal pueden formular "propuestas de resolución", mediante el informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, la explicación de las causas con arreglo a las cuales procede calificar, en su caso, culpable el concurso y, también en su caso, las concretas consecuencias de la calificación culpable (art. 169.1 y 3 LC). En consecuencia, la sentencia que se dicte en la sección de calificación, no deberá tener en cuenta las alegaciones y pretensiones formuladas por estos terceros, sino que deberá ajustarse a los hechos y las concretas pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

5ª.- Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para pedir una determinada calificación, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, y para apelar (art. 172. bis. 4 LC). Y a estos concretos efectos se les reconoce la condición de parte.

De cuanto antecede se desprende que la intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el art. 193.2 LC, y se acomoda mejor a la modalidad de "intervención adhesiva simple", que contempla el art. 13.1 LC, porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, no pueden sostener otras distintas.

Sus iniciales alegaciones tan sólo habrán servido para informar a la administración concursal, para sugerir un determinado sentido la calificación, a fin de que las tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe "como hechos relevantes para la calificación del concurso" (art. 169.1º LC).

Luego, iniciado ya el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el ministerio fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas. A tenor del art. 170.4 LC, los



*terceros personados podrán recurrir también la sentencia de no ser estimadas todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.”*

395.- El apartado 2 del artículo 447 TR aclara que si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe de la misma deberá tener la estructura propia de una demanda, explicitando cuál debe ser su contenido, en el que destaca la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado y las demás pretensiones que se consideren procedentes conforme a lo previsto por la Ley, adecuándose así a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017, [ECLI: ES:TS:2017:3752]:

*«1.- Como regla general, corresponde a la administración concursal, la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión de la calificación culpable. Pero junto a ello, debe tenerse en cuenta que dentro de las normas de la carga de la prueba tiene cabida el principio de facilidad probatoria, al que se refiere específicamente el art. 217.7 LEC. Y si se trata de enjuiciar la contabilidad de la concursada o la realización de operaciones de transmisión de sus activos, resulta evidente que quienes están en mejor disposición para aportar los elementos de prueba precisos son la propia empresa en concurso y sus administradores, que son quienes formulan la contabilidad y están obligados legalmente a su llevanza.»*

396.- A diferencia del vigente artículo 169.2 LC, que se refiere de manera genérica, y sin especificación alguna, al dictamen del Ministerio Fiscal, el apartado 1 del artículo 448 TR exige que el dictamen *del fiscal* cuente “con la misma estructura que la del informe de la administración concursal, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores, y las demás pretensiones que estime procedentes”.

397.- La regulación proyectada supone una novedad frente al contenido del vigente artículo 169 LC; novedad que, a nuestro juicio, no excede del mandato recibido, por cuanto derivaría de los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de 14 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3452), conforme a la cual «[e]l art. 169 LC no exige expresamente que la propuesta de calificación revista forma de demanda, aunque tampoco lo prohíbe.»

398.- Más significativa resulta la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017 [ECLI: ES:TS:2017:3796]:



«DECIMOSEGUNDO.- [...] 2.- En cuanto al valor del informe de calificación de la administración concursal, es claro que no tiene el valor de prueba, ni pericial ni de otro tipo.

*El informe, aunque la Ley no lo llame demanda, ni exija un contenido semejante al del art. 399 LEC, es un escrito de alegaciones de contenido muy similar, por la propia estructura que le confiere el art. 169.1 LC, que se refiere a la necesidad de que contenga alusión a los hechos relevantes para la calificación, con propuesta de resolución; y si se interesa la declaración de culpabilidad, deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de los cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. En definitiva, al igual que en una demanda, sujetos (quién pide y frente a quién), causa de pedir y pretensión concreta (sentencia 490/2016, de 14 de julio).*

*Del mismo modo que el escrito o escritos de oposición a la calificación cumplen una función casi idéntica a la de la contestación a la demanda, como se desprende de nuestra sentencia 227/2010, de 22 de abril.»*

399.- El contenido del **artículo 449 TR** resulta prácticamente coincidente con el vigente art. 170 LC, si bien sustituyendo, como venimos observando en el texto proyectado, las referencias al Secretario Judicial por las de Letrado de la Administración de Justicia, conforme al cambio de denominación operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

400.- De manera coherente con la previsión incorporada al artículo 447.2 TR, en relación a la estructura propia de una demanda, que ha de tener el informe de la administración concursal, el **artículo 450 TR** exige, a su vez, que, caso de formularse por el concursado o alguno de los comparecidos, oposición a la calificación, ésta deberá hacerse *en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda*, adecuándose al pronunciamiento, anteriormente reproducido, de la STS de 27 de octubre de 2017 (cit.).

401.- La subsección segunda de esta sección 1ª viene referida al "[...] régimen especial en caso de incumplimiento del convenio", abarcando los artículos 451 a 453 TR.

402.- Conforme señala la página 60 de la MAIN, esta regulación se califica como *aclaraciones respecto de la apertura extraordinaria de la sección de calificación* y se explica en los siguientes términos:



*"El texto refundido contiene una regulación más amplia y clara de los supuestos de apertura extraordinaria de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio. El texto recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de lo que puede ser objeto de enjuiciamiento y especifica mejor la tramitación (artículos 451 a 453 TRLC). Sobre todo prevé el cauce para que los acreedores o terceros puedan informar sobre lo que es la causa propia de calificación, del incumplimiento del convenio por causas imputables al deudor (actual artículo 164.2.3º LC y artículo 442.2.6º LC)".*

403.- Atendida la literalidad de la justificación transcrita, se sugiere la revisión de la cita, en la MAIN, de los artículos de la vigente Ley Concursal.

404.- El **artículo 453 TR**, rubricado "*[c]ontenido del informe y del dictamen*", supone la adaptación, al régimen especial en caso de incumplimiento del convenio, de lo dispuesto en los artículos 447 y 448 TR, sugiriéndose la valoración de inclusión en este precepto de mención, bien expresa, bien por remisión, a la estructura tanto del informe como del dictamen, exigida en los citados artículos 447.2 y 448.1 del texto proyectado (estructura propia de una demanda y misma estructura que la del informe de la administración concursal, respectivamente).

405.- La **sección 2ª del capítulo II, del título X** del texto proyectado se ocupa "*[d]e la sentencia de calificación*", englobando los artículos 454 a 461.

406.- El **artículo 454 TR** mantiene la rúbrica de "*[s]entencia de calificación*" del vigente artículo 172 LC, así como gran parte de su contenido, explicando la MAIN, (página 61), la reforma operada en este precepto, que engloba dentro de lo que califica como "*[a]claraciones sobre personas afectadas por la calificación y cómplices (art. 454.2.1º TRLC)*", en los siguientes términos:

*"[...] Se recoge lo previsto en el art. 172 LC, pero se acota el concepto de administradores de hecho para evitar una interpretación extensiva.*

*Aclaraciones sobre la indemnización de daños y perjuicios (art. 454.2.4º TRLC):*

*El artículo 454 del texto refundido regula el contenido de la sentencia de calificación. Viene a ser el equivalente al actual artículo 172 de la Ley Concursal, con algunas matizaciones y aclaraciones. La pérdida de derechos se distingue de la condena a restituir o a indemnizar, que pasa a regularse en un ordinal distinto, en el 4º del artículo 454.2 del texto refundido. En cuanto a la condena a indemnizar los daños y perjuicios, el*



*artículo 454.2.4" del texto refundido contiene una aclaración: estos daños y perjuicios son los «causados por esa salida o esa entrega indebidas de bienes o derechos». Estos pueden ser los derivados de la imposibilidad de restituir los bienes o derechos, o de su devaluación o depreciación. Esta precisión legal permite distinguir mejor esta condena a indemnizar, contenida en la actualidad en el artículo 172.2.3º, de la responsabilidad por la cobertura del déficit concursal del artículo 172 bis de la Ley Concursal."*

407.- El apartado 2 del proyectado artículo 454 PTR se corresponde con el vigente artículo 172.2 LC, y resulta coherente con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiéndose citar al respecto, por todas, la Sentencia de la Sala Primera de 24 de octubre de 2017 [ECLI: ES:TS:2017:3752], que resultaría aplicable al texto objeto del presente informe, en tanto declara que *«[...] 2.- El estándar de motivación que deben reunir las sentencias de calificación concursal culpable ya ha sido fijado por esta sala, [...] dijimos que, conforme al art. 172.2 LC, la resolución debe justificar la calificación culpable, con arreglo a los criterios normativos propios de cada una de las conductas imputadas, bien sea conforme a la cláusula general del art. 164.1 LC, que se complementa con las presunciones iuris tantum del art. 165, bien a tenor de la conductas tipificadas en el art. 164.2 LC; así como que también resulta preciso justificar a qué persona/s afectada/s por la calificación son imputables tales conductas. Y en el caso de que se declare la responsabilidad concursal de los administradores o liquidadores de la sociedad concursada, ex art. 172 bis LC (en su redacción vigente), también deberá justificarse en qué medida contribuyeron a la generación o agravación de la insolvencia y se individualizará su contribución.»*

408.- El proyectado **artículo 454.2.1º TR**, con una ligera modificación de redacción, más clarificadora que la del vigente artículo 172.2.1ª, declara que, *"[e]n caso de persona jurídica, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, los apoderados generales y quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones"*.

409.- Sobre esta referencia temporal se ha venido planteando, desde antiguo, si viene referida a un *criterio subjetivo*, -atinente exclusivamente a quienes dentro de este periodo de dos años hayan tenido la condición de administrador o liquidador, de hecho o de derecho, o de apoderado general- o si dicho límite temporal responde también a un *criterio objetivo*, de manera que delimite, igualmente, los actos, comprendiendo sólo aquellos que hayan sido realizados, por las referidas personas, en el plazo marcado por el citado precepto.



410.- Ha sido la Sala Primera del Tribunal Supremo la que ha venido a resolver el problema planteado, manteniendo que la limitación que recoge el vigente artículo 172.2.1º LC, que se traslada al texto proyectado en los términos expuestos, -cuya redacción, como *ut supra* hemos indicado, resulta mejorada-, es únicamente subjetiva, criterio que se recoge en las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, 574/2017 y 575, de 24 de octubre de 2017 [ECLI: ES:TS:2017:3752 y ECLI: ES:TS:2017:3750], en los siguientes términos (el remarcado es nuestro):

*«2. [...] con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación. Es decir, no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable. Sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. [...]*

*Esta exigencia, que afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso.»*

411.- El vigente artículo 172.3 LC, conforme al cual “[l]a sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados” viene a ser sustituido en el anteproyecto por el punto 4º del artículo 454.2 TR, del siguiente tenor literal:

*“2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:*

*[...]*

*4º. La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, así como la condena a esas personas a indemnizar los daños y perjuicios causados por esa salida o esa entrega indebidas de bienes o derechos.”*

412.- De la comparación de ambos preceptos se desprende con nitidez la modificación proyectada en el artículo 454.2.4º, a nuestro juicio, de índole sustancial o de fondo respecto del marco legal refundido, introduciendo una limitación inexistente con anterioridad que, por tanto, excedería del mandato recibido, toda vez que viene a limitar la obligación



de indemnizar los daños y perjuicios causados, únicamente en lo atinente a la *"salida o entrega indebidas de bienes o derechos"*, alterando con ello, igualmente, su tradicional configuración resarcitoria general.

413.- En cuanto a la mencionada naturaleza resarcitoria, general, de la responsabilidad por daños y perjuicios, a que se refiere el vigente artículo 172.2.3º LC, que se ve alterada en el anteproyecto, a través del artículo 454.2.4º TR, puede traerse a colación la ya citada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016 (el remarcado es nuestro):

«OCTAVO.- [...]

2.- Como dijimos en la sentencia núm. 108/2015, de 11 de marzo, las responsabilidades por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del art. 172.2.3º LC son diferentes, tanto por razón de su objeto, como del presupuesto subjetivo. En concreto:

«La responsabilidad del art. 172.2.3º LC es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor -antes del concurso- o recibido de la masa activa -después del concurso- sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores (art.172.2.3º LC en su redacción por la Ley 38/2011)».

414.- El **artículo 455 TR**, a su vez, resulta coincidente con el contenido del vigente apartado 1 del artículo 172 bis LC, si bien sustituyendo la rúbrica de éste, *"[r]esponsabilidad concursal"*, por la de *"[c]ondena a la cobertura del déficit"*.

415.- La MAIN, (página 62), califica las aclaraciones efectuadas en el citado artículo 455 TR como *aclaraciones sobre la responsabilidad por la cobertura del déficit*, en los siguientes términos:

*"Existen dos novedades en este régimen de responsabilidad por la cobertura del déficit (art. 455 TR). La primera es el concepto de déficit. La Ley 38/2011 fue la que sustituyó la condena a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos por la liquidación, por la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit. Ante la disparidad de criterios sobre lo que puede entenderse por déficit, el Texto Refundido opta por referirlo al que existía al tiempo de la declaración de*



*concurso. Por otra parte, en caso de reapertura de la sección de calificación (caso en que había habido incumplimiento de convenio gravoso), pueden tenerse en cuenta todos los hechos, también los de la sentencia de calificación culpable previa.”*

416.- Así, es el apartado 2 del artículo 455 TR el que viene a definir el concepto de déficit, delimitado, en aras a dotar de una mayor seguridad jurídica, a partir de los datos contenidos en el inventario de la administración concursal, al afirmar que “[s]e considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”.

417.- Asimismo, añade la MAIN que “[s]e especifica que el juez para fijar la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura”, debiendo destacar que este mandato lo recoge, actualmente, el párrafo segundo del apartado 1 del vigente art. 172 bis LC.

418.- El proyectado artículo 455.1 TR señala que:

*“1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.”*

419.- En el precepto proyectado se mantiene, así, el modelo diseñado en el RDL 4/2014, de 7 de marzo, de modificación del criterio determinante de la responsabilidad concursal para introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en el que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que, la conducta que ha determinado la calificación culpable, haya generado o agravado la insolvencia, (STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:1633]).



420.- Se observa, finalmente, que el artículo 455.1 del TR introduce referencia expresa a que el Juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, *con o sin solidaridad*, a la cobertura, total o parcial, del déficit, recogiendo en el texto proyectado la posibilidad que, entre otras, se infería de la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2019, dictada en el recurso 2399/2015, (ECLI:ES:TS:2019:711), manteniendo, no obstante, en el apartado 3 del precepto comentado, la necesidad de que *"[e]n caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso"*.

421.- El resto de preceptos que integran esta sección 2ª, los **artículos 456, 457, 458, 459, 460 y 461 TR**, que, respectivamente, llevan por rúbrica *"[p]ublicidad"*, *"[c]umplimiento de las condenas de inhabilitación"*, *"[c]ese y sustitución de los inhabilitados"*, *"[r]ecurso de apelación"*, *"[e]jecución de la sentencia de calificación"* y *"[r]egla de la no vinculación de los jueces de lo penal"*, se corresponden, a su vez, con la regulación vigente recogida en el apartado 3 del artículo 164, en el párrafo tercero del artículo 172.2.2º, en el artículo 173, en el apartado 4 tanto del artículo 172 como del 172 bis, en los apartados 2 y 3 del artículo 172 bis y, finalmente, en el apartado 2 del artículo 163, todos ellos, de la Ley Concursal 22/2003.

422.- A pesar de no suponer innovación sustancial alguna respecto del referido régimen legal, señala la MAIN, (páginas 62 y 63), que a través de estos preceptos se introducirían lo que califica de *"[a]claraciones sobre la ejecución (arts. 456 a 462 TRLC)"*:

*"El texto refundido contiene un régimen más completo sobre ejecución de las sentencias que declaran culpable el concurso y sus pronunciamientos de condena.*

*i) En primer lugar, el artículo 456 TR dispone la inscripción de la sentencia en el Registro público concursal.*

*ii) El artículo siguiente, prevé la acumulación de condenas de inhabilitación, acordadas en diferentes concursos, que afecten a la misma persona, y establece que en esos casos el periodo de inhabilitación será la suma de todas las inhabilitaciones. Y el artículo 458 TR regula cómo se ejecutará la inhabilitación en caso de administradores y liquidadores de personas jurídicas.*

*iii) El artículo 460.1 TR, tal y como se prevé el actual artículo 172bis.4 de la Ley Concursal, atribuye la legitimación originaria para instar la*



*ejecución a la administración concursal, y la subsidiaria a los acreedores, pero se ubica fuera del artículo dedicado a la responsabilidad por déficit, porque afecta no sólo a esta responsabilidad, sino a cualquier otro pronunciamiento de condena contenido en la sentencia de calificación. El texto refundido reitera también la previsión contenida en el artículo 172bis.3 de la Ley Concursal, de que todas las cantidades obtenidas, no sólo con la condena a la cobertura del déficit, sino también con las derivadas de la condena a la restitución o a la indemnización de daños y perjuicios, irán a parar a la masa (artículo 460.2 TR). También en este caso, la mejora radica en la reubicación del precepto, que deja de referirse sólo a la responsabilidad por déficit.*

*iv) Por último, el texto refundido reubica en este apartado la regla de la autonomía de la calificación concursal respecto de las eventuales calificaciones penales, que en la actualidad se encuentra en el artículo 163.2 de la Ley Concursal. Ahora aparece en artículo 461 del texto refundido."*

423.- El capítulo II, del título X, del libro I, se cierra con una sección 3ª, que mantiene tanto la rúbrica, "[d]e la calificación en caso de intervención administrativa", como el contenido, dividido igualmente en dos preceptos, de la vigente sección 2ª del capítulo II, del título VI de la LC.

424.- La MAIN, (página 63), explica el contenido de estos preceptos del texto proyectado, como "[a]claraciones sobre la calificación en caso de intervención administrativa", en los siguientes términos:

*"La calificación en caso de intervención administrativa es una de las novedades del texto refundido. De acuerdo con la regulación actual, la insolvencia de entidades crédito, seguros o agencias y sociedades de valores puede ser abordada mediante una intervención administrativa del organismo de control correspondiente (Banco de España, Dirección General de Seguros, Comisión Nacional de Valores). Bajo la actual Ley Concursal esta intervención, al eludir el concurso de acreedores, no conlleva la apertura de la sección de calificación. El texto refundido contiene un par de preceptos dedicados a prever la apertura de la sección de calificación en estos casos de intervención administrativa y a establecer algunas especialidades (arts. 462 y 463). La tramitación de la calificación concursal es igual que para los casos de concurso de acreedores, pero comienza con el testimonio de la resolución administrativa que acuerda la intervención."*



425.- A pesar de lo afirmado en la MAIN, lo cierto es que, en los **artículos 462** "[f]ormación de la sección de calificación" y **463** "[e]specialidades de la tramitación", del proyecto de Texto Refundido, no se observa innovación alguna esencial, ni en rúbrica ni en contenido, respecto de lo recogido en los vigentes artículos 174 y 175 LC.

426.- Debe destacarse, asimismo, que tampoco recogen los preceptos comentados, 462 y 463 PTR, referencia alguna al *testimonio de la resolución administrativa que acuerda la intervención*, al que se refiere expresamente la MAIN.

## **TÍTULO XI. DE LA CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO**

### **a) Consideraciones previas**

427.- El **título XI del libro I** del texto proyectado, lleva por rúbrica "[d]e la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores", similar a la del vigente título VII de la Ley Concursal ("[d]e la conclusión y de la reapertura del concurso").

428.- El referido título XI del proyecto objeto de informe, a diferencia del correspondiente en la vigente Ley Concursal, que cuenta con un capítulo único, se encuentra integrado por tres capítulos, abarcando los artículos 464 a 506 TR, ambos inclusive, bajo la siguiente sistemática, notablemente más compleja y desarrollada:

#### *"CAPÍTULO I. De la conclusión del concurso*

##### *Sección 1ª.- De las causas de conclusión del concurso*

##### *Sección 2ª.- Del régimen de conclusión del concurso*

*Subsección 1ª.- De la conclusión del concurso por revocación de la declaración*

*Subsección 2ª.- De la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio*

*Subsección 3ª.- De la conclusión del concurso por finalización de la liquidación*

*Subsección 4ª.- De la conclusión por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso*

*Subsección 5ª.- De la conclusión por insuficiencia de la masa activa posterior al auto de declaración del concurso*



*Subsección 6ª.- De la conclusión del concurso por satisfacción de los acreedores, por desistimiento o por renuncia*

*Sección 3ª.- De la rendición de cuentas*

*Sección 4ª.- De los recursos y de la publicidad*

*Sección 5ª.- De los efectos de la conclusión del concurso*

*CAPÍTULO II. Del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*

*Sección 1ª.- Del ámbito de aplicación*

*Sección 2ª.- Del régimen general*

*Subsección 1ª.- De los presupuestos de la exoneración*

*Subsección 2ª.- De la solicitud de exoneración y de la concesión del beneficio*

*Subsección 3ª.- De la extensión de la exoneración*

*Subsección 4ª.- De la revocación de la exoneración*

*Sección 3ª.- Del régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos*

*Sección 4ª.- De los efectos comunes de la exoneración*

*CAPÍTULO III. De la reapertura del concurso”.*

429.- Debe destacarse, de manera positiva, que el proyecto remitido, de gran complejidad y amplitud, viene precedido por un índice, ubicado antes de la parte expositiva, conforme a lo dispuesto en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

430.- Atendido el contenido del referido índice y, puesto en conexión con el desarrollo del título XI, del libro I, del texto proyectado, se observan algunas divergencias en cuanto a la titulación del propio título XI, y, dentro de éste, a su vez, de las subsecciones 4ª y 5ª del capítulo I, por lo que se sugiere su revisión, a fin de guardar la identidad necesaria con el índice que precede al proyecto.



431.- En lo que atañe al contenido del referido Título XI PTR, la explicación de la modificación proyectada, se recoge en la MAIN, (páginas 63 y 64), en los siguientes términos:

*"Título XI. De la conclusión y de la reapertura del concurso*

*Desde la entrada en vigor de la Ley concursal, esta materia fue reformada principalmente por medio de la Ley 38/2011, introduciendo la conclusión del concurso por insuficiencia de masa tal y como se concibe en la actualidad, resultando ser este el modo más habitual de conclusión de los concursos de acreedores. Tal reforma, a pesar de haber supuesto un importante avance en tomó a la solución de los problemas que plantea el concurso de las sociedades sin patrimonio, o con patrimonio escaso o insuficiente para cubrir los gastos derivados del propio proceso concursal, no dejó resueltas todas las cuestiones: así ocurre que en aquellos concursos en los que no existe liquidez para hacer frente a las deudas de la masa, pero si existen bienes inmuebles, u otros bienes o derechos de valor que precisan una liquidación, es manifiesto que la conclusión del concurso no parece una buena solución mientras esté pendiente la liquidación del patrimonio del deudor. Por otro lado, la conclusión del concurso produce los efectos que van anudados a la extinción pero que no aparecen claramente determinados por el legislador; se trata de la posición de los administradores societarios, de los administradores concursales en relación con las obligaciones pendientes, como puede ocurrir con las tributarias, y las eventuales actuaciones posteriores de los acreedores en relación con la sociedad extinguida y su patrimonio remanente o emergente tras la extinción.*

*El proyecto reordena sistemáticamente el régimen de la conclusión en veinte artículos (arts. 464-484), a los que dedica el Título XI, capítulo primero. El régimen proyectado resulta coherente con el objetivo principal del texto refundido que debe ser el resultado de la ordenación, aclaración y armonización, ordenar un texto que las reformas habían desordenado. Ciertamente el proyecto supone un avance frente al régimen actual en el que en apenas cuatro artículos se regulaba de forma conjunta todas las causas de conclusión y sus efectos."*

#### **b) Capítulo I. De la conclusión del concurso**

432.- La sección 1ª del capítulo I del título XI del texto proyectado, lleva por rúbrica "[d]e las causas de conclusión del concurso", estando integrada por un único precepto, el **artículo 464** PTR, con el siguiente contenido:

*"Artículo 464.- Causas*



*La conclusión del concurso con el archivo de las actuaciones procederá en los siguientes casos:*

*1º. Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso.*

*2º. Cuando se dicte auto de cumplimiento del convenio, una vez transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado.*

*3º. Una vez liquidados los bienes y derechos de la masa activa y aplicado lo obtenido en la liquidación a la satisfacción de los créditos.*

*4º. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa*

*5º. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe que ya no existe la situación de insolvencia por el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o como consecuencia de la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio.*

*6º. Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.”*

433.- En relación con las causas de conclusión del concurso, señala la MAIN (página 64), que “[s]e dedica la sección primera a las causas de conclusión, que aparecen enumeradas en el artículo 464. En tomo a las causas de conclusión y sus efectos no hay novedades, son las mismas causas, se formulan en seis apartados, en vez de cinco como aparece en el actual artículo 176, al separarse el cumplimiento del convenio de la liquidación (art 176.1.2º)”, y que (página 65), “[l]a principal novedad aparece en el artículo 464 del proyecto que en su apartado 6, establece la posibilidad de adjudicación judicial de bienes o derechos de la masa activa en la resolución que acuerde la conclusión. Esta norma completaría el contenido del régimen de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, facilitando la conclusión en aquellos casos en los que la sociedad concursada no tiene liquidez para afrontar las deudas de la masa pero sí tiene un patrimonio pendiente de liquidar. La solución que establece artículo 484.2 TR permite la conclusión del concurso y la simultánea adjudicación judicial del patrimonio de la concursada”.

434.- Se observa, efectivamente, que este precepto sustituiría al vigente artículo 176 LC, rubricado “[c]ausas de conclusión”, no apreciándose innovación relevante en los proyectados apartados 1º, 4º, 5º y 6º.



435.- En cuanto a los apartados 2º y 3º, vendrían a sustituir al vigente apartado 2º del art. 176.1 LC, conforme al cual:

*"Artículo 176. Causas de conclusión.*

*1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:*

*[...]*

*2.º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación."*

436.- La Sección 2ª del capítulo I del título XI del texto proyectado se dedica al régimen de conclusión del concurso, abarcando los **artículos 465 a 476**, ambos inclusive, que vienen a integrar las seis subsecciones en que se divide esta sección 2ª.

437.- La MAIN que acompaña al texto remitido, explica la reforma operada en relación a esta sección, en los siguientes términos, (página 64):

*"La Sección segunda, dividida a su vez en seis subsecciones, se ocupa en cada una de ellas de las distintas causas de conclusión y su régimen. La sección ofrece una adecuada sistemática que facilita su comprensión. En el contenido del régimen de las causas apenas hay respecto del régimen actual meras precisiones terminológicas, que son acordes a las interpretaciones judiciales y doctrinales sobre la materia, adaptadas a las últimas reformas procesales, como ocurre por ejemplo en relación con el papel de la oficina judicial. Es de destacar que en esta nueva sistemática se expone de forma más ordenada la actuación del administrador concursal tanto en torno a la promoción de la constatación de las distintas causas de conclusión, como en la exposición del deber de rendición de cuentas, respecto de su contenido y la determinación del momento de su presentación.*

*La principal aportación de la reforma proyectada sobre el régimen de las causas de la conclusión y su régimen es su claridad expositiva."*

438.- La subsección 1ª lleva por rúbrica "[d]e la conclusión del concurso por revocación de la declaración", estando integrada por un único artículo, el **465**, referido a la "[r]evocación de la declaración de concurso", del siguiente tenor:



*"La conclusión del concurso se acordará mediante diligencia por el letrado de la administración de justicia, una vez conste en el juzgado la firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque el auto de declaración de concurso."*

439.- En relación con este precepto, cabe destacar que conforme al apartado 2 del artículo 206 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, redactado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal, para la implantación de la nueva Oficina judicial, y al que debería ajustarse el art. 465 PTR:

*"2. Las resoluciones de los Secretarios Judiciales se denominarán diligencias y decretos.*

*Cuando la ley no exprese la clase de resolución que haya de emplearse, se observarán las siguientes reglas:*

*1.ª Se dictará diligencia de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca.*

*2.ª Se dictará decreto cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto.*

*3.ª Se dictarán diligencias de constancia, comunicación o ejecución a los efectos de reflejar en autos hechos o actos con trascendencia procesal."*

440.- La Subsección 2ª, relativa a *"[l]a conclusión del concurso por cumplimiento del convenio"*, se encuentra, al igual que la Subsección 1ª, integrada por un único precepto, el artículo 466, al que se refiere de manera específica la MAIN señalando que *"[l]a mayor claridad lleva a incluir precisiones, que venían de suyo, como ocurre con el cumplimiento del convenio (art. 466), en el nuevo texto se suprime la exigencia de firmeza del auto que lo declara, sin que nada nuevo aporte, pues para que la aprobación del convenio produzca efectos en relación a la conclusión es obvio que tiene que ser firme"* (páginas 64 y 65).

441.- El artículo 466, *"[c]umplimiento del convenio"* sustituiría a la causa de conclusión recogida en el vigente artículo 176.1.2.º LC, señalando la MAIN sobre este precepto que *"[l]a mayor claridad lleva a incluir precisiones, que venían de suyo, como ocurre con el cumplimiento del convenio (art. 466), en el nuevo texto se suprime la exigencia de firmeza del auto que lo declara, sin que nada nuevo aporte, pues para que la aprobación del convenio produzca efectos en relación a la conclusión es obvio que tiene que ser firme"*, (páginas 64 y 65).



442.- La Subsección 3ª, "[d]e la conclusión del concurso por finalización de la liquidación" se integra, a su vez, por dos preceptos, los artículos 467 y 468, rubricados, respectivamente, como "[p]resentación del informe final" y "[o]posición a la conclusión".

443.- La Subsección 4ª, "**[d]e la conclusión por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso**" engloba los **artículos 469, 470 y 471 TR.**

444.- Sobre el contenido de estas dos Subsecciones, señala la MAIN que, (página 65), (el subrayado es nuestro a fin de poner de manifiesto, nuevamente, el error material advertido):

*"En tomo a las dos causas de conclusión que más se dan en la práctica, la conclusión por insuficiencia de masa activa simultánea a la declaración del concurso y la sobrevenida a la declaración, los cambios son de sistemática y no ha habido tampoco modificaciones de contenido. En relación con la declaración y conclusión simultánea al referirse a la insuficiencia para atender los posibles gastos del procedimiento, se incluyen expresamente en el artículo 469 los honorarios de la administración concursal, para evitar cualquier debate al respecto.*

*Desde el punto de vista terminológico, el proyecto se refiere a insuficiencia para satisfacer los gastos del procedimiento, frente a la actual referencia a los créditos contra la masa del procedimiento, lo que en sí mismo, es un mero cambio de término, que no plantea tampoco ninguna novedad en la medida que los gastos del concurso son deudas de la masa."*

445.- El artículo 471 TR se refiere a las "[e]specialidades en caso de concurso de persona natural", concepto éste incluido en la vigente Ley Concursal en diferentes preceptos, (artículos 38, 47, 92, 93, 97, 100, 145 o en el artículo 176, bis 4, al que sustituye el proyectado 471 TR), así como el Capítulo I, "[d]e las personas naturales", del Título II, "[d]el nacimiento y de la extinción de la personalidad civil", del Libro I, "[d]e las personas", del Código Civil, (artículos 29 y siguientes); a diferencia de la LEC 1/2000, que al tratar de la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación se refiere a las personas físicas.

446.- La Subsección 5ª de la comentada Sección 2ª del Título XI, lleva por rúbrica "[d]e la conclusión por insuficiencia de la masa activa posterior al auto de declaración del concurso", y se encuentra conformada por los artículos 472, "[p]resupuestos de la conclusión del concurso", 473 "[i]nforme justificativo de la administración concursal", 474, "[o]posición a la ejecución", y 475, "[s]olicitud de continuación del



*concurso*", todos ellos del texto refundido, recogiendo, a su vez, previsiones establecidas, respectivamente, en los vigentes apartados 1 y 3 del artículo 176 bis; segundo párrafo del apartado 3 del art. 176 bis; tercer párrafo del apartado 3 del art. 176 bis y apartado 5 del art. 176 bis de la Ley Concursal.

447.- El artículo 476 TR, "*[c]onclusión por satisfacción a los acreedores, desistimiento o renuncia*", es el único precepto comprendido en la Subsección 6ª, de similar rúbrica, siendo la última de las subsecciones que integran la Sección 2ª del comentado Título XI.

448.- La Sección 3ª, del capítulo I, del título XI, lleva por rúbrica "*[d]e la rendición de cuentas*", abarcando los artículos 477, "*[r]endición de cuentas*", 478 "*[o]posición y resolución*" y 479, "*[e]fectos de la aprobación o desaprobación de las cuentas*".

449.- El proyectado **artículo 477** es del siguiente tenor literal:

*"Artículo 477.- Rendición de cuentas*

*La administración concursal, junto con el informe final de liquidación, con el escrito en el que ponga de manifiesto la existencia de alguna de las demás causas de conclusión de concurso o con el informe sobre la solicitud deducida por otros legitimados, presentará una completa rendición de cuentas, justificando cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas e informando de los pagos realizados, del resultado y saldo final de las operaciones de liquidación, y solicitará que la rendición de cuentas sea aprobada por el juez."*

450.- Sobre el mismo, señala la MAIN (página 65) que "*[e]s necesario destacar, que la conclusión del concurso conlleva el cese de los administradores concursales y el archivo de las actuaciones. Aunque la Ley concursal no se refiere expresamente al cese de los administradores concursales, resulta de lo dispuesto en el artículo 181 LC sobre la rendición de cuentas. El texto refundido lo prevé en el art. 477*".

451.- A la vista del tenor literal del precepto transcrito y puesto en conexión con el razonamiento recogido en la MAIN, al que se ha hecho referencia, se sugiere valorar la inclusión, bien en el citado precepto, bien dentro de la Sección 5ª de este Capítulo, en tanto relativa a los efectos de la conclusión del concurso, de una referencia expresa a que *la conclusión del concurso conlleva el cese de los administradores concursales y el archivo de las actuaciones*.



452.- La Sección 4ª, "[d]e los recursos y de la publicidad", se integra por los artículos 480, "[r]ecursos" y 481, "[p]ublicidad", abordando, en estos dos preceptos proyectados, el contenido del vigente artículo 177 LC, que, a su vez, lleva por rúbrica "[r]ecursos y publicidad".

453.- Por lo que respecta a la publicidad, debe destacarse que el nuevo ámbito de publicidad diferiría del actual artículo 177.3 LC, por cuanto el proyectado **artículo 481 TR** se refiere, únicamente, a la notificación, a las mismas personas a las que se hubiera notificado el auto de declaración de concurso, de la resolución que acuerde la conclusión del procedimiento, resultando, con ello, una publicidad más limitada o restringida.

454.- Cierra este Capítulo I la Sección 5ª dedicada a los efectos de la conclusión del concurso, estando integrada por los artículos 482 "[e]fectos generales", 483 "[e]fectos específicos en caso de concurso de persona natural" y 484 "[e]fectos específicos en caso de concurso de persona jurídica".

455.- En particular, el **artículo 484 TR** es del siguiente tenor literal:

*"Artículo 484.- Efectos específicos en caso de concurso de persona jurídica*

*1. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del concursado persona jurídica acordará la extinción de la persona jurídica concursada y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme.*

*2. De existir bienes o derechos en la masa activa al tiempo de decretarse la conclusión del concurso, el juez, en la misma resolución en que la acuerde, decidirá sobre la atribución de esos bienes y derechos y, de estar hipotecados o pignorados, se darán en pago al titular del derecho real de garantía."*

456.- El precepto proyectado, que mantiene la consecuencia de la extinción de la persona jurídica concursada, del vigente artículo 178.3 LC, y con ello de su desaparición legal, recoge, como innovación, en su apartado 2, la adjudicación judicial de bienes o derechos de la masa activa, dentro del contenido necesario de la resolución que acuerde la conclusión, por insuficiencia de la masa, con una incidencia, a nuestro juicio positiva, en aras de facilitar la conclusión del concurso, en aquellos supuestos en los que la persona jurídica concursada no tiene liquidez



suficiente para hacer frente a las deudas de la masa pero sí cuenta con un patrimonio pendiente de liquidar.

457.- La solución plasmada en el Anteproyecto, que habilita, en estos casos, la conclusión del concurso y la simultánea adjudicación judicial del patrimonio de la concursada, se articula, a través del referido mandato al Juez del concurso, dotado, a su vez, de una amplia discrecionalidad en su marco de actuación, ofreciendo una solución que, en nuestro parecer, configura una regla de cierre del sistema, consustancial al fin que persigue la norma.

458.- Al mismo tiempo, esta previsión encontraría cobertura jurisprudencial en la llamada "*personalidad controlada*" de la concursada, *vigente* hasta el agotamiento de todas sus relaciones jurídicas, pudiéndose citar al respecto, por todas, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1614] y de 24 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:1991]), reconociendo ésta última la posibilidad de que los acreedores puedan dirigirse directamente contra la sociedad disuelta y liquidada, después de la cancelación de todos sus asientos registrales, ostentando capacidad para ser parte, al mantener una *cierta personalidad jurídica* respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos:

*«[...] Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes.»*

459.- Esta innovación, a nuestro juicio, no excedería de los márgenes de delegación conferidos para la elaboración del texto refundido, en tanto la solución legal ofrecida vendría a completar y a colmar la laguna detectada, *laguna "legis"*, con un contenido que, pese a ser innovador, derivaría del propio sistema que se está refundiendo, en el que abundan los ejemplos que hacen descansar, en las correspondientes decisiones judiciales, la posibilidad de adecuar, a cada supuesto concreto, previsiones generales recogidas en la ley.

### **c) Capítulo II. Del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho**



460.- Al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, se dedica la regulación recogida dentro del Capítulo II, del Título XI, del Libro I, abarcando los artículos 485 a 501 TR, ambos inclusive.

461.- Desde el punto de vista de la ordenación sistemática del referido Capítulo, como explica la MAIN, en su página 66, "[I]a regulación contenida en este capítulo II, se divide en tres secciones. La primera se dedica al ámbito de aplicación, resolviendo qué deudor y en qué fase se puede solicitar la exoneración. En la sección segunda se establece un régimen que se ha considerado «general» que es aquel en el que el deudor abona un umbral de pasivo mínimo por contar con la liquidez suficiente para llevarlo a cabo. En la sección tercera se regula el «régimen especial de exoneración cuando el deudor se sujeta a un plan de pagos». Se concluye con la sección cuarta, dedicada a los efectos comunes de la exoneración que tienen lugar para todo deudor, se acoja a un plan de pagos o no".

462.- Por lo que respecta a su contenido, sigue razonando la MAIN (página 66) que:

*"Se ha desdoblado el vigente artículo 178 bis de la Ley Concursal en 16 artículos. El artículo 178 bis de la Ley Concursal parte de un principio fundamental y es que se supedita la exoneración del pasivo exonerable al abono del no exonerable. Este planteamiento se mantiene en el texto refundido por lo que el sistema sigue siendo igual de restrictivo que el establecido en el artículo 178 bis de la Ley Concursal. El abono del pasivo no exonerable puede llevarse a cabo de forma inmediata, o bien mediante la asunción de un plan de pagos. Estos son las dos modalidades de obtención de la exoneración que actualmente contempla el artículo 178 bis de la Ley Concursal. La primera vía fue ya implantada en el artículo 178.2 en la redacción dada por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre (LE). Fue el Real Decreto 1/2015 de 27 de febrero, y posteriormente la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, la que adicionó la posibilidad de abonar el pasivo no exonerable a través de un plan de pagos que duraría 5 años. Este iter legislativo ha justificado que en el texto refundido se haya optado por considerar que el régimen general es precisamente aquel que instauró inicialmente la Ley de Emprendedores, en el que el deudor debe abonar un umbral de pasivo mínimo."*

463.- Abre la Sección 2ª, "[d]el régimen general", del Capítulo II, "[d]el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", el proyectado artículo 486 TR, bajo la rúbrica de "[p]resupuesto subjetivo", cuyo contenido vendría a sustituir al vigente apartado 3 del artículo 178 bis LC, igualmente, sobre la base de la buena fe del deudor, requisito medular del sistema que



se vincula al merecimiento del deudor, a través del análisis de su comportamiento preconcursal.

464.- El artículo 486.2.1º TR constituye otro ejemplo del sistema en el que se hace descansar, nuevamente, sobre las facultades del Juez, la modulación de la aplicación al caso concreto, de la regulación establecida, en este caso, ante el supuesto de que el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, toda vez que, suprimiendo la referencia expresa a la apreciación de dolo o culpa grave del deudor, la redacción propuesta señala que:

*"[...] el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso".*

465.- En relación al **artículo 490** del proyecto de texto refundido, señala la MAIN que *"se ocupa de explicitar el pasivo exonerable en los supuestos en los que el deudor se acoge a la modalidad de abono de umbral de pasivo mínimo. Este extremo se da por sobreentendido en el artículo 178 bis.3.4º a diferencia de lo que acontece para el deudor que se acoge al plan de pagos donde sí hay una referencia explícita al pasivo exonerable en el artículo 178 bis.5 de la Ley Concursal. A diferencia del artículo 178 bis de la Ley Concursal, expresamente se dispone que la exoneración se extiende al crédito público ordinario y subordinado".*

466.- Como expone la MAIN, el artículo 490 TR *"[e]xtensión de la exoneración"*, incorpora, *ex novo*, un nuevo apartado 3 del siguiente tenor literal: *"3. En todo caso, la exoneración incluirá a los créditos de Derecho público"*.

467.- Sin entrar a valorar la posible incidencia en los privilegios de los créditos de Derecho público, esta nueva declaración excedería del mandato recibido para *regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*, al estar vedada la introducción de nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad. Sin perjuicio de lo anterior, se ha de admitir que la inclusión de los créditos de Derecho público sirve, funcionalmente, en mayor medida a las finalidades a las que está anudado este instituto, y coadyuva a su operatividad dentro del sistema del concurso.



### **Capítulo III. De la reapertura del concurso**

468.- Cierra el Título XI el Capítulo III, rubricado "[d]e la reapertura del concurso", estando integrado por los artículos 502 "[r]eapertura del concurso"; 503 "[r]eapertura del concurso del deudor persona natural"; 504 "[r]eapertura del concurso concluido por deudor persona jurídica"; 505 "[p]ublicidad" y 506 "[i]nventario y lista de acreedores en caso de reapertura"; capítulo sobre el que la MAIN no hace referencia alguna.

469.- A diferencia de la redacción recogida en el vigente artículo 179.1 LC, que se refiere, de manera genérica, al "*juez competente*" ordenando que, desde que se conozca esta circunstancia, el mismo haya de acordar la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior, el **artículo 502**, "[r]eapertura del concurso" es del siguiente tenor literal:

*"En los casos en los que proceda, la reapertura del concurso será declarada por el mismo juzgado que hubiera conocido del procedimiento y se tramitará en los mismos autos."*

470.- A pesar de la diferencia de redacción, se mantiene en el texto proyectado la competencia para la declaración de la reapertura del concurso del *mismo juzgado que hubiera conocido del procedimiento*, el Juez del concurso, ordenando, asimismo, que la reapertura se tramite en *los mismos autos*.

471.- Con ello se sigue delimitando la competencia para conocer de la reapertura del concurso, como indisponible, en tanto que vendría determinada por la ley, derivando del juego entre la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional *que hubiera conocido del procedimiento*, conforme a las reglas establecidas en los artículos 44 y siguientes del texto proyectado, que vienen a sustituir a los vigentes artículos 8 y siguientes de la Ley Concursal.

472.- Atendida la modificación de la redacción recogida en el proyectado artículo 502 TR, en relación al vigente artículo 179.1 LC, y a fin de guardar la debida coherencia e interrelación entre las distintas partes del texto proyectado, se sugiere valorar la conveniencia de incluir la referencia a la *reapertura del concurso* dentro de las reglas competenciales establecidas en el Capítulo I "[d]el juez del concurso", del Título II del Libro I.



473.- A su vez, en el **artículo 506 TR**, cuyo contenido se corresponde con el vigente artículo 180 LC, se introducen ligeras modificaciones como la supresión de la referencia a "la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso" como *dies a quo* del plazo de dos meses establecido, a fin de que, por parte de la administración concursal, se proceda a la actualización de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores; consecuencia lógica de la modificación de redacción operada por el artículo 502 TR (competencia del mismo juzgado que hubiera conocido del procedimiento y tramitación de la reapertura en los mismos autos).

## **TÍTULO XII. DE LAS NORMAS PROCESALES GENERALES, DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, DEL INCIDENTE CONCURSAL Y DEL SISTEMA DE RECURSOS**

### **a) Consideraciones previas**

474.- El **Título XII** lleva por rúbrica "[d]e las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos", afirmando la MAIN, sobre el mismo, que, (página 71):

*"La ubicación de las normas procesales generales en el Texto Refundido sigue la estela de la Ley Concursal, por cuanto se disponen a caballo entre los Títulos relativos a la conclusión y reapertura del concurso (Título XI del Libro I) y el nuevo Título XIII sobre publicidad del concurso; título este en el que se integran, además de las normas sobre el Registro Público Concursal (arts. 559 a 565 TR), las normas relativas a la entrega y diligenciamiento de edictos y mandamientos, resoluciones inscribibles y coordinación entre registros públicos (arts. 551 a 558 TR). A salvo la exclusión de la regulación sobre el Registro Público Concursal, el Título XII del Texto Refundido mantiene la sistemática de la Ley Concursal y se estructura en cuatro capítulos, si bien con un notable incremento del número de artículos, que pasa de dieciocho (arts. 183 a 197 LC) a cuarenta y cuatro (arts. 507 a 550 TR) pues, como advierte la Exposición de Motivos, el Texto Refundido persigue «una nueva relación entre el continente y el contenido» y «dedica un artículo a cada materia»."*

475.- Junto al concreto contenido de este Título, el Anteproyecto recoge diferentes preceptos de similar índole o naturaleza, a lo largo del articulado, como los relativos a la jurisdicción y competencia, ubicados



dentro del Título II, "[d]e los órganos del concurso", de este mismo Libro I.

**b) Capítulo I. De la tramitación del procedimiento**

476.- El Capítulo I, relativo a *la tramitación del procedimiento*, está integrado por los artículos 507 a 520, ambos inclusive, cuyo contenido, y misma rúbrica, resulta coincidente, en líneas generales, con el recogido en los vigentes artículos 183 a 189 de la Ley Concursal.

477.- Sobre el contenido de este Capítulo I señala la MAIN (página 71) lo siguiente:

*"El Texto Refundido es continuista en lo que se refiere al orden en que se disponen los contenidos, con la sola excepción del derecho de los acreedores no comparecidos en el procedimiento al examen de los autos (art. 185 LC), que el Texto Refundido adiciona a sus restantes facultades de actuación (art. 511.2 II TR).*

*Respecto de la ordenación de las actuaciones procesales, el único contenido que se innova es la incorporación a la sección segunda del informe de la administración concursal con los documentos que la acompañen y, en su caso, los textos definitivos (art. 507.2º TR).*

*Por lo que respecta al estatuto jurídico de las partes procesales, el Texto Refundido se hace eco de la distinción acuñada por la doctrina entre las partes necesarias o no (partes contingentes).*

*Clarificadores son los contenidos que el Texto Refundido adiciona sobre la actuación de la administración concursal y la condición de parte del Fondo de Garantía Salarial, a saber: extensión al auxiliar delegado que tenga la condición de letrado de la dirección técnica del órgano de administración y, en otro caso, retribución del letrado elegido a cargo de la administración concursal (art. 510 TR), y reconocimiento de la condición de parte del Fondo con independencia de que los salarios e indemnizaciones que deba abonar merezcan la consideración de créditos contra la masa o concursales (art. 513 TR)."*

478.- A pesar de que el Proyecto, con una finalidad claramente recopilatoria y continuista de la vigente Ley Concursal, mantiene para este Capítulo la misma rúbrica actual que engloba a los artículos 183 y siguientes de la Ley Concursal, dado que en el mismo se recogen diferentes preceptos regulatorios de aspectos atinentes a la representación procesal y la defensa técnica, se sugiere al prelegislador valorar la modificación de la rúbrica de este Capítulo, en el sentido de complementarla con referencia, por ejemplo, a la *comparecencia* y



*actuación en juicio*, lo que resultaría, a su vez, coherente con la regulación recogida en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y adecuado a la Resolución de 28 de julio de 2005, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, aplicable a los proyectos de Real Decreto Legislativo.

479.- En el **artículo 507 PTR** se mantiene la regulación recogida en el vigente artículo 183 LC con una precisión terminológica en el apartado 3º, que habla de "créditos" en lugar de "deudas" y una modificación del apartado 2º, relativo a la sección segunda, añadiendo que "[e]n esta sección se incluirá el informe de la administración concursal con los documentos que se acompañen y, en su caso, los textos definitivos", sin que deba reputarse como modificación sustancial, toda vez que la referida sección segunda "comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales".

480.- En **artículo 514 TR**, heredero del vigente artículo 186 LC, en tanto dispone que "[d]eclarado el concurso, el letrado de la administración de justicia impulsará de oficio el proceso", supone la plasmación, en este concreto ámbito, de lo dispuesto en los artículos 237 LOPJ, en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, y 179.1 LEC, redactado, a su vez, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, conforme a los cuales:

*"Artículo 237 LOPJ:*

*Salvo que la ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias".*

*"Artículo 179 LEC. Impulso procesal y suspensión del proceso por acuerdo de las partes.*

*1. Salvo que la ley disponga otra cosa, el Letrado de la Administración de Justicia dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias. [...]"*

481.- Los **artículos 515 y 516** del texto proyectado se corresponden con el contenido de los vigentes artículos 186 y 187 de la Ley Concursal, íntimamente relacionados, respectivamente, con los artículos 132 (plazos y términos), 131 (habilitación de días y horas inhábiles) y 129 (lugar de las actuaciones judiciales) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



482.- En el proyectado **artículo 519 TR**, bajo la rúbrica de "[m]edidas cautelares a solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal" se concreta la redacción del vigente artículo 189.2 LC, de manera que, "[a]dmitida a trámite querrela o denuncia criminal contra el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso" se sigue manteniendo la competencia exclusiva del Juez del concurso, para adoptar, "a solicitud del juez o tribunal del orden jurisdiccional penal", cualquier medida cautelar de carácter patrimonial que afecte a la masa activa, incluidas las de retención de pagos a los acreedores inculpados en procedimientos criminales u otras análogas.

483.- Como consecuencia lógica de la competencia del Juez del concurso, clarifican los apartados 2 y 3 del artículo 519 TR que:

*"[...] 2. Las medidas cautelares acordadas en ningún caso deben impedir continuar la tramitación del procedimiento concursal, y se acordarán del modo más conveniente para garantizar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal.*

*3. Las medidas cautelares acordadas no podrán alterar o modificar la clasificación de los créditos concursales, ni las preferencias de pagos establecida en esta ley."*

484.- Cierra el capítulo I del título XII el **artículo 520 TR**, recogiendo la siguiente cláusula de supletoriedad:

*"Artículo 520.- Derecho procesal supletorio*

*En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil."*

485.- Es la disposición final quinta de la Ley Concursal la que, bajo el título coincidente de "[d]erecho procesal supletorio", dispone lo siguiente:

*"En lo no 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 plazos determinados en la misma, así como en relación con la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.*

*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 del proceso."*

486.- Ha de ponerse de manifiesto que el mandato de supletoriedad que el prelegislador pretende trasladar de la vigente disposición final quinta



de la Ley Concursal al artículo 520 del texto proyectado, además de plantear problemas interpretativos derivados de su nueva ubicación, de la que puede derivarse que ésta regla de supletoriedad sólo resultaría aplicable al capítulo en el que se inserta, se aparta de las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, publicadas en el BOE de 29 de julio, y aplicables, como ya hemos indicado, a los proyectos de Real Decreto Legislativo, en tanto en las mismas se ordena que las disposiciones finales incluirán, por este orden, "[...] c) *Las reglas de supletoriedad, en su caso*".

### **c) Capítulo II. Del procedimiento abreviado**

487.- Sobre el Capítulo II, de este Título XII, "[d]el *procedimiento abreviado*", que conserva la misma rúbrica de su equivalente en la vigente Ley Concursal, señala la MAIN (página 72) que:

*"La mejora más notable del texto refundido es la delimitación de la aplicación facultativa o, en otro caso obligatoria, del procedimiento abreviado, en artículos separados (arts. 521 y 522 TR), así como la aclaración de que es un contenido concreto de la propuesta de convenio que presenta el deudor (modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo) el que preside la aplicación, en su caso, del procedimiento abreviado (en lugar del momento de su presentación: art. 521.2 TR)."*

488.- En el apartado 3 del proyectado **artículo 524 TR**, al referirse a la posibilidad de que el administrador concursal pueda solicitar al Juez una prórroga, el prelegislador ha sustituido el adverbio "*razonadamente*" por "*cuando concurra causa justificada*", introduciendo un concepto jurídico indeterminado que habrá de dotarse de contenido en cada caso concreto y, en consecuencia, solicitarse, *de manera razonada* en base a la concurrencia de la referida causa.

489.- Se sugiere la corrección del error material advertido en el último inciso del apartado 1 del **artículo 525 TR**, en tanto hace referencia "*a la administración concursal al administrador concursal*".

490.- Asimismo, en relación con el apartado 3 de este mismo precepto, resultaría conveniente la revisión de la referencia a "*todo aquello que no se oponga a lo previsto en este precepto*", recogida en el vigente artículo 191 LC, toda vez que su contenido, en el texto proyectado, se corresponde con los artículos 524 y 525 TR.



### **d) Capítulo III. Del incidente concursal**

491.- El **capítulo III** de este título XII, engloba los artículos 531 a 542, ambos inclusive, del texto proyectado, manteniendo el prelegislador la misma rúbrica, “[d]el incidente concursal”, del equivalente capítulo III del Título VIII de la vigente Ley Concursal.

492.- Nada dice la MAIN sobre el citado capítulo III de este título XII, a pesar de que en el mismo se observan diferencias respecto de la regulación actual.

493.- El proyectado **artículo 532**, vendría a sustituir la regulación recogida en el apartado 2 del artículo 192 LC, señalando que (el subrayado es nuestro):

*“Artículo 532.- Continuación de la tramitación del concurso de acreedores*

*1. Los incidentes concursales no suspenderán la tramitación del concurso de acreedores.*

*2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, el juez, una vez incoado un incidente, podrá acordar excepcionalmente, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte.”*

494.- Atendida la redacción transcrita se observa que la introducción del adverbio “*excepcionalmente*”, atendiendo a su significado, recogido en el diccionario de la RAE como aquello que *constituye excepción a la regla común, que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez*, introduce, *ex novo*, una limitación de las facultades del Juez contempladas en el vigente artículo 192.2 LC, que excedería del mandato recibido de *regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*.

495.- En el proyectado **artículo 533**, “[p]artes en el incidente concursal”, se introduce, asimismo, una modificación sustancial respecto de la consideración de partes demandadas, a que se refiere el artículo 193.1 LC, toda vez que el prelegislador mantiene esta consideración, únicamente, respecto de “*aquellas contra las que se dirija la demanda*”, eliminando la referencia a “*cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora*”.



496.- El **artículo 535.1 PTR** establece que "[I] demanda se presentará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario", sustituyendo a la previsión del vigente artículo 194.1 LC que remite a la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, bajo la rúbrica "[I]a demanda y su contenido", abre, dentro del Libro II, el título II, dedicado al juicio ordinario. La remisión a la presentación de la demanda en la forma prevista para el juicio ordinario resulta, en cierto modo, redundante, toda vez que el artículo 534 del anteproyecto establece que "[e]l incidente concursal se tramitará en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal con las especialidades establecidas en esta ley", y, para este juicio, el artículo 437.1 LEC señala que "[e]l juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario".

497.- En el **artículo 536 TR**, cuyo contenido se ajusta al apartado 3 del artículo 193 LC, se sugiere corregir el error material apreciado en la última frase del precepto proyectado, ("[...] sin que contra su resolución queda recurso alguno").

498.- En el **artículo 539.2.3º** del anteproyecto se sugiere valorar la sustitución de la referencia al "juicio" por la de la "vista", más coherente con el diseño establecido en el artículo 440 LEC, que lleva por rúbrica "[c]itación para la vista".

499.- El último precepto del Capítulo III de este Título XII es el **artículo 542 TR** que mantiene la eficacia de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en el incidente concursal, en los mismos términos que el vigente apartado 4 del artículo 196 LC, al proclamar que:

*"Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada."*

#### **e) Capítulo IV. De los recursos**

500.- Cierra el título XII el capítulo IV, bajo la misma rúbrica "[d]e los recursos", que ostenta el capítulo IV del título VIII de la Ley Concursal, señalando la MAIN, acerca de su contenido, que (página 73):

*"El articulado que conforma el Capítulo IV es el exponente más significativo de esa nueva relación entre «continente y contenido» a la que se refiere la Exposición de Motivos del Texto Refundido, pues en cada*



*artículo se residencia una modalidad de recurso, atendidas la clase de resolución judicial -que a su vez incluye el criterio orgánico (juez/letrado de la Administración de Justicia)- y la modalidad de recurso jurisdiccional, ya sea ordinario, ya extraordinario.*

*El capítulo recoge básicamente la regulación vigente. El Texto Refundido relaciona las cuestiones laborales cuya resolución es susceptible de recurso de suplicación (art. 549.1 TR) e incorpora la norma sobre legitimación que la Ley vigente prevé en sede de efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo (cfr. arts. 549.2 TR y 64.8 I LC).*

*El capítulo concluye con un artículo 550 sobre «Suspensión de actuaciones» estando pendiente el recurso de apelación que la Ley Concursal incardina en la regulación de este recurso (art. 197.6 LC).”*

501.- El Capítulo IV, “[d]e los recursos”, abarca los artículos 543 a 550 del texto proyectado, dedicados, cada uno, a una modalidad de recurso, con excepción del último de ellos que lleva por rúbrica “[s]uspensión de actuaciones”.

502.- El **artículo 550 TR** “[s]uspensión de actuaciones”, hace referencia al recurso de apelación, si bien, se encuentra sistemáticamente ubicado tras el artículo 549, dedicado a los recursos en materia laboral. Atendiendo al tipo de recurso al que viene referido el citado precepto, 550 TR, se sugiere valorar la conveniencia de trasladarlo en el texto proyectado, situándolo tras el artículo dedicado a abordar las “resoluciones directamente apelables”, con anterioridad a los recursos extraordinarios y los recursos en materia laboral.

503.- Resulta acertada la concreción de las facultades del Juez en los supuestos en que, al recurrir la sentencia de aprobación del convenio, se hubiera solicitado la suspensión de los efectos de éste, toda vez que la posibilidad de adoptarla con carácter *total* deriva del propio sistema, a fin de garantizar la masa activa, hasta el pronunciamiento de apelación, incrementado, con ello, la garantía de todos los acreedores y evitando que el concursado pudiera realizar actuaciones que mermen su patrimonio, en suma, que pudieran afectar a la masa.

504.- El **apartado 4 del artículo 550 TR** es del siguiente tenor literal, (el subrayado es nuestro):

*“4. Contra el auto que dicte la Audiencia Provincial revisando la decisión del juez del concurso sobre la suspensión de actuaciones no cabe interponer recurso alguno.”*



505.- Atendido el texto transcrito, podría resultar adecuado aclarar la redacción proyectada, a fin de despejar posibles dudas sobre si la imposibilidad de interponer recurso alguno afecta a todos los autos que dicte la Audiencia Provincial al respecto, o únicamente a los estimatorios de los recursos interpuestos.

505 Bis.- Por otro lado en cuanto al **Título XIII, capítulo IV**, del Registro público concursal, cabe indicar que el artículo 559.2 del PTR se limita a reproducir en cuanto a la determinación competencial lo que se dice ahora en el artículo 198.1 LC: "El Registro público concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia".

Ahora bien, habida cuenta que su llevanza está encomendada al Registro mercantil (actualmente en méritos de lo establecido en el RD 892/2013, de 15 de noviembre); que existe una regulación en la materia en Derecho europeo (en el Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, en particular en sus artículos 24 y ss. sobre registros nacionales de insolvencias e interconexión de los mismos a través del portal europeo e-Justice); que la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre digitalización de los procedimientos del Registro mercantil asegura la gratuidad del acceso a los datos de cierre e insolvencia según dispone su artículo 19.2 e) a través del sistema de interconexión; y que el artículo 17.5 del Código de Comercio atribuye al Registro Mercantil la competencia en exclusiva en materia de interconexión con la plataforma europea, debiera actualizarse la redacción del artículo 559.2 del PTR indicando: *El Registro público concursal y su interconexión con la plataforma europea se llevará por el Registro mercantil bajo la dependencia del Ministerio de Justicia en los términos reglamentariamente previstos*".

## **LIBRO SEGUNDO**

### **DEL DERECHO PRECONCURSAL**

#### **a) Consideraciones generales**

506.- El prelegislador, con buen criterio técnico y dentro del marco habilitante, ha optado por reunir en el Libro Segundo, dividido en cuatro Títulos, la regulación dispersa a lo largo del texto de la LC de los



instrumentos preconcursales, introducidos en la Ley a lo largo de los últimos años, que tienen como finalidad evitar la declaración de concurso de quienes se encuentran en situación de insolvencia como son los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos. Se resitúan, así, en un lugar sistemáticamente más apropiado la reglas que disciplinan la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores (Título I), los acuerdos de refinanciación (Título II), los acuerdos extrajudiciales de pagos (Título III) y las especialidades del concurso consecutivo, sea a un acuerdo de refinanciación, sea a un acuerdo extrajudicial de pagos (Título IV).

507.- La opción del prelegislador de destinar un Libro a la regulación del régimen de preinsolvencia dota de visibilidad a una normativa que pretende facilitar alternativas a la aplicación del Derecho tradicional de la insolvencia, cuyo elemento central es el concurso. La labor de refundición en este punto ha sido ambiciosa, pues se reúnen y sistematizan normas que en la vigente LC se encuentran en el artículo 5 *bis* (comunicación de apertura de negociaciones), el artículo 71 *bis* (acuerdos de refinanciación), los artículos 231 a 242 *bis* (acuerdos extrajudiciales de pagos) y la disposición adicional cuarta (homologación judicial de acuerdos de refinanciación), entre otros. Pero, al mismo tiempo, el prelegislador ha acometido la armonización e integración de los preceptos necesaria, sin trasvasar los límites de la delegación legislativa, y por tanto sin introducir innovaciones, que aún deseables, incurrirían en *ultra vires*. Así lo expone, abiertamente, la exposición de motivos del Texto refundido:

«[...] la elaboración de este libro ha sido, probablemente, la de mayor dificultad técnica: dificultad por las reconocidas deficiencias, incluso terminológicas, del régimen de estos «expedientes» o «procedimientos». Quizás sea aquí donde los límites de la refundición resultan más patentes: no faltarán quienes consideren que el Gobierno hubiera debido aprovechar la ocasión para clarificar más el régimen jurídico aplicable a esos institutos y, en especial, del régimen aplicable a los acuerdos de refinanciación —un régimen más preocupado por la consecución de determinados objetivos que por la tipificación institucional—, solventando las muchas dudas que la aplicación de las normas legales ha permitido identificar. Sin embargo, en la refundición de esas normas se ha procedido con especial prudencia para evitar franquear los límites de la encomienda, pues la delegación para aclarar no es delegación para reconstruir sobre nuevas bases las instituciones.»



508.- El tratamiento unitario de los instrumentos preconcursales, aparte de mejorar la accesibilidad de la regulación, comporta adicionalmente la ventaja de facilitar la futura transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva de reestructuración e insolvencia), que prevé un plazo de dos años para la adopción de las disposiciones normativas nacionales que den cumplimiento a lo establecido en la norma de Derecho de la Unión. Contar con una regulación sistematizada de los distintos instrumentos preconcursales permitirá al legislador evaluar mejor los cambios necesarios para transponer la Directiva, así como adoptar una técnica normativa más depurada a la hora de introducirlos en la normativa refundida.

## **TÍTULO I: DE LA COMUNICACIÓN DE LA APERTURA DE NEGOCIACIONES CON LOS ACREEDORES**

### **A) De la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores (Capítulo I)**

509.- El título I del Libro II recoge la regulación contenida en el artículo 5 bis LC desglosando las distintas reglas previstas en el precepto vigente de modo que sean el objeto de las diferentes prescripciones que integran el título. Así, los artículos 582, 583 y 584 regulan, respectivamente, el sujeto legitimado para presentar la comunicación y el contenido de la misma, el momento en que debe realizarse la comunicación y la publicación de la misma.

510.- En relación con el sujeto legitimado, el artículo 582, a diferencia del artículo 5 bis.1 LC que simplemente habla del «deudor», especifica que se trata de «*el deudor, persona natural o jurídica, que no hubiera sido declarado en concurso*», que podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a un propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación.



511.- Debe ponerse de manifiesto, que la dicción «*acuerdo de refinanciación*» empleada en el **artículo 582.1 in fine** resulta equívoca en la medida en que, en principio, abarca a toda clase de acuerdos de financiación tanto colectivos, con o sin homologación, como singulares, lo cual supondría una notable ampliación respecto de la regulación vigente. En efecto, el artículo 5 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley de 4/2014, de 7 marzo, limita los acuerdos de refinanciación cuya apertura de negociaciones puede ser comunicada a aquellos acuerdos regulados en el artículo 71 bis.1 y la disposición adicional cuarta LC, esto es, a los acuerdos colectivos, con o sin homologación judicial, quedando así excluidos los acuerdos singulares de refinanciación, que están regulados en el artículo 71 bis.2 LC. No parece que el prelegislador haya pretendido ampliar la comunicación previa de negociaciones, y los efectos a ella aparejados, también a los acuerdos de refinanciación singulares, pues en la regulación específica de estos acuerdos, en relación con los colectivos, a la hora de regular el procedimiento, se parte de la existencia de la comunicación previa (art. 596), mientras que al regular los acuerdos singulares de refinanciación ninguna referencia se contiene a la previa comunicación de negociaciones (art. 603). Parece claro que no puede adscribirse a la letra del artículo 582.1 un efecto desproporcionado sobre las posibilidades de ejecución de todos aquellos acreedores que no participen en las negociaciones de un acuerdo singular de refinanciación, pero sería conveniente, por razones de seguridad jurídica, que en el precepto limitara la referencia a los acuerdos colectivos de refinanciación.

512.- El **artículo 582.3** dispone que en la comunicación se indicará qué ejecuciones se siguen contra el patrimonio del deudor y cuáles de ellas recen sobre bienes o derechos considerados necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, incorporándose en un lugar sistemáticamente más apropiado el contenido del párrafo segundo del artículo 5 bis.4 LC. Asimismo, la regla del artículo 5 bis.6 LC conforme a la cual, una vez formulada la comunicación, el mismo deudor no podrá formular otra en el plazo de un año, se recoge en el artículo 582.4 sin variación.

513.- En cuanto al momento de la comunicación, el **artículo 582** aclara, frente a la redacción del vigente artículo 5 bis.2 LC, que la comunicación deberá formularse antes del vencimiento del plazo legal para el cumplimiento del deber de solicitar el concurso, cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, de modo que tal precisión



confirma la posibilidad de presentar la comunicación de apertura de negociaciones en los supuestos de insolvencia inminente.

514.- El **artículo 583** regula la publicación en el Registro público concursal del decreto en el que se deje constancia de la comunicación, estableciéndose el contenido de tal decreto así como la posibilidad de solicitud por el deudor del carácter reservado de la comunicación, todo ello en términos sustancialmente coincidentes con lo previsto en el apartado 3 y el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 5 bis LC. Como novedad cabe señalar que el precepto proyectado establece que el letrado de la administración de justicia dictará decreto dejando constancia de la comunicación «el mismo día de la recepción de la comunicación», indicación de plazo que viene a completar la regulación vigente de modo coherente con la celeridad del trámite implícita en la misma; en este sentido ha de recordarse que en la redacción del artículo 5 bis.3 LC dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se establecía que «[e]l secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada».

### **B) De los efectos de la comunicación (Capítulo II)**

515.- Los **artículos 585 a 593** regulan los efectos de la comunicación, articulándose el capítulo en tres secciones cada una de las cuales tiene por objeto, respectivamente, los efectos sobre los créditos (sección 1ª), sobre las acciones y sobre los procedimientos ejecutivos (sección 2ª) y sobre las solicitudes de concurso (sección 3ª).

516.- El **artículo 585** incorpora una previsión novedosa respecto de la letra del vigente artículo 5 bis LC. Se establece que la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no producirá por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados. La nueva regla tiene una finalidad aclaratoria respecto de si la comunicación de negociaciones constituye un supuesto de pérdida del derecho del deudor a utilizar el plazo, a los efectos de la letra a del artículo 1129 CC, que dispone la pérdida de tal derecho «cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda». El prelegislador ha querido despejar la duda en el sentido de que la comunicación del inicio de negociaciones no puede considerarse como declaración del deudor sobre su situación económica subyacente, que podrá ser de insolvencia actual o inminente, y por tanto, por sí sola no puede estimarse como cumplido el supuesto de hecho del artículo 1129.a CC.



517.- El **artículo 586** establece, con carácter general, la no afectación de la exigibilidad de las garantías personales por la comunicación de inicio de negociaciones, explicitándose, de este modo, como regla lo que ya se prevé en los artículos 135.2, 235.4 y disposición adicional cuarta, apartado 9 LC.

518.- La sección 2ª regula los efectos de la comunicación de inicio de negociaciones sobre las acciones y procedimientos ejecutivos: prohibición de iniciación de ejecuciones (art. 587), suspensión de las ejecuciones en tramitación (art. 588), ejecuciones de créditos de pasivos financieros (art. 589), ejecución de garantías reales (art. 590) y posibilidad de iniciar o reanudar ejecuciones (art. 592). La regulación contiene de manera sistemática lo previsto en los artículos 5 bis y 235 LC.

519.- El **artículo 591** contiene la regla prevista en el párrafo sexto del artículo 5 bis.4 y el artículo 235.2.a, segundo párrafo in fine, LC conforme a la cual los efectos suspensivos derivados de la comunicación de negociaciones no alcanzan a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

520.- El **artículo 593** regula la enervación del derecho de los acreedores a solicitar la declaración de concurso tras la comunicación de la apertura de negociaciones. Respecto de lo previsto en el artículo 15.3 LC, el prelegislador ha incorporado la precisión de que las solicitudes de declaración de concurso presentadas antes de la comunicación, aunque no hubieran sido admitidas a trámite, continuarán su tramitación, regla que se deriva *a contrario* de lo previsto en la vigente LC, que determina claramente la fecha de la presentación de la comunicación como *dies a quo* de la enervación de la solicitud de declaración de concursos por los sujetos legitimados distintos del deudor.

### **C) De la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso (Capítulo III)**

521.- Cierra el Título I un capítulo III integrado por un único precepto (**art. 584**) que regula la exigibilidad del deber legal del deudor de solicitar la declaración de concurso, una vez transcurridos tres meses desde la comunicación de apertura de negociaciones (dos meses en el caso de deudores persona física que no tuvieran la condición de empresario) y dentro del mes hábil siguiente. Se incorpora así la regla establecida en el artículo 5 bis.5 LC.



## **TÍTULO II: DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

### **A) De los acuerdos de refinanciación (Capítulo I)**

522.- Este capítulo, que comprende los **artículos 595 a 603**, recoge la regulación de los acuerdos de refinanciación contenido en el artículo 71 bis LC, dotándola de mayor síntesis y claridad. Se explicita, en este sentido, en el artículo 595, la división de estos acuerdos en dos clases, los acuerdos colectivos de refinanciación, que se desarrollan en la sección 2ª del capítulo (arts. 596 a 602), y los acuerdos singulares de refinanciación, regulados en la sección 3ª (art. 603); diferenciación ya presente en el artículo 71 bis, que dedica el primer apartado a los colectivos, y el segundo a los singulares, pero que el Texto refundido hace expresa.

523.- En relación con los acuerdos colectivos de refinanciación, los artículos 596 a 602 reproducen, de manera ordenada y sistemática, la regulación del artículo 71 bis LC, mejorando sustancialmente la accesibilidad de las normas.

524.- Cabe destacar que el apartado 3 del artículo 597 trae a un lugar sistemáticamente apropiado la regulación de los honorarios notariales por las escrituras públicas de formalización de los acuerdos de refinanciación que se contiene en la disposición adicional quinta LC.

525.- A la hora de establecer las reglas de cómputo de la mayoría de acreedores necesaria para aprobar el acuerdo de refinanciación (esto es, los acreedores que representen el 75% del pasivo del deudor), el prelegislador ha traído a la sede de regulación de los acuerdos colectivos (art. 598.1) la regla presente en el párrafo segundo del apartado primero de la disposición adicional cuarta LC que dispone que no se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la posterior homologación judicial del acuerdo, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada. Se trata, en este punto, de integrar la omisión presente en el artículo 71 bis.1 LC de modo coherente con la economía de regulación de los acuerdos de financiación.

526.- Debe advertirse, en relación también con el cómputo de la mayoría, que el **artículo 598.2** dispone que *«[e]n caso de pasivo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que acepta el acuerdo colectivo de refinanciación la totalidad de los acreedores sindicados cuando*



*quienes suscriban el acuerdo representen, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado».* Se reproduce sustancialmente lo previsto en el artículo 71 bis.1.b.1º, pero se omite la cláusula *«salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última».* La ausencia de esta cláusula de salvaguarda a favor de la autonomía negocial podría dar lugar a entender que el establecimiento de la mayoría en el 75% del pasivo sindicado tiene carácter imperativo, alterando así el sentido de la regla objeto de refundición. Por ello, resulta deseable mantener en el texto proyectado aquella cláusula. En este sentido, cabe señalar que, en relación con la posición de los acreedores sindicados respecto de la aceptación de la propuesta de convenio, el artículo 353 del Texto Refundido prevé lo siguiente: *«En caso de créditos que, tras la declaración del concurso, continúen sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los titulares de esos créditos se adhieren a la propuesta de convenio o votan a favor de misma cuando la suma de las adhesiones y de los votos representen, al menos, el setenta y cinco por ciento de los créditos sindicados. Si en el régimen o en el pacto de sindicación, se hubiera establecido una mayoría inferior, será de aplicación esta última.»*

527.- En el **artículo 599.1**, en su inciso final, se aprecia una errata a la hora de determinar los puntos de conexión que determinan la competencia del registrador para el nombramiento de un experto independiente para emitir informe sobre el plan de viabilidad que debe acompañar al acuerdo de refinanciación cuando afecte a sociedades de un mismo grupo. En el precepto se dice *«designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades de ese grupo»*, y falta la conjunción disyuntiva “o” antes de “en su defecto”.

528.- El **artículo 601**, relativo a la eficacia del acuerdo colectivo de refinanciación, introduce en su primer apartado la regla siguiente:

*«1. El contenido del acuerdo colectivo de refinanciación vinculará al deudor, a los acreedores que lo hayan suscrito y, en caso de pasivo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, a todos los acreedores sindicados cuando quienes suscriban el acuerdo representen, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado.»*

529.- El prelegislador incorpora expresamente algo implícito en el artículo 71 bis.1 LC, que es la eficacia vinculante del acuerdo suscrito para el



deudor y los acreedores que lo hayan suscrito, manteniéndose así dentro del ámbito propio del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC). Ahora bien, en relación con los acreedores sindicados viene a establecer que el 25% del pasivo disidente en un préstamo sindicado cuando la mayoría haya votado a favor de un acuerdo de refinanciación será considerado a todos los efectos adherido al mismo. Tal efecto vinculante no parece desprenderse, sin más, del artículo 71 bis.1.b.1º LC que limita la consideración del 25% del pasivo sindicado en desacuerdo o ausente «*a los efectos del cómputo*» de la mayoría necesaria para suscribir el acuerdo de refinanciación (esto es, el 75% del pasivo del deudor). La opción del prelegislador parece sustentarse en la finalidad de dar un tratamiento homogéneo a los acreedores con pacto de sindicación tanto en los acuerdos colectivos de refinanciación sin homologación judicial como en los acuerdos homologados judicialmente.

530.- En efecto, la redacción del artículo 71 bis.1.b.1º LC procede de la Ley 9/2015 que mantuvo el inciso «[A] los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo [...]», mientras que esa misma Ley en sede de acuerdos con homologación judicial sustituyó la expresión «a los efectos del cómputo», contenida en la disposición adicional cuarta, apartado 1, párrafo cuarto, por «se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación», que contiene una regla imperativa de extensión de los efectos del acuerdo a la totalidad de los acreedores sindicados. De este modo, el artículo 601 del Texto Refundido contiene una prescripción normativa armonizadora de una diferencia de trato que no parecía fundarse en la *voluntas legislatoris*, sino que era producto del mantenimiento inadvertido del inciso “a los efectos del cómputo” en el artículo 71 bis.1.b.1º LC. Esta solución normativa cuenta a su favor, además, con la regla prevista en el artículo 121.4, tercer párrafo, LC, introducida también por la Ley 9/2015, respecto de la votación en junta de acreedores, de acuerdo con la cual: «*En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes*».



531.- El segundo apartado del artículo 601 contiene una regla no prevista en el artículo 71 bis LC, pero que es perfectamente coherente con el sistema. En efecto, el precepto dispone que *«[s]alvo que en el propio acuerdo colectivo de refinanciación se establezca otra cosa, el acuerdo adquirirá eficacia desde la fecha del instrumento público en que se hubiera formalizado»*.

532.- Finalmente, en relación con **el artículo 603**, relativo a los acuerdos singulares de refinanciación, su contenido se ajusta a lo dispuesto en el artículo 71 bis.2 LC, con el único añadido, en cuanto a los requisitos que deben cumplir esta clase de acuerdos, de que el acuerdo debe responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo. El vigente artículo 71 bis.2 LC alude a *«actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación»*. A partir de tal redacción surge la duda de si a este tipo de acuerdos de refinanciación les resulta aplicable la exigencia, prevista en el artículo 71 bis.1 para los acuerdos colectivos, de una *«ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo»*. Cabría sostener, a partir de la literalidad de la norma, que ni el plan de viabilidad ni el resto de requisitos impuestos para los acuerdos colectivos resultarían exigibles a los acuerdos singulares. Ahora bien, aunque el requisito de un plan de viabilidad que garantice la continuidad de la actividad a corto y medio plazo no aparece *nominatim* entre los exigidos por el artículo 71 bis.2 LC, es obvio que responde a la finalidad misma de este tipo de acuerdos (evitar el concurso al situar al deudor en una situación de solvencia), por lo que razonablemente el prelegislador ha optado por integrar tal exigencia en el marco de la regulación de los acuerdos singulares de refinanciación.

## **A) De la homologación de los acuerdos de refinanciación (Capítulo II)**



533.- Este capítulo se divide en tres secciones en las que se contiene la regulación de los requisitos de la homologación (sección 1ª), del procedimiento de homologación y su impugnación (sección 2ª) y de la extensión de la eficacia del acuerdo homologado de refinanciación (sección 3ª), todo ellos abarcando los **artículos 604 a 626**. De este modo el prelegislador ha desglosado en 22 artículos las distintas reglas contenidas en la extensa y poco clara disposición adicional cuarta LC.

534.- Los **artículos 604 a 607** regulan los requisitos que deben cumplir los acuerdos de refinanciación para poder ser homologados judicialmente. Debe tratarse, en primer lugar, de acuerdos colectivos de refinanciación (art. 604) y deben cumplir los requisitos enumerados en el artículo 605, en particular, ser aprobados por el 51% del pasivo financiero. A los efectos de computar los créditos financieros que integran el pasivo relevante a los efectos de determinar la mayoría mínima exigible para la homologación, se excluyen de la consideración de créditos financieros «*los créditos de Derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales*». Todo ello viene a reproducir lo establecido en la disposición adicional cuarta LC, con sensibles mejoras técnicas como la sustitución de las remisiones al artículo 71 bis.1 para determinar alguno de los requisitos del acuerdo, por la incorporación de los mismos al texto del precepto.

535.- En cuanto a la determinación de quienes tienen la consideración de acreedores de pasivo financiero a los efectos de los acuerdos de refinanciación homologables, el prelegislador ha optado por mantener la literalidad de lo previsto en el párrafo tercero del apartado 1 de la disposición adicional cuarta LC, de modo que no ha estimado oportuno aclarar la duda interpretativa que se suscita sobre la posibilidad de incluir los pasivos financieros contingentes, como líneas de crédito no dispuestas o avales, tanto en la determinación del cómputo de las mayorías como en lo relativo a la extensión de los efectos del acuerdo homologado. La reserva del prelegislador a la hora de introducir una aclaración en este punto merece una valoración favorable, pues se trataría, muy probablemente, de una innovación que excedería del marco habilitante.

536.- En relación con las reglas de cómputo de la mayoría del pasivo financiero, cabe hacer dos observaciones.

537.- En primer lugar, respecto de la posición de los acreedores con régimen o pacto de sindicación, el **artículo 606.4** parece fijar la mayoría de al menos el 75% como imperativa, sin prever la posibilidad de aplicar la



mayoría inferior que haya podido preverse en el pacto de sindicación. En línea con lo expuesto más arriba, la supresión de esta posibilidad no reproduce fielmente la norma refundida, resultando procedente mantener el inciso del párrafo cuarto del apartado 1 de la disposición adicional cuarta LC, *«salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última»*.

538.- En segundo lugar, debe subrayarse como acertada técnicamente la previsión del **artículo 606.5** que equipara a los acreedores con garantía real, a los que hace mención el apartado 2 de la disposición adicional cuarta LC, a los acreedores con privilegio especial. Esta interpretación era la que se venía siguiendo en la práctica, al determinarse que el acreedor con privilegio especial (art. 90 LC) y el acreedor con garantía real (DA 4ª LC) debían interpretarse de manera coincidente, pues no tenía ningún sentido establecer una disimetría entre los acreedores con garantía o privilegio especial dentro y fuera del concurso. De este modo, el prelegislador ha dejado claro que a los efectos de la homologación de acuerdos de refinanciación, se considera que es titular de una garantía todo aquel acreedor que en el concurso sería calificado como acreedor con privilegio especial en los términos del artículo 270 y siguientes del Texto Refundido y en la cuantía que resulta de la aplicación de las reglas de valoración previstas en esos preceptos.

539.- Los **artículos 608 a 616** regulan el procedimiento de homologación judicial, incorporando, en sustancia, las previsiones procedimentales de la disposición adicional cuarta LC, con tres sensible mejoras.

540.- La primera de ellas es la aclaración de la competencia para la homologación en caso de acuerdo de refinanciación de grupo o subgrupo (art. 608.2). En la DA 4ª LC existía una evidente laguna en este punto que el prelegislador ha integrado a partir de la regla competencial prevista en el artículo 25 bis.3 LC para la acumulación de concursos, de modo que el juez competente para la homologación será el que lo sea para la declaración del concurso de la sociedad dominante o, si ésta no hubiera suscrito el acuerdo, el de la sociedad del grupo con mayor pasivo financiero que participe en el acuerdo.

541.- La segunda mejora técnica consiste en concretar el tipo de resolución judicial a través de la que se acuerda la homologación del acuerdo. Frente a la denominación genérica de *«resolución»* empleada por la DA 4ª LC, el prelegislador en el artículo 612 determina que adoptará la forma de auto.



La opción es, sin duda, correcta si se parte de la aplicación analógica de las reglas de la LEC en materia de homologación judicial de transacciones o convenios (art.206.1.2 LEC).

542.- Por último, la tercera mejora en la regulación del procedimiento de homologación consiste en la corrección del error material en el que incurría el apartado 12 de la DA 4ª LC sobre el alcance subjetivo de la prohibición temporal de nuevas solicitudes de homologación. El citado precepto establece que *«[s]olicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año»*. Al limitar la prohibición al deudor, cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación, que cuenta con legitimación para solicitar la homologación, podía reiterar la solicitud sin respetar el límite del año. La errónea omisión en la redacción de la DA 4ª.12 LC ha sido subsanada por el **artículo 616** al disponer que: *«[u]na vez solicitada la homologación de un acuerdo de refinanciación por el propio deudor o por alguno de sus acreedores, no podrá solicitarse otra respecto del mismo deudor hasta que transcurra un año a contar desde la fecha en que la homologación hubiera tenido lugar o hubiera sido denegada»*.

543.- En punto al contenido del auto de homologación respecto de los efectos vinculantes del acuerdo de financiación, el Texto Refundido, en el **artículo 612.2**, parece haber optado por la determinación de un contenido necesario, apreciable de oficio por el juez y por tanto no vinculado por el principio dispositivo, apartándose así de una interpretación posible del vigente apartado 6 de la DA 4ª LC. Este precepto dispone que el auto de homologación *«declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto»*. Tal previsión podía ser interpretada en el sentido de que es preciso que la parte que pida la homologación especifique los efectos de extensión que interesa que sean declarados en la resolución homologatoria, sin que pueda el juez conceder de oficio extensiones de efectos más amplios que los solicitados por la parte, incluso si existieran las mayorías necesarias para esa extensión.

544.- Ahora el artículo 612.2 proyectado dispone:

*«En el auto de homologación el juez declarará que el contenido del acuerdo colectivo de refinanciación vincula al deudor, a los acreedores que lo hayan suscrito, a los acreedores sindicados, en caso de pasivo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, cuando quienes suscriban el acuerdo representen, al*



*menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado, y a aquellos acreedores a los que, aunque no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o hubiesen mostrado su disconformidad al mismo, esta Ley extiende la eficacia del acuerdo.»*

545.- El tenor literal del precepto parece habilitar al juez a la extensión de la eficacia del acuerdo homologado hasta el límite de lo permitido por la Ley, sin quedar vinculado a los términos de la solicitud de homologación. Esta opción del prelegislador es coherente con el tenor literal de la norma refundida (*«El juez otorgará la homologación [...] y declarará la extensión de efectos que corresponda»*), pero su sentido resultaría más accesible (de ser cierta la voluntad de no someter la extensión de efectos al principio dispositivo) si se explicitara que esa declaración será de oficio.

546.- Los **artículos 617 a 621** regulan la impugnación del auto de homologación. El artículo 617.1 aclara el *dies a quo* del plazo de quince días para formular la impugnación. El apartado 7 de la DA 4ª LC establece como plazo *«los quince días siguientes a la publicación»* del auto, suscitándose la duda de si se trata de la publicación en el Registro Público Concursal o en el BOE. El proyecto opta por la fecha más segura y fija el *dies a quo* en la fecha de publicación en el BOE.

547.- Es relevante la regulación que se contiene en el **artículo 618** de los motivos de impugnación de la homologación. Se mantienen los dos únicos motivos previstos en la DA 4ª LC: a) no existir la mayoría mínima del 51% del pasivo financiero y b) el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor o acreedores que impugnen la homologación.

548.- La DA 4ª.7 no ofrece una definición legal del concepto de perjuicio o sacrificio desproporcionado, correspondiendo, por tanto, a los órganos jurisdiccionales interpretar el alcance y sentido de este concepto jurídico indeterminado. La novedad que introduce, ahora, el prelegislador en el artículo 618 consiste en establecer una serie de criterios para la interpretación de este concepto. Así, dispone:

«2. Para determinar si el sacrificio es o no desproporcionado el juez deberá tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes.

3. En todo caso, se considera desproporcionado el sacrificio si fuera diferente para acreedores iguales o semejantes así como si el acreedor que no goce de garantía real pudiera obtener en la liquidación de la masa activa una mayor cuota de satisfacción que la prevista en el acuerdo de refinanciación.»



549.- Se trata, en sustancia, de criterios sustentados en la glosa judicial del precepto vigente (Sentencias Juzgado de lo Mercantil Barcelona núm. 3, de 29 de julio de 2014[ECLI:ES:JMB:2014:155]; Juzgado de lo Mercantil Barcelona núm. 10, de 29 de noviembre de 2016; Juzgado de lo Mercantil Sevilla núm. 2, de 25 de septiembre de 2017 [ECLI:ES:JMSE:2017:675]). En primer lugar, el criterio comparativo de los sacrificios impuestos a acreedores en una situación igual o semejante; y, en segundo lugar, el criterio de la cuota hipotética de liquidación, esto es, existiría sacrificio desproporcionado cuando el valor de los créditos de los acreedores como resultado del acuerdo de refinanciación resulte ser inferior al valor que les correspondería en la liquidación concursal. Se trata, sin duda, de la positivización de dos reglas que carecían de existencia legal, pero cabe entender que el prelegislador ha optado, por razones de seguridad jurídica, por la integración del concepto jurídico indeterminado explicitando dos instancias del mismo que forman parte de su zona de certeza, a la vista de la práctica judicial en su aplicación.

550.- La sección 3ª relativa a la extensión de efectos del acuerdo homologado comprende los **artículos 622 a 626** que contienen en una redacción lingüística más depurada y simple las reglas previstas en esta materia en la DA 4ª LC, sin que el prelegislador haya incorporado aclaración, armonización o integración reseñable.

### **A) Del incumplimiento del acuerdo de refinanciación (Capítulo III)**

551.- El contenido de los **artículos 627 a 629** que regula el procedimiento de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación y sus efectos reproduce, en sustancia, lo previsto en el apartado 11 DA 4ª LC. Debe destacarse que mientras este último precepto se refiere a la impugnación de los acuerdos de refinanciación homologados, el Texto Refundido, integrando una evidente laguna en el artículo 71 bis LC, extiende el procedimiento de incumplimiento también a los acuerdos no homologados.

552.- La determinación de los sujetos legitimados para solicitar la declaración de incumplimiento se formula en el artículo 627.1 en términos más claros que en el apartado 11 DA 4ª LC. Mientras éste último se refiere a «*cualquier acreedor, adherido o no, al mismo*», el Texto Refundido más correctamente dispone que «*cualquier acreedor afectado por el acuerdo podrá solicitar*». En efecto, el interés legítimo concurre en cualquier titular de un pasivo obligado por el acuerdo o bien cualquier otro acreedor que se



hubiera adherido voluntariamente al mismo. En cambio, el acreedor que no se ha adherido al acuerdo y que tampoco resulta vinculado por él carece de interés legítimo.

553.- El **artículo 628** regula los efectos de la declaración de incumplimiento. Se rectifica en este precepto la omisión en que incurre el apartado 11 DA 4ª LC sobre el contenido de esa declaración, incorporando una previsión análoga a la del artículo 140 LC sobre la declaración de incumplimiento del convenio: la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos.

554.- Se mantiene en el artículo 628.2 la previsión de que, declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores. Esta regla contenida en el segundo párrafo de la DA 4ª LC no resulta muy coherente con la regulación de los acuerdos de refinanciación, pues en ella no se contiene una prohibición de solicitud de la declaración del concurso anudada a la adopción del acuerdo, más allá de lo específicamente estipulado entre las partes. Por ello, al disponer como efecto de la declaración de incumplimiento la posibilidad de ejercer la facultad procesal de solicitar la declaración de concurso, parece levantarse una proscripción que, realmente, no está dispuesta por la Ley. Podría aprovecharse la labor de refundición para aclarar el sentido equívoco de este precepto.

### **TÍTULO III: DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

#### **A) De los presupuestos (Capítulo I)**

555.- Los **artículos 630 a 633** regulan los presupuestos subjetivos y objetivos para solicitar el nombramiento de un mediador concursal con el fin de tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores. En líneas generales, se ha desglosado la regulación contenida en esta materia en el artículo 231 LC y se han aclarado algunas previsiones normativas, y enmendado algún error notorio.

556.- En cuanto al presupuesto general, el prelegislador ha optado con acierto por prever tanto para los deudores persona natural como persona jurídica que deben encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente, sin haberse declarado el concurso. De este modo se aclara la ambigüedad contenida en la letra a del apartado 2 del artículo 231 LC que



al establecer como requisito para los deudores persona jurídica que «se encuentren en estado de insolvencia» inducía a pensar que para estos deudores debía concurrir una situación de insolvencia, a diferencia de los deudores persona natural respecto de los que el precepto prevé que se encuentren «en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones» (art. 231.1 LC).

557.- En cuanto a los presupuestos objetivos que deben concurrir en el deudor persona jurídica, en el **artículo 632** se ha eliminado la remisión al art. 190 LC prevista en el artículo 231.2.b LC y se han incorporado al texto los requisitos que permiten considerar que el concurso no reviste especial complejidad, pudiéndose aplicar el procedimiento abreviado; esto es: que la estimación inicial del valor del activo y del importe del pasivo no sea respectivamente superior a cinco millones de euros, que tenga menos de cincuenta acreedores y que acredite disponer de activos suficientes para pagar los gastos propios de la tramitación del expediente.

558.- El artículo 231.3.1º LC, a la hora de establecer la prohibición de solicitar el nombramiento de mediador concursal a quienes hayan sido condenados por sentencia firme por delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómicos, entre otros, incurría en un manifiesto error material al delimitar el plazo dentro del cual no debía producirse la condena que se fijaba «en los 10 años anteriores a la declaración del concurso». Obviamente la referencia temporal debía ser la solicitud de nombramiento del mediador concursal. Tal rectificación se contiene ahora en el **artículo 633.1º** que dispone que no podrá solicitar el nombramiento de un mediador concursal «las personas que, dentro de los diez años anteriores a la solicitud, hubieran sido condenadas [...]».

## **B) Del nombramiento del mediador concursal (Capítulo II) y De los deberes de comprobación (Capítulo III)**

559.- La regulación de la solicitud de nombramiento del mediador concursal contenida en los **artículos 634 a 639** reproduce de modo ordenado el contenido del artículo 232 LC.

560.- Respecto del nombramiento del mediador concursal, el **artículo 641** contiene alguna variación relevante respecto de la regulación actual.



561.- La redacción del artículo 233.1, introducida por la Ley 25/2015, parecía apartarse de la previsión anterior conforme a la cual se exigía que el mediador reuniera cumulativamente los requisitos exigidos para ser mediador y administrador concursal, pues la letra del precepto en su nueva redacción disponía «*[e]l mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el artículo 27*». Ahora bien, la posibilidad de que el mediador concursal pudiera ser nombrado sin reunir las condiciones previstas para el administrador concursal resultaba contradictoria con el artículo 242.2.2ª LC que dispone que, en el concurso sucesivo, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, salvo justa causa. El prelegislador ha optado por eliminar la descoordinación entre ambos preceptos de la LC, al disponer el artículo 641.1 que «*[e]l mediador concursal, sea persona natural o jurídica, deberá tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, reunir las condiciones establecidas para ser nombrado administrador concursal y estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia*».

562.- Para el caso de la mediación concursal de persona física no empresario, el artículo 242 bis LC bis contempla la posibilidad de que el notario asuma el cargo de mediador o bien nombre a un mediador profesional si lo estima conveniente o lo solicita el deudor. A pesar de que la redacción del precepto es un tanto farragosa, parece que la actuación del notario como mediador o la designación de mediador profesional son alternativas. El prelegislador, en cambio, al refundir el precepto legal en el artículo 642.2 ha alterado, aparentemente, su sentido pues parte de la regla de que el notario actuará como mediador, salvo oposición del deudor. La opción del Texto refundido no contempla, a su vez, qué ocurre tras la oposición del deudor. Por ello se sugiere que en el primer inciso del artículo 642.2 se mantenga la alternativa prevista en el artículo 242 bis.3º LC con la siguiente posible redacción: «*Cuando el deudor fuera persona natural no empresario, el notario receptor de la solicitud o designar un mediador concursal, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor*».

563.- El **artículo 643.2** prevé el supuesto especial de designación de mediador concursal cuando el deudor fuera una entidad aseguradora o reaseguradora. La proposición normativa recoge lo contemplado en el artículo 233.5 LC, introducido por la Ley 20/2015, y se elimina, de este



modo, la antinomia existente en la LC entre ese precepto y el artículo 231.5 segundo párrafo, introducido por la Ley 14/2013, conforme al cual las entidades aseguradoras o reaseguradoras no podían acudir al procedimiento de acuerdo extraprocésal de pagos. El prelegislador con acierto ha optado por eliminar esa específica prohibición del Texto refundido por estimarla derogada por el artículo 233.5 LC.

564.- El **artículo 644** regula la remuneración del mediador concursal en términos coincidentes con lo previsto en el artículo 233.1 párrafo segundo LC. Debe advertirse, con todo, que se mantiene la habilitación al reglamento para determinar las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal; habilitación que no ha sido cumplimentada hasta la fecha, por lo que siguen siendo de aplicación las reglas de cálculo previstas en la disposición adicional segunda de la Ley 25/2015 y que, conforme a su apartado 2, son aplicables hasta que se desarrolle reglamentariamente el régimen retributivo del mediador concursal.

565.- Los **artículos 647 a 648** regulan la comunicación del nombramiento del mediador concursal. En particular, el artículo 647 regula la comunicación al juzgado competente para la declaración de concurso del deudor del propósito del deudor de negociar con los acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos. El prelegislador ha optado por regular los efectos de tal comunicación, contemplados en el artículo 235.2 LC, de manera unitaria en el Título I del Libro II, refundiendo así lo previsto para los acuerdos extrajudiciales de pago con lo establecido en el artículo 5 bis LC. Ninguna objeción merece tal opción técnica, así como el propósito del prelegislador de rehuir en la formulación de los preceptos de las remisiones internas, pero tal vez resulte conveniente, desde el punto de vista de la claridad regulatoria, introducir en el artículo 647 una referencia a que la comunicación desplegará los efectos previstos en el Título I del presente Libro.

566.- En relación con la publicidad del nombramiento del mediador concursal, el artículo 233.3 LC contenía la siguiente regulación:

*«Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la*



*apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal.»*

567.- El inciso final del precepto parecía disponer que corresponde al notario, registrador o Cámara Oficial ordenar la publicación en el Registro Público concursal de la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones, lo que resultaba contradictorio con el artículo 5 bis.3 LC que atribuye la competencia para ordenar esa publicación registral al Letrado de la Administración de Justicia. La aparente antinomia ha sido resuelta en el Texto refundido diferenciando dos tipos de comunicaciones al Registro Público concursal con distinto objeto. Por un lado, la publicación de la comunicación de inicio de negociaciones corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, en todo caso, conforme lo dispuesto en el artículo 584. Por otro lado, se atribuye al profesional, funcionario o entidad que haya designado al mediador concursal la competencia para comunicar al Registro público concursal la copia del acta o la certificación del asiento o del acuerdo de nombramiento.

568.- Los **artículos 654 y 655** integrados en el Capítulo III del Título III regulan los deberes de comprobación que corresponden al mediador concursal y que tienen por objeto tanto la solicitud y la documentación aneja como la existencia y cuantía de los créditos que quienes figuren en la lista de acreedores. Se refunde así lo previsto en el artículo 234.1 LC, desgajándolo de la regulación de la convocatoria a los acreedores y dotando a estos deberes de comprobación de sustantividad propia, pues el momento de su cumplimiento se sitúa tras la aceptación del cargo y antes de la convocatoria a los acreedores, que ahora se sitúa en un capítulo distinto, el IV.

569.-Debe advertirse que la regulación del deber de comprobación de la solicitud y de la documentación en el **artículo 654** mantiene el carácter de *lex imperfecta* que ya se desprendía del vigente artículo 234.1 LC, pues en caso de que el mediador concursal requiera al deudor la subsanación o complementación no se fija plazo para absolver ese trámite, ni consecuencia jurídica en caso de incumplimiento.

### **C) Del acuerdo extrajudicial de pagos (Capítulo IV)**

570.- Este capítulo, integrado por los **artículos 657 a 678**, regula la convocatoria a los acreedores (sección 1ª), la propuesta de acuerdo



extrajudicial de pagos (sección 2ª), la aceptación de la propuesta (Sección 3ª) y la formalización del acuerdo (sección 4ª).

571.- En materia de convocatoria a los acreedores, el **artículo 658** regula la forma de la convocatoria, refundiendo las dos reglas previstas en el artículo 234.2 LC, de modo que, por un lado, la comunicación se debe realizar por conducto notarial, o bien por cualquier medio de comunicación individual y escrita que asegure la recepción y, por otro lado, si los acreedores hubieran facilitado una dirección electrónica al mediador, la comunicación debe realizarse a la citada dirección electrónica. La redacción del artículo 658 mantiene la ambigüedad del precepto refundido al no dejar claro si la comunicación electrónica es excluyente o cumulativa a la ordinaria. Desde el punto de vista de las garantías, a fin de evitar la ausencia de los acreedores por desconocimiento, resulta más seguro entender que la comunicación electrónica es adicional. Por ello, no se extravasaría el marco habilitante, si el prelegislador aclarara el precepto, añadiendo al inicio del segundo inciso del artículo 658 un “*adicionalmente*”.

572.- El artículo 661, regulador de la remisión de la propuesta de acuerdo, ha simplificado la formulación del plazo dentro del cual debe remitirse por el mediador a los acreedores: de la fórmula «*Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con un antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión*», prevista en el artículo 236.1 LC, se ha pasado a «*Con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión*». La refundición no altera el contenido de la regla, que mantiene el plazo relevante para los acreedores (antelación mínima de 20 días a la fecha de la reunión), mientras que el otro plazo (“*Tan pronto como sea posible*”) parece señalar un mandato de celeridad en la realización del trámite por el mediador que resultaba difícilmente controlable y no suponía una concreta garantía para los acreedores convocados.

573.- En el **artículo 664.3**, relativo a los límites de los acuerdos de cesión de bienes, se observa una errata en el inciso final: donde dice «*siendo competencia del juez [...] conceder a denegar las autorizaciones exigidas en dicho capítulo*» debe decir «*siendo competencia del juez [...] conceder o denegar las autorizaciones exigidas en dicho capítulo*».

574.- El **artículo 673** introduce una novedad relevante en la determinación del pasivo computable para la adopción del acuerdo. El precepto dispone:



*«1. El pasivo computable para la adopción del acuerdo comprenderá la suma del importe de los créditos que no gocen de garantía real, e! importe de los créditos que exceda del valor de esa garantía calculado conforme a lo establecido en el Título V del Libro I de esta ley y el importe de los créditos con garantía real que hubieran aceptado la propuesta.»*

575.- El artículo 238.1 LC, a la hora de fijar el pasivo computable para calcular las mayorías necesarias para adoptar el acuerdo, establece que estas serán calculadas *«sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo»*. Esta redacción, introducida por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, generaba dudas sobre la delimitación del pasivo que debía computarse, en particular, si debía tomarse en cuenta todo el pasivo con o sin garantía, o sólo el pasivo sin garantía y el pasivo con garantía que hubiera aceptado el acuerdo, que es la regla para el cómputo de la mayorías de aceptación de la propuesta de convenio (art. 124.2 LC). En el marco del artículo 238 bis LC los titulares de créditos con garantía real solo pueden verse afectados, a pesar de no aceptar el acuerdo, si concurre una mayoría específica reforzada de dicha clase de acreedores (el 65% o el 85% en función del tipo de medidas previstas en el acuerdo). Fuera de este concreto supuesto, la regla es que el acuerdo vincula a los acreedores sin garantía real y a aquellos acreedores con garantía real que lo hubieran aceptado.

576.- A la vista de la ambigüedad de la expresión *“totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo”*, el prelegislador ha optado por aclarar el pasivo computable a efectos de mayorías, manteniendo la regla del artículo 124.2 LC, lo que constituye una decisión acertada, en el marco de la habilitación legal, que redundará en favor de la seguridad jurídica y evita que se prive al deudor de la posibilidad de ver aprobado un acuerdo que contaría con la mayoría de los acreedores sin garantía y que solo a ellos obligaría, tan sólo porque los acreedores con garantía, que no resultarían obligados salvo que manifiesten su voluntad de aceptarlo, se hubieran opuesto a la continuación de la negociación.

## **D) Eficacia, impugnación y cumplimiento del acuerdo (Capítulos V, VI y VII)**



577.- En relación con la eficacia del acuerdo, cabe observar que la redacción del **artículo 682** sigue el modelo del artículo 399, relativo a la eficacia del convenio. Se regula en él el mantenimiento de los derechos de los acreedores que les correspondan contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor. Una regulación que se introdujo por el Real Decreto-Ley 1/2015, y mantenida por la Ley 25/2015, en paralelo para el convenio (art. 135 LC), los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente (DA 4ª.9) y el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 240.3. y .4 LC). En este sentido, a pesar de que el artículo 682 se sitúa en línea con la letra del artículo 399, se sugiere seguir la redacción del artículo 626 que resulta más clara.

578.- Finalmente, en relación con la impugnación del convenio, cabe observar que, en sustancia, los **artículos 683 a 690** recogen las reglas contenidas en el artículo 239. Sin embargo, el texto proyectado no establece el específico contenido de la sentencia estimatoria que prevé el artículo 239.6 LC: la sentencia anulará el acuerdo y dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo.

579.- Es cierto que el artículo 693 prevé como presupuesto del concurso consecutivo la declaración de nulidad, de ineficacia o de incumplimiento del acuerdo alcanzado, pero incorporar a la regulación de la impugnación del convenio la previsión del efecto anulatario de la sentencia estimatoria, no supondría demérito de la economía de la regulación propuesta y redundaría en una mayor completitud de la normativa refundida.

#### **TÍTULO IV: DE LAS ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO**

580.- El prelegislador con buen criterio técnico ha reunido en un mismo título dentro del Libro dedicado al Derecho preconcursal las especialidades que la LC contiene en relación con el concurso consecutivo, disponiendo unas normas comunes y dando un tratamiento distinto a las reglas específicas que tienen por objeto el concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación o a un acuerdo extrajudicial de pagos.

581.- El Capítulo I del presente Título contiene como normas generales del concurso consecutivo su definición, identificando los presupuestos para que el concurso pueda considerarse como consecutivo (art. 693), la regla de



competencia (art. 694) y la presentación de la solicitud por el deudor (art. 695).

582.- En relación con la competencia para declarar el concurso consecutivo, el **artículo 694** establece como regla general subsidiaria la aplicación de las normas generales para determinar el juez competente para la declaración del concurso, pero como regla especial dispone que será juez competente para declarar el concurso consecutivo el que hubiera declarado la nulidad o la ineficacia del acuerdo o lo hubiera declarado incumplido o, en caso de acuerdos de refinanciación homologados, el que lo hubiera homologado. El prelegislador viene a poner de manifiesto un criterio competencial implícito en la LC al regular la impugnación o la declaración del incumplimiento de los acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pago: así, en relación con el acuerdo de refinanciación homologado, la competencia para conocer de la declaración de incumplimiento corresponde *«al mismo juez de lo hubiera homologado»* (DA 4ª.11 LC); o respecto del acuerdo extrajudicial de pagos, se afirma que *«igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado»* (art. 242.1 LC). La LC parte, así, de una idea de conexidad entre el procedimiento de homologación, de impugnación de los acuerdos o de declaración de su incumplimiento y el concurso consecutivo que permite determinar la competencia del juez para declarar el concurso. El prelegislador viene a aclarar, explicitándolo, el foro para este grupo de supuestos.

El **artículo 695** incorpora una regla no prevista en la LC conforme a la cual *«si el deudor hubiera efectuado la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores, la solicitud de concurso presentada por el propio deudor dentro del plazo establecido por esta Ley se considerará realizada el día en que se hubiera formulado esa comunicación»*. La relevancia de determinar que la fecha de solicitud del concurso sea la fecha de comunicación del inicio de negociaciones radica en que será esta última la que deba tomarse en cuenta a la hora de establecer la lista de acreedores, exigida por el artículo 94.1 LC (ahora, art. 285 del Texto refundido). La MAIN indica que el artículo 695 supone una novedad, ante el silencio de la regulación vigente, pero no ofrece la razón que sustenta esta retroacción de la fecha de efectos de la solicitud de concurso a la de la comunicación del inicio de negociaciones.



583.- El capítulo II establece las normas comunes en materia de concurso consecutivo, incorporándose en su norma de cabecera, el **artículo 696**, el "escudo protector" típico de los instrumentos preconcursales previstos en nuestra normativa, cuál es su irrevocabilidad en el seno del concurso.

584.- El **apartado 1 del artículo 696** regula la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación homologados y de los acuerdos extrajudiciales de pagos, que extiende a los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de esos acuerdos. Tal extensión, aunque no prevista en la DA 4ª.13 LC ni en el artículo 238.4 LC, se infiere lógicamente de la norma y cuenta, además, con el argumento fortiori de que se prevé en la delimitación del alcance de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis, que no cuentan con homologación judicial ni con garantías procedimentales de la entidad de las previstas para el acuerdo extrajudicial de pagos.

585.- El apartado 2 del referido artículo dispone lo siguiente: «*Los acuerdos de refinanciación no homologados podrán ser objeto de rescisión concursal cuando, siendo perjudiciales para la masa activa, no reúnan los requisitos establecidos en el Título II de este libro*». Esta regla recoge la doctrina jurisprudencial sentada por la STS Sala Primera de 9 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2945) que ha establecido que los acuerdos de refinanciación no incluidos en la DA 4ª LC y el artículo 71 bis LC, aunque no se ajusten a los requisitos establecidos por esa normativa, también podían ser inmunes frente a las acciones rescisorias si no son perjudiciales.

586.- Ahora bien en la economía del precepto se echa en falta la explicitación de la regla de irrevocabilidad referida a los acuerdos de refinanciación contemplados en el vigente artículo 71 bis LC. Es cierto que cabe derivar tal regla *a contrario* a partir del tenor del artículo 696.2 del Texto refundido, pero resultaría más claro que la regla contenida en el artículo 71 bis.1 LC tuviera expreso reflejo en el artículo 696.

587.- El **artículo 697** regula los actos perjudiciales rescindibles y fija el *dies a quo* del plazo de los dos años anteriores en que deben haberse realizado: para el caso de concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación, la fecha de la declaración de concurso; y para el supuesto de concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos, la fecha de la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. Se refunden, así, respectivamente lo previsto en los artículos 71.2 y 242.2.4ª LC.



588.- En cuanto las especialidades de la legitimación para el ejercicio de las acciones de reintegración, previstas en el artículo 698, se incorpora el contenido del artículo 72.2 LC.

589.- Los **artículos 699 a 701** regulan las especialidades en materia de calificación del concurso.

590.- El artículo 699 recoge las presunciones de concurso culpable establecidas en el artículo 165.2 LC. El artículo 700 delimita la personas afectadas por la calificación del concurso, refundiendo lo previsto en el artículo 172.2.1º LC. Y, en fin, la regulación de la condena a la cobertura del déficit, establecida en el artículo 701, incorpora las reglas contenidas en el artículo 172 bis.1 LC.

El Capítulo III, integrado por los artículos 702 y 703, regula las especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación. El artículo 702 recoge la prohibición especial para el nombramiento de administrador concursal que afecta al experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil para el examen del plan de viabilidad, que se contiene el artículo 28.5 LC.

591.- Por su parte, el artículo 703, relativo a los créditos por generación de nuevos ingresos de tesorería, en el marco de un acuerdo de refinanciación, refunde la calificación de estos como créditos contra la masa (el 50% del importe), de acuerdo con el artículo 84.2.11º LC, y como créditos con privilegio general (el resto), según el artículo 91.6º LC.

592.- Finalmente, el Título IV concluye con el capítulo III dedicado a las especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 704 a 719). En él se refunden, en sustancia, las previsiones del artículo 242 LC, debidamente desglosadas.

### **LIBRO III**

#### **DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

593.- El Texto proyectado traslada al Libro III las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Título IX de la LC. Las razones de posponer estas reglas a este Libro III se explican en la Exposición de



Motivos del Proyecto del Texto Refundido, y se resumen en la aplicación del Reglamento (UE) 2015/848, ya citado, no solo a los concursos de acreedores, sino también a los "*procedimientos*" de insolvencia, lo que supone extender la aplicación de las normas del Derecho internacional privado de la insolvencia a los acuerdos de refinanciación y a los acuerdos extrajudiciales de pagos.

594.- El Proyecto, más allá de esta nueva ubicación en el texto legal y de estructurar el contenido del Título IX de la LC en cuatro Títulos, con sus correspondientes capítulos, no introduce cambios significativos en la regulación de esta materia. Únicamente sustituye las referencias al Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia por las del Reglamento (UE) 2015/848, y actualiza las referencias normativas con la mención de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Fuera de ello, el texto proyectado se limita a introducir puntuales modificaciones gramaticales o sintácticas, sin alterar el contenido de las normas vigentes, y a variar también puntualmente el orden de determinados artículos.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Texto proyectado es fruto de la habilitación conferida al prelegisador la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, ampliada temporalmente por la disposición final tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. El Texto resultante de dicha autorización, ampliamente concedida, ha de merecer una valoración general positiva. El resultado de la refundición, y específicamente de la función de regularizar, aclarar y armonizar que la compone, constituye un cuerpo normativo bien ordenado y estructurado sistemáticamente, claro en su contenido y preciso en la formulación de los enunciados y proposiciones normativas, con lo que se ha logrado la finalidad de dotar al texto de simplicidad, claridad, cognoscibilidad y comprensión, de certidumbre y, en fin de mayor seguridad jurídica.

**SEGUNDA.-** Este resultado se aprecia de manera especialmente visible en la estructuración del texto en tres Libros, en los que se recogen, respectivamente, las normas relativas al concurso de acreedores, a los institutos y figuras preconcursales, y al Derecho Internacional Privado de la Insolvencia. La ordenación de los Libros, particularmente del primero y del segundo, responde a estrictas razones de sistema, siendo necesario



articular la regulación del concurso para poder regular, a partir de aquella, el Derecho preconcursal. Dentro de cada Libro, la estructuración de sus diferentes capítulos obedece al curso ordinario del procedimiento concursal y de las actuaciones preconcursales; se corresponde, en definitiva, con una visión lógica del procedimiento de insolvencia. El resultado de la labor de sistematización y ordenación se hace especialmente patente en la regulación del Derecho preconcursal, la comunicación de apertura de negociaciones, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, cuyas normas se encontraban dispersas en la Ley Concursal vigente (arts. 5 bis, 71 bis, 231 y siguiente y disposición adicional cuarta). También en la regulación de la masa activa, donde se han recogido ordenadamente aquellas normas relativas a la conservación de la masa que presentaban carácter general, dejando para la regulación de la liquidación aquellas específicamente aplicable a esta fase del procedimiento, reordenando aquí las normas reguladoras de la enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial y sobre la enajenación de las unidades productivas, y regulando separadamente el pago a los acreedores. Y es significativa también la reordenación de la regulación de la masa pasiva, que responde ahora al itinerario lógico de su determinación (la determinación de los créditos concurrentes, su ordenación y clasificación, y la composición de la lista de acreedores).

Por otra parte, la simplificación y claridad del texto se logra mediante la descomposición de los artículos de la vigente Ley para dar lugar a diversos y diferenciados preceptos, ordenados sistemáticamente, asignando por lo general uno para cada materia.

**TERCERA.-** Paralelamente, cuando la labor de regularización, aclaración y armonización ha conllevado una determinada integración normativa, esta se encuentra, por lo general, justificada por la propia lógica del mandato normativo, por su interpretación jurisprudencial o por la práctica de los tribunales, en todo caso orientada a la funcionalidad del sistema normativo concursal como actualmente se concibe. No obstante esta apreciación general, el texto proyectado ofrece en ciertos aspectos dudas acerca de su posible encaje dentro del marco de la autorización y de los límites de la refundición. Y, en línea contraria, en otros casos se aprecia que el prelegislador no ha agotado completamente las facultades de regularización, aclaración y armonización ínsitas en la amplia delegación de la que ha sido objeto.

**CUARTA.-** En la configuración del presupuesto subjetivo del concurso referido al deudor persona jurídica (art. 1 PTR) subsisten las dudas sobre



ciertas entidades en las que no concurre la nota de la personalidad jurídica, pero que operan en el tráfico jurídico y económico y contraen obligaciones (sociedades y entidades no inscritas, siendo la inscripción requisito constitutivo de la personalidad jurídica, y sociedades en formación), así como respecto de las sociedades declaradas nulas, desde la declaración de nulidad y la subsiguiente apertura de la liquidación. Y dudosa es también la posibilidad del concurso de comunidades de bienes que actúan en el tráfico de forma unificada y con autonomía patrimonial, cercanas al régimen de las sociedades irregulares, colectivas o civiles, y de las uniones temporales de empresas que, si bien carecen de personalidad jurídica propia, presentan un cierto grado de personificación y autonomía en el tráfico jurídico y económico que permite pensar en la posibilidad de concurso con independencia del concurso de los integrantes de la unión.

Por otra parte, ante la excepción que establece el art. 1.3 LC, y ahora el art. 1.2 del PTR respecto de las entidades de derecho público, se mantienen las dudas sobre las personificaciones jurídico-públicas instrumentales o institucionales, ya de naturaleza corporativa, ya fundacional, organismos autónomos o entidades públicas empresariales [cfr. arts. 88 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)], las autoridades administrativas independientes a que se refieren los arts. 109 y 110 de la LRJSP y los fondos sin personalidad jurídica a que se refiere el art. 84.1 f) de la LRJSP.

A falta de criterios jurisprudenciales que permitan una clarificación de tales dudas en el texto refundido, se ha de estar al contenido normativo vigente, so pena de traspasar los límites de la autorización. Y ello, aunque se deba admitir que el criterio para excepcionar del concurso a las entidades de derecho público puede ser cuestionable, pues parece preferible atender al régimen jurídico (público-privado) de la actuación de estas entidades en el tráfico jurídico antes que a su caracterización por razón de la titularidad.

**QUINTA.-** El art. 2.2 del texto proyectado introduce de manera expresa, junto con la situación de insolvencia en que deberá fundarse la solicitud de declaración de concurso, la existencia de una *pluralidad de acreedores*. Este elemento integrador del presupuesto objetivo del concurso no se contiene en el artículo 2 de la LC, pero es consustancial a la configuración del concurso de acreedores como un proceso de realización colectiva, contrapuesto a la ejecución singular. En cualquier caso, es un elemento que está presente en la propia significación del término “concurso”, y que se desprende de los arts. 2 y 3.1 de la LC, así como de otros diversos preceptos de la vigente Ley, como los arts. 6.4º, 15, 19.3, 21.1.5º, 76, 75.2.2º, etc. La existencia de la pluralidad de acreedores es un requisito



generalmente exigido por los juzgados y tribunales con competencia en materia mercantil, por lo que su inclusión expresa en el art. 2.2 del texto proyectado queda dentro del margen de clarificación que permite la autorización legislativa.

**SEXTA.-** En el ordinal primero del apartado 4 del art. 3 del Proyecto, al recoger los hechos externos de concurso, no se ha incluido el referido a la *"investigación infructuosa de patrimonio"*, lo que es cuestionable, en la medida en que, aunque funcionalmente conectado al embargo, presenta en la ley una autónoma individualización como hecho externo, y en la medida también en que el embargo infructuoso se identifique con el supuesto contemplado en el ordinal 2º del apartado 4 del art. 2 LC, y ahora en el ordinal 3º del apartado 4 del art. 2 del Proyecto, referido a la existencia de embargos por ejecuciones pendientes o en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

**SÉPTIMA.-** El Proyecto, al tratar en los artículos 3 y 4 de la legitimación para solicitar la declaración de concurso, podría tener en cuenta a los otros legitimados diferentes -distinta legitimación de la que, por demás, se hacen eco tanto el art. 5.2, que se refiere a *"cualquier otro legitimado"*, como el art. 13 del texto proyectado, al referirse a los *"demás legitimados"* distintos del acreedor-, siempre con una finalidad armonizadora e integradora, dejando a salvo la eventualidad de otros legitimados distintos del deudor y de los acreedores, mediante una fórmula similar a *"[s]in perjuicio de la legitimación que resulte de otros preceptos de esta Ley y de otras leyes..."*.

**OCTAVA.-** Entre los documentos generales que ha de aportar el deudor con su solicitud (art. 7) se encuentra la memoria, respecto de la cual el Proyecto, junto con el deudor persona casada, ha incluido también al deudor con pareja inscrita, estableciendo respecto de este la obligación de indicar la identidad de la pareja. Esta previsión, novedosa, puede encontrar diversa justificación, de forma que permita considerarla dentro del margen de la habilitación normativa. Por un lado, cabe encontrar su justificación en el hecho de que, reconocidas por el ordenamiento jurídico las uniones de hecho, y no siendo ignoradas por la LC, puedan los convivientes pactar un determinado régimen económico que rija su relación, con trascendencia en orden a la responsabilidad por las deudas contraídas por ellos. Por otro lado, es relevante la identidad del conviviente en la medida en que forma parte de las personas especialmente relacionadas con el concursado, y de cara a la clasificación de los créditos que estas tengan con el concursado como subordinados (artículo 92-5º, en relación con el art. 93.1 LC, y arts. 281.1-5º y 282 del PTR). Y es relevante también, entre otros aspectos, en



orden a activar la presunción de perjuicio patrimonial en el caso previsto en el ordinal 1º del apartado 3 del art. 71 LC y, en el texto proyectado, en el art. 228-1º, así como en orden a la declaración conjunta de concurso (art. 25.3 LC y 40 PTRLC) y a la acumulación de concursos ya declarados (art. 25 bis.1-6º LC y 41.2 PTRLC). De ahí, por tanto, se establece el deber de notificar el auto de declaración de concurso a la pareja del concursado, cuando esta unión de hecho se encuentre inscrita (art. 33.2 PTR).

**NOVENA.-** Cabría considerar también dentro del marco de la habilitación, en la medida en que constituya una integración armonizadora del precepto, la conveniencia de introducir en el segundo párrafo del ordinal 1º del art. 7, en lo relativo a las indicaciones que ha de contener la memoria respecto del deudor persona casada, la expresión de la fecha de constitución del régimen económico, relevante a efectos del ejercicio de las acciones rescisorias, así como la referencia a eventuales anteriores matrimonios del deudor y a las eventuales resoluciones de nulidad, sobre todo en los dos años anteriores a la declaración de concurso, con incidencia en la determinación de la masa activa y pasiva, en el deber de alimentos (arts. 77.2 y 94.2 LC y art. 124 PTR, en relación con los arts. 142 y ss del CC) y en la eventual subordinación crediticia (art. 93.1-1º LC y 282-1º PTR). Y cabría considerar también, siempre dentro del marco de la habilitación, la relevancia que presenta cualquier acto de oposición al ejercicio de la actividad empresarial por el cónyuge y de eventuales revocaciones para vincular determinados bienes comunes o privativos, en los casos en que el deudor es empresario (art. 6 CCom).

**DÉCIMA.-** Es significativa la supresión en el ordinal segundo del art. 7 PTR de la referencia al valor “*real*” actual en que han de estimarse los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor y se consignen en el inventario (cfr. art. 6.2-3º LC). El proyecto solo exige que el inventario refleje el valor actual de los bienes y derechos del deudor. Más relevante que esa omisión puede ser, empero, que el valor estimado responda a criterios de empresa en funcionamiento (*going concern*) o de liquidación, si se ha solicitado esta, de acuerdo con los criterios del plan general contable.

**UNDÉCIMA.-** Respecto de los documentos contables y complementarios que ha de presentar el deudor, el art. 8 del texto proyectado introduce la precisión de que las cuentas anuales y, en su caso, los informes de gestión y de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios han de ser los de *los ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, estén o no aprobadas dichas cuentas*. Lo mismo se hace al referirse el apartado segundo de este mismo artículo a los documentos que ha de presentar el deudor que forme parte de un grupo de sociedades.



Estas precisiones quedan dentro de las facultades de aclaración y armonización que concede la autorización. Responden a la idea de precisar a qué ejercicios han de venir referidas las cuentas en relación con el momento de la solicitud, reafirmando algo que, no por ser obvio, no merezca ser consignado, cual es el hecho de que las cuentas e informes de gestión y auditoría han de corresponder a ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud; y de otra parte, se da respuesta a las dudas que se suscitaban en aquellos casos en los que las cuentas no habían sido formuladas o aprobadas, no se habían presentado a depósito o este hubiese sido rechazado, o estuvieran pendientes de verificación contable. Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que la falta de formulación y depósito de las cuentas se suple por la formulación y depósito por la administración concursal, tal y como dispone el art. 75.1 LC, y en el texto proyectado, en los arts. 115 y 116.

**DECIMOSEGUNDA.-** Debe tenerse presente que la falta de aportación de los documentos exigidos o la presentación incompleta de los mismos y la omisión de la expresión en la solicitud de la causa (arts. 6.5 LC y 9 PTR) no exime del deber de presentarlos de forma íntegra, a cuyos efectos, y siguiendo las exigencias jurisprudenciales, el art. 13.2 LC –en la redacción dada por la Ley 38/2011–, y ahora el art. 11 del texto proyectado, articulan un trámite de justificación o subsanación, debiendo valorar el juez la realidad o suficiencia de la justificación alegada. Sería conveniente, por ello, en aras a dotar de mayor claridad al texto proyectado, establecer en él la conexión entre el art. 9 y el art. 11.

**DECIMOTERCERA.-** La LC no contempla la comunicación del auto por el que se acuerda otorgar un plazo para la justificación y subsanación de la omisión o defecto documental de la solicitud a “los organismos y a las administraciones públicas a las que deba notificarse la declaración de concurso” (art. 11.2 PTR), comunicación que, por lo demás, no cuenta con la debida explicación por parte del prelegislador en cuanto a su objeto y finalidad, por lo que se sugiere reconsiderar su inclusión en el texto proyectado.

**DECIMOCUARTA.-** El artículo 12 PTR, conforme al cual *solo* cabrá recurso de reposición contra el auto de inadmisión o desestimación de la solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor, recoge lo dispuesto en el art. 14.2 LC. Se han de entender superadas de este modo las dudas surgidas en cierto sector doctrinal por razón del carácter definitivo de esta resolución, y sobre la posibilidad de ser susceptible de recurso de apelación ex art. 455.1 LEC, no obstante el tenor del art. 197.3 y 4 LC –los arts. 545 y 546 del Proyecto–, que sujetan al recurso de reposición los autos del juez



del concurso, y difieren a la apelación más próxima la impugnación de los autos resolutorios de los recursos de reposición.

**DECIMOQUINTA.**- El art. 14 al tratar la provisión de la solicitud, equipara el trámite al de la solicitud del deudor (art. 10), lo que, por lo demás, se ajusta a lo dispuesto en el art. 13.1 LC. Sin embargo, es objetable que no se traslade a la provisión sobre la solicitud de acreedor o de otros legitimados la provisión del art. 13.2 LC relativa a la concesión de un plazo de justificación o de subsanación, y a la resolución subsiguiente, así como al recurso precedente.

**DECIMOSEXTA.**- El apartado segundo de este mismo art. 14, en su ordinal primero, que recoge los casos en los que procede la declaración de concurso *inaudita parte*, no se ajusta al tenor del art. 15.1 LC. Conforme a este, la declaración inmediata de concurso, sin audiencia del deudor, procede en los casos en que la solicitud se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia. El ordinal primero del art. 14.2 del Proyecto de texto articulado reserva esta declaración a los casos en que la solicitud se fundara «*[e]n la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor siempre que sea firme; en la existencia de un título por el cual se hubiera despachado ejecución o apremio sin que del embargo hubieren resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago, o en la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor [...]*».

Si bien la exigencia de firmeza de la declaración judicial o administrativa de insolvencia no excede de las posibilidades de aclaración que permite la autorización normativa, y aunque cabe considerar comprendido en el precepto el embargo infructuoso como fundamento de la solicitud, la norma proyectada pudiera exceder no obstante de la que ha de ser objeto de la refundición por cuanto incluye entre los supuestos que permiten la declaración automática e *inaudita parte* del concurso «*[l]a existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor*», hecho externo de insolvencia que tiene autonomía respecto del embargo infructuoso, y, por el contrario, soslaya la investigación del patrimonio infructuosa, que, si bien se encuentra funcionalmente vinculada al embargo sin resultado positivo, constituye un hecho externo de insolvencia que presenta autonomía respecto de este.

**DECIMOSÉPTIMA.**- El art. 15 PTR, relativo a la acumulación de solicitudes, recoge la previsión del art. 15.2, segundo párrafo, LC, que dispone que



admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida; pero admitiría, sin salirse del marco de la autorización normativa, la precisión de que la prioridad vendrá determinada por la fecha de presentación seguida de la admisión de la solicitud, tal y como hace el art. 22 LC, que atiende a la primera solicitud, entendida en esos términos, para calificar el concurso de voluntario o de necesario, y por razón del criterio para determinar el nacimiento de los efectos de la litispendencia (art. 410 LEC).

**DECIMOCTAVA.-** El art. 16 regula el emplazamiento del deudor. El precepto no discrimina los supuestos en que la declaración del concurso procederá *inaudita parte* por concurrir alguno de los hechos externos previstos en el ordinal primero del art. 14.2 PTR. Por otra parte, puesto el precepto en conexión con este último, permanecen las dudas que suscita la interpretación del art. 15.2 LC acerca de si previamente a admitir a trámite la solicitud el juez del concurso ha de verificar la concurrencia de la legitimación del solicitante y del hecho externo, tal y como sostiene un sector doctrinal con apoyo en el art. 7.2 LC, o si, como mantiene cierta jurisprudencia de Audiencias Provinciales, la acreditación de estos presupuestos queda diferida al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, momento en que se precisará la naturaleza y cuantía de la deuda.

**DECIMONOVENA.-** El art. 17 del texto proyectado, relativo a la subsanación de la solicitud del acreedor u otro legitimado, es trasunto del art. 11 PTR, y proviene del art. 13.2 LC. Sería conveniente, con todo, que el enunciado del artículo incluyese, junto al acreedor, a los otros legitimados.

**VIGÉSIMA.-** Los arts. 18 y 19 reproducen los arts. 17 y 18.1 LC, relativos, respectivamente, a las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso, y al allanamiento del deudor. Respecto de las primeras, cabría sugerir que se introduzca la aclaración, dentro de los márgenes de la autorización, de que la remisión a la LEC lo es a la forma de adopción de la medida y contenido de la misma, no al régimen de oposición y recursos previsto en los arts. 733 y 735 LEC.

**VIGESIMOPRIMERA.-** Los arts. 20 a 23, incluidos, versan sobre la oposición del deudor, la celebración de la vista y la proposición y práctica de la prueba. Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones: i) el art. 20 incluye de forma expresa la falta de legitimación del solicitante entre los motivos de oposición del deudor. El art. 18.2 LC no contempla, en cambio, este motivo de oposición, habiéndose dado por los tribunales respuesta dispar tanto a la posibilidad de alegar la falta de



legitimación del acreedor en este trámite como respecto de su alcance. El prelegislador ha optado por incluir de forma expresa la falta de legitimación del solicitante, lo que, visto el tenor del art. 18.2 LC, que se expresa en términos potestativos –lo que sugiere la posibilidad de oponerse por motivos de fondo distintos al de la insolvencia-, así como del art. 19.4 LC, que contempla el supuesto de falta de condición de acreedor en el solicitante –como ahora el art. 22.4 del texto proyectado-, cabe considerar esta ampliación del contenido normativo dentro del marco de la autorización conferida para la refundición; ii) del mismo modo, ha introducido la precisión de que la falta del estado de insolvencia del deudor puede venir referida tanto al momento de la solicitud de la declaración de concurso, como al momento de la oposición, precisión esta que, como en el caso anterior, cabe dentro de las posibilidades de actuación que confiere la autorización, en la medida en que el estado de insolvencia del deudor, como presupuesto objetivo del concurso, ha de darse en el momento de su declaración; iii) también se encontraría dentro de los límites de la autorización, en la medida en que serviría para armonizar lo dispuesto en el art. 18.2 LC, y ahora en el art. 20.2 *in fine* del texto proyectado, la precisión de que la solvencia del deudor podrá acreditarse no solo contablemente, sino por cualquier otro medio de prueba, tal y como se desprende de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 18.2 LC y en el proyectado art. 21; y iv) el art. 21 establece que la vista se celebrará en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que el deudor hubiera formulado la oposición, lo que es reproducción del art. 19.1 LC, y elimina de este modo la contradicción que se daba entre este precepto y el último inciso del art. 28.2 LC.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Los arts. 24 a 27, ambos inclusive, recogen lo dispuesto en el art. 20 LC respecto de la resolución sobre la solicitud y los recursos procedentes. El texto proyectado, que elimina la expresión “*en todo caso*”, referida al recurso de apelación previsto en el art. 20.2 LC, clarifica el precepto, que debía entenderse referido al concurso necesario, lo que ahora se expresa con claridad en el art. 25.1. En él, con todo, ha de añadirse, después de “*la solicitud de declaración*”, la preposición “*de*”.

**VIGESIMOTERCERA.-** El prelegislador ha prescindido del adverbio “*únicamente*” al establecer la procedencia del recurso de reposición contra los pronunciamientos del auto distintos del referido a la estimación o desestimación de la solicitud de declaración del concurso, lo que alienta la duda, ya presente en la interpretación del art. 20.2 LC, acerca de si en el recurso de apelación interpuesto contra el pronunciamiento sobre la



estimación o desestimación de la solicitud puede incluirse la impugnación de otros pronunciamientos distintos a este.

**VIGESIMOCUARTA.-** El proyectado art. 28, al referirse al contenido del auto de declaración del concurso, omite el pronunciamiento relativo a las eventuales medidas cautelares, así como el relativo a la disolución de la sociedad de gananciales, que ahora ha de conectarse con lo dispuesto en el proyectado art. 125.

**VIGESIMOQUINTA.-** El Proyecto, en su función armonizadora, complementa el régimen de notificación del auto de declaración del concurso, al prever (art. 33.2) la notificación al cónyuge o la pareja inscrita del concursado. Esta previsión es acorde con la indicación que debe contener la memoria que ha de acompañar a la solicitud de declaración de concurso voluntario del deudor persona casada, y se orienta a la finalidad de la más exacta determinación de la masa activa y de la masa pasiva, finalidad conectada a su vez con la del ejercicio de las acciones de separación y reintegración y con el reconocimiento y clasificación de los créditos concursales, así con la posibilidad de disolución del régimen económico conyugal, todo lo cual hace necesario el conocimiento por el cónyuge del deudor concursado o por su pareja inscrita de la existencia del procedimiento concursal, como ha puesto de relieve la Dirección General de registros y del Notariado en su resolución de 23 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015).

**VIGESIMOSEXTA.-** Los artículos 38 a 43 reproducen, bajo una nueva sistematización, los arts. 25, 25 bis y 25 ter LC, desplazándose al art. 46 la regulación de la competencia en caso de concurso conexos, ya para la declaración conjunta de concurso, ya para la acumulación de concursos conexos, en los términos establecidos en los arts. 25.4 y 25 bis.3 LC.

Se observa, no obstante, que el prelegislador ha omitido la referencia a los deudores que sean "*miembros o integrantes*" personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica, mencionando únicamente a los socios y administradores *total o parcialmente responsables de las deudas sociales de una sociedad* (art. 38), mientras que en el art. 41, al tratar de la acumulación de concursos, se refiere a *los socios y administradores que sean personalmente responsables, total o parcialmente, de las deudas de una persona jurídica*. Parece aconsejable mantener la mención que hacen los arts. 25.1 y 25 bis-3º y 4º de los miembros o integrantes de personas jurídicas para contemplar aquellas que no tienen base societaria, siendo conveniente, en todo caso, mantener una redacción uniforme en los artículos 38 y 41 del texto proyectado.



**VIGESIMOSEPTIMA.-** Las precisiones jurisprudenciales que ayudan a interpretar y completar el concepto de grupo societario a los efectos de la LC, y en particular a efectos de la conexión entre concursos, podrían quedar incorporadas al texto proyectado sin violentar los márgenes de la habilitación legislativa, en la medida en que sirven para aclarar e integrar la norma, sin alterar su contenido, incorporando los rasgos definitorios con que la jurisprudencia ha ido perfilando el concepto que, con remisión al C.Com., define ahora la disposición adicional del Proyecto normativo.

**VIGESIMOCTAVA.-** El art. 43.2 del texto proyectado recoge la regla de la consolidación de masas de concursos conexos (*substantive consolidation*), siempre de carácter excepcional. El precepto proyectado se refiere a la consolidación de las masas de concursos declarados conjuntamente o acumulados, y no a la consolidación de los inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal, tal y como reza el art. 25 *ter.2* LC.

La tendencia de los tribunales con competencia en materia mercantil es dotar de la mayor virtualidad, no obstante su excepcionalidad, a la consolidación de masas; y se advierte que, con la redacción dada por el prelegislador, se puede atribuir a la norma un mayor contenido, en consonancia con esta orientación de los tribunales, que, sin embargo, dista hasta ahora de ser uniforme.

**VIGESIMONOVENA.-** El proyectado art. 44.3, en su función armonizadora e integradora, no solo ofrece un concepto de empresario persona natural mediante una remisión a la legislación mercantil que actualmente es difícil colmar, sino que, además, si se vincula al concepto de comerciante que ofrece el art. 1 CCom., resulta más limitado que el que se contiene en el art. 231.1 II LC y que ha servido en la práctica judicial de criterio de delimitación de competencias entre los juzgados de lo mercantil y los juzgados de primera instancia. Es lógico que el prelegislador haya querido buscar la uniformidad en la definición del concepto de empresario persona natural, y de ahí la remisión a la legislación mercantil; pero, a día de hoy, esta remisión produce una situación claudicante y distorsionadora en relación con los criterios seguidos en la práctica de los tribunales. En todo caso, la fórmula que se utilice para definir el concepto ha de ponderar adecuadamente la incidencia que habrá de tener su contenido –la mayor o menor extensión del concepto– en la distribución de competencias entre los juzgados de lo mercantil y los de primera instancia, de mantenerse el actual régimen derivado de los arts. 85.6 y 86 *ter.1* LOPJ.



**TRIGÉSIMA.-** El apartado cuarto del artículo 44, que atribuye la competencia al juez de lo mercantil aunque a la fecha de la solicitud el deudor hubiese dejado de tener la condición de empresario en atención al origen empresarial de los créditos, introduce una regla que puede afectar al reparto competencial entre juzgados de primera instancia y de lo mercantil, así como introducir el riesgo de extravasar los límites de la autorización legislativa y, aun, de la competencia del legislador ordinario.

El prelegislador, con la finalidad de despejar las dudas surgidas en torno a la interpretación y aplicación de la regla de competencia establecida en el art. 85.6 LOPJ, en relación con su art. 86 *ter* 1, ha introducido una regla de competencia de nuevo cuño a partir del criterio exegético mayoritariamente seguido en los tribunales, proyectado, no sobre una norma de la LC, sino sobre los señalados preceptos de la Ley Orgánica. Pero, habida cuenta de que no existe una respuesta jurisprudencial definitiva, se ha de advertir de que con ello se corre el riesgo de considerar que se contravienen los arts. 85.6 y 86 *ter* 1 LOPJ, sobre los que en definitiva recae la labor interpretativa, y se excede el marco de actuación de la ley ordinaria respecto de la Ley Orgánica; y, al mismo tiempo, de considerar que se superan los límites de la habilitación para la elaboración del texto refundido, por más que estos límites se correspondan a la amplia autorización concedida al prelegislador. Y no es inane la consideración de que el art. 44.3 PTR establece una regla de competencia objetiva de más que difícil aplicación, por la dificultad de determinar *a limine litis* el origen, empresarial o no, de los créditos contraídos, lo que no se compadece bien con los rasgos de certidumbre y predecibilidad que son consustanciales a la seguridad jurídica que se exige de una norma de *ius cogens* como es la que determina la competencia, aquí objetiva, de un órgano jurisdiccional. Se sugiere, en consecuencia, el replanteamiento de dicha previsión.

**TRIGESIMOPRIMERA.-** Respecto de la regla contenida en el art. 45.2, último inciso, PTR, que recoge la establecida en el art. 10.1, segundo párrafo, de la LC, y conforme a la cual será ineficaz a efectos de la presunción de que el centro de los intereses principales del deudor persona jurídica se encuentra en el lugar del domicilio social el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso, el Tribunal de Justicia facilita también criterios hermenéuticos, que han de venir referidos a la regla recogida en el art. 3.1 RPI II, que tiene un contenido similar a la del art. 10.1 LC, si bien aquí se fija un plazo inferior, de tres meses cuando se trata de deudores empresarios o profesionales independientes, y se aplica a todos los deudores. La finalidad de ambas reglas, como se ha visto, no es otra que evitar el *forum shopping*



[Considerandos (29) y (30) RPI II]. También su funcionalidad es la misma, cual es desplazar hacia el deudor la carga de la prueba de que el centro de los intereses principales se encuentra en donde se localiza la nueva sede [Considerando (31) RPI II]. Con todo, la formulación del art. 3.1 RPI II es más clara, y se sugiere atenerse a ella: «*[E]sta presunción solo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia*».

**TRIGESIMOSEGUNDA.-** El apartado cuarto del art. 45 PTR contiene una regla de competencia que no se encuentra explícita en el art. 10 LC. Cabe sugerir al prelegislador que reconsidere su tenor, en la medida en que su inclusión pueda responder a una interpretación del art. 10.1 LC que conduzca a un resultado *ultra vires*, fuera por tanto del marco de la autorización para la elaboración del texto refundido, por muy ampliamente que se conciba.

**TRIGESIMOTERCERA.-** El art. 46.3 PTR introduce una regla de competencia en caso de concursos conexos, cuando fueren de una persona natural no empresario y de una persona natural empresario o de una persona jurídica, correspondiendo al juez de lo mercantil la competencia para decidir sobre la declaración conjunta o la acumulación y posterior tramitación coordinada.

El precepto constituye una novedad respecto de las previsiones contenidas en los arts. 25 y 25 *bis* LC. El prelegislador ha considerado oportuno primar la finalidad de la declaración conjunta y de la acumulación de concursos conexos –primar la virtualidad de la conexión de concursos, por tanto-, sobre el obstáculo procesal que representa la distinta competencia objetiva determinada por la naturaleza del deudor, orillando de este modo la regla general del art. 77.2 LEC. Si se concibe esta previsión como necesaria para dar respuesta a los casos de conexión y a la situación generada por la distribución competencial, ponderando los beneficios de la declaración conjunta y de la acumulación de los concursos conexos, así como de su tramitación coordinada ex art. 25 ter.1 LC y 42 PTR, y valorando la especialización de los juzgados de lo mercantil, siempre que se precise que en estos casos la competencia para la declaración conjunta y para la tramitación coordinada de los concursos acumulados corresponde al juez de lo mercantil, cabría concluir que se está ante una integración normativa impuesta por la actual regulación competencial, admisible dentro de los límites de la autorización, y que se muestra razonable en función de la finalidad de la norma.



**TRIGESIMOCUARTA.**- El art. 47 PTR, bajo el enunciado "*Competencia internacional*", recoge las disposiciones del art. 10 LC. El título del precepto no responde, en rigor, a su contenido, pues no contiene reglas de competencia internacional, sino que regula los efectos del concurso declarado conforme a las reglas de competencia territorial establecidas en el art. 45. Sería conveniente, por tanto, modificarlo para que se ajuste a su verdadero objeto.

**TRIGESIMOQUINTA.**- Los arts. 52, 53 y 54 establecen las materias sobre las que la jurisdicción del juez es exclusiva y excluyente, en términos análogos a los del art. 8 LC. Cabe, no obstante, hacer las siguientes observaciones:

- i) En la relación de las materias se incluyen "*la determinación del carácter necesario de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*" (ordinal tercero) y "*la disolución y liquidación de la sociedad o comunidad conyugal del concursado*" (ordinal 5º). Estas materias, que en rigor no son tales, se incardinan en el marco de la competencia ordinaria del juez del concurso en orden a la conservación de la masa activa (cfr. art. 43.2 LC y 206-1º y 4º PTR), así como en orden a establecer la composición de la masa activa en el concurso del deudor casado, cuando el cónyuge solicita la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (arts. 77 LC y 125, 193 y 194 PTR). Por tanto, cabría prescindir de su inclusión, en la medida en que son objeto de tratamiento específico en el concurso y en la ley concursal.
- ii) A las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, sean de hecho o de derecho, y contra los auditores (art. 8-7º LC), se añaden las dirigidas «*[c]ontra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados [...]*». La inclusión de esta precisión respecto del sujeto frente a quien se ejercita la acción de responsabilidad se explica por la necesidad de adecuar el ámbito subjetivo de las acciones de responsabilidad a lo dispuesto en el art. 236.4 y 5 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.



- iii) En el ordinal segundo de este artículo se ha introducido la precisión de que la jurisdicción del juez del concurso se extiende a las ejecuciones «*[r]elativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en esta ley*»; puntualización que es oportuna, dentro de la finalidad de aclarar y regularizar que conlleva la autorización legislativa, por cuanto delimita las ejecuciones que quedan dentro del ámbito de la jurisdicción del juez del concurso, y advierte de aquellas que quedan al margen de ella.
- iv) La mayor amplitud del art. 53 PTR, referido a la jurisdicción del juez del concurso en materia laboral, frente al art. 8-2º LC, responde a la necesidad de aclarar, armonizar y coordinar el contenido de este precepto con aquellos otros de los que se deriva el contenido jurisdiccional del juez del concurso en materia laboral, como el art. 64.1 LC, que se corresponde con el art. 169 PTR.
- v) El art. 54 del PTR proviene, como se explica en la MAIN, del art. 8.4º LC, al que da una nueva redacción, introduciendo mejoras técnicas. El apartado segundo desarrolla la previsión de este precepto de la LC relativa a la competencia del juez del concurso para acordar la suspensión de las medidas cautelares adoptadas por otros tribunales y autoridades administrativas y para solicitar su levantamiento, cuando considere que pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso, con la precisión de que, para obtener el levantamiento de las medidas acordadas, deberá dirigirse al órgano que las haya dispuesto. Y se añade que, en caso de que el requerido a tal efecto no atendiera de inmediato el requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de competencia. Respecto de esto último, conviene tener en cuenta que el órgano requerido puede ser del mismo orden jurisdiccional –el orden civil–, por lo que, junto con los conflictos de competencia regulados en los arts. 42 a 50 de la LOPJ, han de considerarse las eventuales cuestiones de competencia a que se refieren los arts. 51 y 52 de la misma LOPJ. Por otra parte, el precepto no alude a la suspensión y levantamiento de las medidas cautelares adoptadas por árbitros en procedimientos arbitrales, debiendo entenderse en todo caso el determinante y el sustantivo “*la adopción*”, referidos a los árbitros, como *la solicitud al tribunal*



competente de la adopción de medidas cautelares previas o en el curso de los procedimientos arbitrales, en los términos previstos en el art. 722 LEC y en el art. 11.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

**TRIGESIMOSEXTA.-** Al introducirse en el proyectado texto refundido preceptos de la LC relativos a la administración concursal que tiene diferida su de vigencia, es evidente la necesidad de coordinar el desarrollo del procedimiento de elaboración normativa que ha de dar lugar al Texto Refundido y el desarrollo reglamentario previsto en las Leyes 17/2014 y 25/2015.

**TRIGESIMOSEPTIMA.-** El régimen de nombramiento de la administración concursal que contiene el texto proyectado se atiene al sistema de administración concursal única –un único administrador concursal, persona física o jurídica- como regla general, y mantiene la excepción prevista en el art. 27.7 LC para aquellos concursos en que exista una causa de interés público que justifique la designación por el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público, de un segundo administrador, nombramiento que habrá de recaer en una Administración pública acreedora o una entidad de Derecho público acreedora vinculada o dependiente de la anterior. La representación de la Administración pública o de la entidad vinculada en estos casos corresponde al empleado público con formación universitaria de licenciado o graduado que aquellas designen, y que tenga *«[f]ormación en el ámbito jurídico o económico»*. El prelegislador, con esta última condición, está ampliando el ámbito de la representación de la entidad de Derecho público en el ejercicio de las funciones de administrador concursal, pues el art. 27.7 LC dispone que la representación deberá recaer en empleado público con la indicada titulación universitaria *«[q]ue desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico»*, condición esta que viene referida a su actividad y no solo a su formación, lo que asegura en mayor medida la eficiencia en el desempeño de las funciones propias de la administración concursal. Se sugiere, por tanto, que el proyectado art. 63.3 se atenga a la redacción del art. 27.7 LC en este particular.

**TRIGESIMOCTAVA.-** El art. 61, relativo a los requisitos para la inscripción, recoge la remisión al desarrollo reglamentario prevista en el art. 37.3 LC y la referencia a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Recoge también la distinción entre concurso de tamaño pequeño, mediano y grande, y la remisión a la determinación reglamentaria de las características que



permitan definir el tamaño del concurso. Y se contempla asimismo la posibilidad de la exigencia reglamentaria de requisitos “*adicionales*” para ser designado administrador concursal en concursos de gran tamaño, lo que no se compadece bien con el tenor del art. 27.3 *in fine*, que permite que en el desarrollo reglamentario se puedan exigir «*[r]equisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño*», quedando también para el ulterior desarrollo reglamentario la determinación de las características que permitan definir el tamaño del concurso.

**TRIGESIMONOVENA.-** Respecto del nombramiento, la representación de la persona jurídica administradora concursal, las incompatibilidades y prohibiciones, el deber y el régimen de aceptación, la expedición y entrega de la credencial, la inhabilitación por falta de comparecencia, por falta de cobertura o de aceptación, y de la renuncia (arts. 62 a 71, incluidos), cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) La designación ha de recaer en la persona natural o jurídica inscrita que, no solo corresponda por turno correlativo, sino que *haya declarado su disposición a ejercer las funciones de la administración concursal en el ámbito territorial correspondiente al juez del concurso.*
- ii) Al aceptar la persona jurídica el cargo de administrador concursal deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y *asumir la dirección* en el ejercicio de las funciones propias del cargo.
- iii) Al tratar de las prohibiciones para el nombramiento de administrador concursal (art. 65), el texto proyectado introduce – apartado segundo – una prohibición que, en rigor, no opera para la designación de administrador concursal persona jurídica, sino para la designación de representante de esta para ejercer, como tal representante, las funciones del cargo, lo que, por lo tanto, afecta a la representación de la persona jurídica y no a la aptitud de esta última para ser designada administradora concursal. El precepto, por lo demás, resulta innecesario cuando en el apartado cuarto del art. 63 se prevé que «*[A]l representante de la persona jurídica nombrada administradora concursal le será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, separación y responsabilidad establecido para los administradores concursales*».
- iv) Se echa en falta, por otra parte, la prohibición consistente en la vinculación personal o profesional (art. 28.3, en relación con el



art. 93 LC), que opera para la designación de administradores concursales en un mismo concurso en los excepcionales casos de administración dual, dejando a salvo a las personas jurídicas inscritas. Tampoco se ha recogido la prohibición relativa a los expertos independientes que hubiesen emitido el informe a que se refiere el art. 74 *bis* 4 de la LC, en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de la declaración de concurso (art. 28.5 LC).

**CUADRAGÉSIMA.-** Entre los casos en los que el nombramiento de un auxiliar delegado será obligatorio (art. 76), no se contempla el de concursos *de empresas de gran dimensión* (art. 31.1-2º LC). Por otra parte, al tratar de la retribución de los auxiliares delegados (art. 78), se atiende al supuesto ordinario de administración concursal única, pero no al supuesto excepcional de administración concursal dual, respecto del que debe establecerse que, como indica el art. 31.2 LC, la retribución será en proporción a la correspondiente a cada uno de los administradores concursales, salvo que el juez expresamente acuerde otra cosa. En este punto cabe incidir en que de lo dispuesto en los arts. 77 y 78 PTR se desprende que la retribución de los auxiliares delegados correrá a cargo del administrador concursal en todo caso, incluso en aquellos supuestos de nombramiento obligatorio, lo que puede entrar en colisión con el tenor del art. 31.2 LC, que se refiere a los casos en los que el juez concede la autorización para designar a los auxiliares delegados solicitada por la administración concursal por razón de la complejidad del concurso, conectándose, por tanto, con el primer inciso del apartado 1 de este mismo artículo, y no con el relativo al nombramiento obligatorio de los auxiliares delegados.

**CUADRAGÉSIMOPRIMERA.-** El texto proyectado no contiene la enumeración de las funciones de la administración concursal que, con carácter enunciativo, se recoge en el art. 33 LC. Esta omisión no se explica suficientemente en la MAIN, siquiera sea por la razón, que puede entenderse implícita, de que tal enumeración resulta innecesaria en la medida en las diversas funciones, ya de carácter procesal, ya las propias del deudor o de sus órganos de administración, ya las específicas en materia laboral, bien las propias de informe y evaluación, bien las de realización de valor y liquidación, bien, en fin, las de secretaria o cualquier otra atribuida por las leyes, se encuentran recogidas en los diferentes preceptos de la LC o de otras leyes. No obstante lo cual, el prelegislador debería respetar el actual contenido normativo y trasladar al texto proyectado el tenor del art.



33 LC, o explicar en la MAIN la razón por la que ha prescindido de incorporar en el texto proyectado el contenido de dicho precepto.

**CUADRAGÉSIMOSEGUNDA.-** Al enunciar la regla de eficiencia en la retribución de la administración concursal (art. 86-3ª), se reproduce en esencia lo dispuesto en el art. 34.2 d) LC, con lo que se está reiterando de ese modo su defectuosa formulación, pues se ha reprochado al legislador que con ella se hace dudar de la eficacia misma del principio que encierra, en la medida en que parece concebida más que a premiar la eficiencia, a castigar la ineficiencia. Es aconsejable que, al enunciarla, se comience por indicar que la retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones que le corresponden, tal y como hace la letra d) del art. 34.2 LC.

Con independencia de lo anterior, se advierte que el prelegislador, al formular la regla, no se ajusta totalmente al precepto de la LC. El texto proyectado limita la reducción de la retribución *en todo caso* –es decir, al margen de la facultad discrecional del juez- al retraso que exceda en más de la mitad del plazo que deba observar la administración concursal, y a la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la relación de acreedores en favor de los demandantes en proporción igual o superior al diez por ciento del valor del inventario provisional o del importe de la relación provisional de acreedores presentada por la administración concursal, aplicando en este último caso la misma regla proporcional establecida en el último inciso del art. 34.2 d) LC. Sin embargo, deja al margen de la reducción obligatoria el incumplimiento de cualquier obligación de información a los acreedores, que pasa a integrar los supuestos que *autorizan* al juez del concurso a reducir la retribución. Se degrada de este modo la relevancia de la obligación incumplida, que en la ley vigente presenta una virtualidad máxima, al anudar a su incumplimiento la indefectible consecuencia de la reducción de la retribución, contemplada sin embargo en términos potestativos respecto del incumplimiento de otras obligaciones.

**CUADRAGÉSIMOTERCERA.-** Los arts. 91, 92 y 93 PTR contienen las previsiones de los arts. 34 *bis*, *ter* y *quater* LC relativas a la apertura, el régimen y la dotación de la cuenta de garantía arancelaria, limitándose el prelegislador a reestructurarlas. Se advierte, no obstante, que ha omitido la previsión del desarrollo reglamentario sobre el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria, omisión que no se justifica por el hecho de que esté en tramitación el proyecto de Real Decreto que desarrolla el estatuto de la administración concursal.



**CUADRAGÉSIMOCUARTA.**- Es conveniente que en el **art. 103 PTR**, que versa sobre los recursos procedentes y la legitimación para recurrir las resoluciones sobre el nombramiento, revocación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados, se incluya en su enunciado el sustantivo "*Recursos*", para adecuarlo al contenido completo del precepto.

**CUADRAGÉSIMOQUINTA.**-El art. 107 determina el ámbito objetivo de la limitación o suspensión de facultades con referencia a los bienes y derechos integrados o que se integren en la masa activa y a la asunción, modificación o extinción de obligaciones y, en su caso, al ejercicio de las facultades que corresponden al deudor en la sociedad o comunidad conyugal.

La referencia a la masa activa, antes que al patrimonio del concursado, y a la asunción, modificación y extinción de obligaciones, define más adecuadamente el marco objetivo sobre el que ha de operar la intervención o la suspensión de facultades, y es acorde con lo dispuesto en los arts. 40.6 y 43 LC. La referencia a "*la asunción, modificación o extinción de obligaciones*", puede resultar, sin embargo, difícil de armonizar con los efectos sobre las facultades patrimoniales –de administración y disposición– en caso de intervención o de suspensión. Pudiera ser más acertado aclarar que, por virtud de aquellos efectos, el concursado quedará limitado o privado de contraer, modificar o extinguir obligaciones por sí mismo, y precisar que estas habrán de tener naturaleza patrimonial y recaer sobre bienes o derechos integrados en la masa activa.

**CUADRAGÉSIMOSEXTA.**- Es oportuna la redacción del inciso final del apartado primero del art. 107, que corrige la errónea dicción del art. 40.6 LC, quedando ahora como sigue: «*[y], en su caso, al ejercicio de las facultades que correspondan al deudor en [y no de, como dice el art. 40.6 LC] »*

Por otra parte, la conservación de la facultad de testar (art. 40.6, último inciso, LC) se ha de entender *sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia*.

**CUADRAGÉSIMOSEPTIMA.**- El prelegislador ha introducido en el art. 110, relativo al pago realizado al concursado, una regla que colma una laguna apreciada en la regulación vigente, incorporando las reglas contenidas en los arts. 216 y 225 LC (arts. 736 y 746 PTR), y que entronca con el principio del efecto liberatorio del pago realizado de buena fe (art. 1164 CC), así como, en el reverso del principio, con la regla del art. 1165 CC, que contempla, en esencia, un supuesto de pago que no sería de buena fe. Su



inclusión, por tanto, responde a la finalidad de completar la regulación vigente a partir de los principios y reglas que disciplinan el pago o cumplimiento de la obligación y sus efectos solutorios contenidos en el Código Civil. Desde ese entendimiento, y atribuyendo a la actuación integradora del prelegislador en este punto una función armonizadora y aclaratoria, cabe considerar que el precepto queda dentro de los límites de la autorización para la refundición normativa. No obstante, permanece la duda acerca de si cabe que, mediante la convalidación o confirmación del pago por la administración concursal, puedan atribuirse efectos liberatorios al realizado con conocimiento de la declaración del concurso.

**CUADRAGESIMOCTAVA.-** La opción legislativa de la continuidad de la actividad es coherente con una administración dinámica de la masa activa del concurso y con su mejor conservación. Este sistema de continuidad de la actividad profesional o empresarial se implementa a través del régimen de autorización, con carácter general, en caso de intervención, para realizar aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados por el concursado o por sus apoderados (art. 112 PTR); y, en caso de suspensión, con las medidas que adopte la administración concursal que sean necesarias para tal continuidad de la actividad (art. 113). Tales medidas se conciben como excepciones respecto del régimen general de autorización judicial para la realización de los actos de enajenación o gravamen hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación (art. 43.2 LC y arts. 204, 205 y 206 PTR). Y en ese marco normativo proclive a la continuidad de la actividad profesional o empresarial constituye también una excepción el cierre de oficinas y establecimientos y el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial acordada por el juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores (art. 114 PTR y art. 44.4 LC); si bien cabría considerar, en caso de intervención, y sin exceder del marco de la habilitación normativa, la conveniencia de permitir también al deudor solicitar al juez la adopción de estas medidas.

Cabe sugerir, no obstante, la modificación del enunciado del art. 112, que reza: "Intervención del ejercicio de la actividad profesional o empresarial", pues, en rigor, la intervención recae sobre las facultades de administración y disposición en el ejercicio de tales actividades, y no en estas mismas; y además, porque no se corresponde con el contenido del precepto, que establece una autorización general, en casos de intervención, para la realización de aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de



aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados por el concursado o por sus apoderados.

**CUADRAGÉSIMONOVENA.-** Al reformular el art. 120 PTR el contenido de los arts. 51.2 y 54.1 LC, el prelegislador corre el riesgo de introducir más oscuridad que claridad, y de lograr el efecto contrario al que ha de estar orientada la técnica de la refundición normativa. Al enunciar la regla del apartado primero del art. 120 desconectada de las recogidas en los apartados siguientes, puede dar lugar a que se entienda que la sustitución de la administración concursal en la capacidad procesal del concursado se produce para cualquier procedimiento y para el ejercicio de cualesquiera acciones y para la interposición de cualesquiera recursos, cuando en la formulación del art. 54.1 solo se contempla esa sustitución para el ejercicio de acciones de índole no personal, y respecto de los procedimientos que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso.

Y por otra parte, esta reformulación de los arts. 51.2 y 54.1 LC ofrece un resultado un tanto confuso e incompleto, pues respecto de los procedimientos en trámite a la fecha de declaración de concurso rige, en la regulación vigente, la regla de la sustitución del concursado por la administración concursal, continuando tras la sustitución aquellos respecto de los que, por interés del concurso, no se haya provocado, con la debida autorización judicial, su terminación por desistimiento, allanamiento transacción; y ello sin perjuicio de las facultades del concursado en orden a mantener su representación y defensa separada, en los términos previstos en el segundo párrafo del art. 51.2 LC, y en el proyectado art. 121. Y si en el art. 120.2 PTR se mantiene la misma regla de la sustitución, con excepción de los procedimientos civiles en que se ejerciten acciones de índole personal –lo que puede resultar coherente con la sustitución y prosecución de los procedimientos limitadas a los casos que proceda “*en interés del concurso*”–, queda desconectada de ella la relativa a la necesidad de autorización judicial para disponer del objeto de los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso, que ahora se recoge en el apartado cuarto del art. 120 PTR, cuando lo adecuado sería mantener un tratamiento conjunto del régimen de los procedimientos en trámite, en evitación de esfuerzos interpretativos. Se advierte, además, que no se contempla el traslado al deudor y a las partes personadas a los efectos de ser oídas con relación a la solicitud de la administración concursal para desistir, allanarse o transigir, tal y como prevé el art. 51.2 LC.

**QUINCUAGÉSIMA.-** En los procedimientos en trámite en los que se ejerciten acciones de índole personal falta la previsión acerca de la necesidad de autorización de la administración concursal para llevar a cabo



actos de disposición sobre el objeto del proceso y para interponer recursos, que, en cambio, sí se contiene respecto de los procedimientos que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso en los que se ejerciten acciones de índole personal, cuando el tenor del art. 54.1 LC predica dicha autorización con carácter general respecto del ejercicio de acciones de índole personal que puedan afectar al patrimonio del concursado; omisión que, si bien puede explicarse por razón de la sustitución del concursado en los procedimientos en curso cuya prosecución resulte oportuna *“en interés del concurso”*, pudiera resultar oportuna su explicación, para mejor inteligencia de los preceptos objeto de reformulación y de aquel que lleva a cabo su refundición.

**QUINCUAGÉSIMOPRIMERA.-** El art. 121 PTR no contiene una regla equivalente a la del art. 54.3 LC, que dispone que *«[E]l deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa»*. Esta omisión hace que, vista la redacción del proyectado art. 121 –que se refiere a los procedimientos en trámite–, se vea reducida la facultad del deudor en relación con la que le reconoce la ley vigente; por lo que se sugiere la reformulación del contenido del art. 121 PTR para dar cabida en su totalidad a la regla contenida en el art. 54.3 LC.

**QUINCUAGÉSIMOSEGUNDA.-** Los arts. 126, 127, 128, 129 y 130 del texto proyectado recogen, bajo una nueva estructura, las disposiciones del art. 48 LC relativas a los efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras. En este punto, se debe llamar la atención del prelegislador acerca del empleo del término *“confirmación”* junto al de *“autorización”*, referido a la eficacia de los acuerdos de la junta o asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso, y como presupuesto de ella (art. 127.3). El prelegislador, al tratar de los efectos del concurso sobre el concursado en general y sobre su capacidad procesal, ha optado por referirse únicamente a la *“autorización”* de la administración concursal, y lo coherente es hacer lo propio en este caso.

**QUINCUAGÉSIMOTERCERA.-** Se ha de llamar la atención acerca de la inadecuada ubicación del precepto contenido en el art. 128.2 PTR, que lleva por título *“Representación de la persona jurídica concursada frente a terceros”*, y efectivamente, contiene reglas referidas a esa representación, salvo la recogida en su apartado segundo, que establece *«[E]l juez, a solicitud de la administración concursal, podrá atribuir a esta en interés del concurso el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a las*



*cuotas, acciones o participaciones sociales integradas en la masa activa de la persona jurídica concursada».*

**QUINCUAGUÉSIMOCUARTA.-** El **art. 133 PTR** recoge, reordenándolas, las disposiciones del art. 48 *ter* LC, relativas al embargo de bienes, y los arts. **134 y 135**, que se agrupan bajo la sección quinta que cierra este capítulo I, los deberes de colaboración del concursado respecto de la puesta a disposición de la administración concursal de los libros de llevanza obligatoria y los documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial (art. 45 LC) y los deberes de colaboración e información previstos en el art. 42 LC.

**QUINCUAGUÉSIMOQUINTA.-** Cabe poner de manifiesto, no obstante, que el prelegislador aclara que el embargo de bienes y derechos se practicará *«sin necesidad de caución con cargo a la masa activa»*, aclaración que deja el embargo acordado al amparo del proyectado art. 133 al margen del régimen general del art. 728.3 LEC, lo que se estima pertinente, tanto por la especificidad de esta medida cautelar, orientada a asegurar la efectividad de la sentencia de calificación de las personas a las que afecta el embargo, cuanto por la necesidad de evitar el gravamen sobre la masa activa, cuando los eventuales perjuicios derivados del embargo han de ser exigibles como créditos contra la masa.

**QUINCUAGÉSIMOSEXTA.-** Y respecto de los deberes de colaboración, cabe hacer la observación, de técnica jurídica, acerca de la necesidad de adecuar el título de la sección *–“De los deberes de colaboración del concursado”–* y del art. 135 *–“Deber de colaboración y deber de información”–*, al verdadero contenido de este último y del conjunto de la ley, por cuanto, por un lado, el art. 135 se refiere al deber de comparecencia, que, aunque instrumental del de colaboración, es conceptualmente distinto de este; por otro, porque los apoderados son personas distintas del concursado, ya persona natural, ya persona jurídica; y, en fin, porque el deber de colaboración es predicable de todos aquellos que ostenten funciones representativas, y no solo de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada.

**QUINCUAGUÉSIMOSEPTIMA.-** En el art. 144 PTR, al tratar de las excepciones a la suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución, el Proyecto introduce presiones significativas. En primer lugar, se advierte que la modificación de la declaración del carácter necesario o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor del bien o derecho embargado, que corre paralela a la eventual impugnación de la resolución del juez del concurso al respecto, basada en la modificación de



las circunstancias que determinaron la declaración, no se contempla, sin embargo, en el art. 144 PTR, cuando no hay razón alguna para excluirla, por lo que se sugiere la inclusión de similar previsión en el art. 144 PTR.

En segundo lugar, la previsión del proyectado art. 144.2, conforme a la cual «*[e]l dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma, cualquiera que fuera la clasificación de ese crédito, y el sobrante se integrará en la masa activa*», debería dar cabida a la doctrina jurisprudencial, en particular en lo que afecta a que el derecho de ejecución separada del concurso no comporta ninguna preferencia de cobro respecto de los créditos concursales, y que en esas ejecuciones separadas no deja de operar el orden de prelación de créditos concursal, derivado de la clasificación de créditos, que habrá de hacer valer la administración concursal por medio de la tercería de mejor derecho, que, de estimarse, determinará que el importe obtenido se ingrese en la masa activa del concurso, sujeto a las reglas de prelación concursales.

**QUINCUAGUÉSIMOCTAVA.-** Cabe detenerse asimismo en el apartado tercero de este mismo artículo, conforme al cual «*[S]i a la fecha de la resolución judicial por la que se aprobó el plan de liquidación, sea o no firme, no hubieran finalizado estas actuaciones y procedimientos de ejecución, quedarán sin efecto*». Esta previsión, que se corresponde con lo dispuesto en el art. 55.1, segundo párrafo, LC, introduce sin embargo la precisión de que la aprobación del plan de liquidación *no ha de ser necesariamente firme*, lo que puede provocar una cierta dificultad a la hora de anudar la consecuencia prevista, cual es la de la ineficacia de las actuaciones y procedimientos de ejecución singulares, entendida esta como la sujeción de los bienes y derechos objeto de traba a la ejecución colectiva; que a su vez ha de tener como consecuencia la realización de los mismos conforme al plan de liquidación, ya liberados de la carga.

**QUINCUAGUÉSIMONOVENA.-** Con relación a las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados cabe hacer las siguientes consideraciones:

- i) La determinación de los hitos temporales que afectan a la prohibición de inicio y a la suspensión de las ejecuciones de garantías reales se traslada, ahora ya sin distinción sobre si recaen sobre bienes necesarios o no para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado –dada su general e indistinta aplicación–, al art. 148, bajo el título "*Fin de la*



*prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes*".Este precepto, por una parte, debe coordinarse adecuadamente con el art. 146, relativo al inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios; y por otra parte, debe reformularse por cuanto no se contemplan supuestos de autorización del inicio o continuación de las ejecuciones de garantías reales, sino que se determinan los momentos a partir de los cuales estas podrán iniciarse o continuarse, y siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el citado art. 146 respecto de las ejecuciones de garantías sobre bienes no necesarios para la masa activa.

- ii) El apartado segundo del art. 145, que establece la suspensión de las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a la fecha de declaración del concurso *sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa* –lo que no es sino consecuencia de la recta inteligencia del art. 56.2 LC-, debe incidir en la irrelevancia de la firmeza de la declaración del concurso, en línea con lo dispuesto en el art. 56.2 LC.
- iii) El art. 148.2 establece, como el art. 57.1 LC, la competencia del juez del concurso para el conocimiento de las demandas de ejecución y, en su caso, de las solicitudes de reanudación de las ejecuciones suspendidas. Debe tenerse en cuenta que es criterio jurisprudencial que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso desaparece tras la aprobación del convenio, y que uno de los supuestos en los que se pueden iniciar los procedimientos de ejecución o continuar los suspendidos es el de la aprobación de un convenio que no impida la ejecución separada. Sería conveniente que el prelegisador tuviera en cuenta el indicado criterio jurisprudencial a la hora de formular el precepto, en su proyección a los casos de ejecuciones iniciadas o reanudadas tras la aprobación de un convenio.

**SEXAGÉSIMA.-** Los requisitos para que opere la compensación (art. 58 LC) se trasladan al art. 153 PTR, que, frente a la regla de que, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, introduce la excepción relativa *a aquellos que procedan de la misma relación jurídica*. Semejante excepción parece atenerse a las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales que postulan la posibilidad de compensar durante el concurso créditos *ex aedem causa*, aun cuando los presupuestos de la compensación no se dieran con anterioridad a la



declaración del concurso, sobre la base de considerar que en tales casos, más que compensación, se produce una liquidación del contrato; de este modo, se potencia la función de garantía de la compensación, de tal suerte que el acreedor-deudor *in bonis* no tenga que pagar su deuda por entero, y cobrar el crédito a través del concurso. No obstante, ha de retenerse que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha calificado estos casos como de *liquidaciones de contrato* en los que propiamente no existe compensación, sino una *compensación judicial* resultado de la liquidación de la relación jurídica, que, en principio, son ajenas al art. 58 LC.

**SEXAGÉSIMOPRIMERA.-** El art. 155, que regula la interrupción de la prescripción como consecuencia de la declaración del concurso, incluye en su apartado cuarto la regla sobre el momento en que se iniciará nuevamente el cómputo del plazo prescriptivo –a la fecha de conclusión del concurso- que contiene el apartado cuarto del art. 60 LC, pero lo hace de forma confusa, pues en vez de comenzar "*En caso de interrupción de la prescripción*" o, como dice el precepto homónimo de la LC, "*en el supuesto previsto en los apartados anteriores*", inicia el enunciado del precepto diciendo "*En caso de suspensión*", cuando no es este el efecto que, respecto de la prescripción, se predica en la norma.

**SEXAGÉSIMOSEGUNDA.-** El art. 156, a diferencia del art. 61.2 LC, que se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, enuncia el principio general de vigencia de los contratos diciendo que «*[L]a declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato*», de cualquier contrato, por tanto, y no solo los que contengan obligaciones recíprocas, con lo que el prelegislador no hace más que reforzar el principio, que debe entenderse rectamente en el sentido de que, declarado el concurso, ni el concursado ni la parte *in bonis* puede ampararse en la apertura del procedimiento concursal para resolver anticipadamente el contrato.

**SEXAGÉSIMOTERCERA.-** El texto proyectado, en los arts. 160 y 161, no se refiere a la resolución del contrato de tracto sucesivo por incumplimiento anterior, ya del deudor concursado, ya de la contraparte, sino al incumplimiento anterior *del deudor*. Por lo tanto, si el contrato es de tracto único, no podrá resolverse por incumplimiento anterior del deudor, pero si el incumplimiento anterior es de la contraparte, podrá ejercitarse la resolución tanto si el contrato es de tracto sucesivo como si es de tracto único. El Proyecto parece hacerse eco, por tanto, de la doctrina que admite la resolución por incumplimiento anterior de la parte *in bonis*, si bien, como se ha visto, de forma indirecta; pero la redacción propuesta puede conducir a la interpretación de que en los contratos de tracto sucesivo no cabe acudir



al remedio resolutorio por incumplimiento anterior de la contraparte, con la consecuencia de privar en esos casos al concurso de este mecanismo de defensa del crédito.

**SEXAGÉSIMOCUARTA.**- Cuando el **art. 161 PTR** establece la regla de la resolución por incumplimiento posterior [*«Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes»*], parece que está contemplando el caso de que tras la declaración del concurso se encuentren pendientes de cumplimiento las obligaciones de ambas partes, de modo que, en principio, deberán cumplir sus prestaciones correspondientes. Es el mantenimiento del sinalagma funcional el que justifica el recurso al mecanismo resolutorio; cuando desaparece, por cumplimiento de una de las partes, lo que se da en el concurso es un crédito que se integra en la masa pasiva.

Ahora bien, la interpretación literal del proyectado art. 161 permite la resolución por la parte *in bonis* cumplidora frente al incumplimiento del concursado posterior a la declaración del concurso, donde tiene cabida el supuesto de que la parte *in bonis* haya cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo antes del concurso, cuyo objeto ha pasado a formar parte de la masa activa del concurso, y que, por aplicación del art. 157, ostentará un derecho de crédito en el concurso.

**SEXAGÉSIMOQUINTA.**- El art. 165 PTR recoge la regla del art. 61.2, segundo párrafo, LC, relativa a la resolución del contrato en interés del concurso. El texto proyectado, a diferencia del precepto de la LC, refiere esta facultad a *cualquier contrato con obligaciones recíprocas*, y por tanto no solo cuando el contrato se encuentra pendiente de cumplimiento por ambas partes, y somete su operatividad a que resulte *necesario o conveniente para el interés del concurso*. Es cierto que la jurisprudencia ha considerado que, con arreglo a la LC, las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso –o por incumplimiento– son únicamente las recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. No obstante, el texto proyectado parece que quiere buscar la congruencia con la previsión relativa al arrendamiento financiero que se contiene en el último inciso del art. 61.2 LC, y ahora en el último inciso del art. 165.3 PTR, por cuanto en él se estarían considerando los contratos de *leasing* como contratos con obligaciones recíprocas cumplidos íntegramente por el arrendador y pendientes de cumplimiento por el arrendatario. Por otra parte, al requisito de la conveniencia se une en el texto proyectado, y con carácter alternativo, el de la necesidad para el interés del concurso, lo que, dada la mayor intensidad de este, y atendidos los términos disyuntivos con que se expresa el precepto, no contraviene el marco de la autorización.



**SEXAGÉSIMOSEXTA.-** Respecto de la rehabilitación de los contratos (arts. 166, 167 y 168 PTR), el Proyecto, pese a la interpretación estricta a que están sujetas las disposiciones relativas a la rehabilitación, ha optado por extender el ámbito de actuación de esta a todos los contratos de financiación, si bien siempre limitados a los supuestos de vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso. Esta ampliación, no obstante, es coherente con el mantenimiento de la actividad empresarial y profesional del concursado, en la medida en que los contratos de financiación, en cualquier forma, pueden servir de instrumento para la consecución de dicha finalidad.

**SEXAGÉSIMOSEPTIMA.-** El segundo apartado del art. 197 dispone que *«[C]ualquier interesado podrá impugnar la integración del saldo en la masa activa»*, con lo que se deja fuera, sin la oportuna justificación -sobre todo desde la perspectiva de la defensa de los acreedores-, la decisión de la administración concursal por virtud de la cual, aceptando el planteamiento del cotitular, deje fuera el saldo de la cuenta. De este modo se limita el objeto de la impugnación, que en la LC tiene un contenido más amplio.

**SEXAGÉSIMOCTAVA.-** Se sugiere que la regulación del inventario venga precedida de la reducción de la masa, en la medida en que responde a la lógica de la ordenación de las actividades para determinar la composición de la masa activa y, por ende, del inventario de bienes y derechos que la componen.

**SEXAGÉSIMONOVENA.-** El art. 198.3 PTR mantiene el tenor del art. 82.5 LC, que dispone que los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado. La excepción se recoge, ahora de forma expresa como tal, en el último inciso del art. 198.3 PTR.

De este modo se mantienen las dudas que el art. 82.5 LC, introducido por la reforma de 2011, había suscitado respecto de la conciliación del derecho de separación que parece articular, sobre la base de que el bien objeto del arrendamiento financiero corresponde al arrendador financiero y no al financiado, y del privilegio especial que se reconoce ex art. 90.1 4º LC, y ahora, en el art. 270.4º PTR; pues si es procedente la separación por razón de la propiedad del bien, puede resultar difícil considerar al arrendador financiero titular de un crédito concursal con privilegio especial sobre el valor del bien financiado, sin perjuicio de la posibilidad de promover la



ejecución individual del crédito cuando el bien no fuese necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, y en todo caso desde la aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o desde que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

En este caso, el prelegislador ha renunciado a agotar su función armonizadora y aclaratoria, pudiendo hacerlo, seguramente de un modo más adecuado superando aquellas posiciones doctrinales que reconocen al arrendador financiero tanto la facultad de separación como del ejercicio del privilegio especial, para alinearse en torno a aquellas que, desde la consideración jurisprudencial del contrato de leasing como un contrato distinto del arrendamiento de bienes y de un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para las dos partes, consideran el arrendamiento financiero como un contrato que, en consonancia con el carácter estrictamente financiero que posee, solo genera obligaciones para el cliente financiado. En todo caso, si se reconoce un derecho de crédito con privilegio especial sobre el valor del bien financiado, el bien y su valor deberán reflejarse en el inventario.

**SEPTUAGÉSIMA.-** También con relación al inventario se observa que el art. 200 PTR, que se refiere a las unidades productivas, dando una definición de las mismas, determina que si en la masa activa existiesen uno o varios establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios, se describirán como anejo del inventario, con expresión de los bienes y derechos de la masa activa que las integren.

La inclusión de la definición de unidad productiva no merece reproche alguno desde la función aclaratoria e integradora consustancial a la autorización del legislador, tanto más cuando responde a los criterios amplios conforme a los cuales se define por la ciencia económica y la doctrina jurídica, y cuando responde también a la diversidad de soluciones al concurso, ya la liquidación singular de los bienes, ya la liquidación en bloque de las unidades productivas, ya la continuidad de la empresa en el marco de un convenio.

De esta diversidad de soluciones posibles se hizo eco el legislador en la reforma operada por la Ley 9/2015, en la cual se incluyó, en relación con los documentos que han de acompañar el informe de los administradores (art. 75.2.5º LC), la "[v]aloración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación"; precepto este que en el texto proyectado se ha



trasladado, con un contenido prácticamente idéntico, al art. 293.3, también en relación con los documentos que han de acompañar como anejos al informe.

Se ha de incidir, ante esta dualidad normativa, en la necesidad de armonizar adecuadamente las disposiciones, situando en sede de inventario la descripción de las unidades productivas y de los elementos que las componen, y su valoración, tanto en conjunto como diferenciada de los elementos integradores, y tanto bajo la hipótesis de continuidad como de liquidación; ello, sin perjuicio de la conveniencia de que dicha valoración figure como anexo entre la documentación que ha de acompañar el informe de la administración concursal.

**SEPTUAGÉSIMOPRIMERA.-** El texto proyectado no ayuda a despejar las dudas suscitadas en torno a la posibilidad de modificar el inventario, ya mediante la inclusión de otros bienes o derechos, ya mediante la separación de los que no deban integrar la masa activa, incluso transcurrido el plazo para la impugnación del inventario. Respecto de la posibilidad de inclusión de bienes y derechos en el marco de las acciones de reintegración, la STS, Sala Primera, de 28 de septiembre de 2010, ofrece una respuesta afirmativa, y respecto de la separación, incluso después de la finalización del plazo para la impugnación del inventario, el criterio mayoritario de los tribunales parece avalar esa posibilidad. No obstante, el proyectado art. 299, dentro del capítulo relativo a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores –y dentro, a su vez, del título VI relativo al informe de la administración concursal-, al tratar sobre las consecuencias de la falta de impugnación, establece, en línea con lo dispuesto en el art. 97.1 LC, que «*[Q]uienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores acompañados en el informe de la administración concursal no podrán plantear pretensiones de modificación de estos documentos, aunque podrán recurrir en apelación las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones*»; previsión esta que, como se ve, no facilita una interpretación favorable a admitir la modificación del inventario después de finalizado el plazo para la impugnación del mismo.

**SEPTUAGÉSIMOSEGUNDA.-** El art. 204, que enuncia el principio de conservación de la masa, reformula la regla del art. 43.1 LC, y atribuye el deber de conservación *del modo más conveniente para el interés del concurso* a la administración concursal, cuando el art. 43.1 no desvincula de dicho deber a otros sujetos que participan en el interés del concurso, como el propio deudor, cuando conserva las facultades de administración sometidas a intervención, o el juez del concurso. Esta involucración del deudor en el interés del concurso es si cabe todavía más evidente en las



personas jurídicas concursadas, en las que el interés de los socios se ve sustituido por el interés del concurso al que han de guiar su actuación los administradores sociales. Se sugiere, por tanto, que el prelegislador revise la reformulación del principio de modo que se ajuste convenientemente a la norma objeto de refundición.

**SEPTUAGÉSIMOTERCERA.-** Se sugiere trasladar la regla contenida en el art. 208 PTR, relativa a la prohibición a los administradores concursales de adquirir bienes y derechos de la masa activa y las consecuencias de la infracción de la prohibición, al conjunto de las normas que regulan las obligaciones de la administración concursal y las consecuencias de su incumplimiento.

**SEPTUAGÉSIMOCUARTA.-** Pudiera resultar oportuno, en ejercicio de la función de aclaración e integración que habilita el marco de la autorización, contemplar la situación de la enajenación de los bienes o derechos sobre los que recae la garantía cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor o hipotecante no deudor, supuestos estos en los que el concursado no es deudor y el beneficiario de la garantía no se integra en la masa pasiva, puesto que no es acreedor del concursado. En tales casos, puesto que la masa activa se rige por el principio de universalidad (arts. 76 LC y 192 PTR), y la liquidación concursal es universal, el bien o derecho afecto, por más que se trate de un bien o derecho del concursado en garantía de una deuda ajena, ha de ser liquidado en el concurso, y la vía adecuada para su realización habrá de ser con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor.

**SEPTUAGÉSIMOQUINTA.-** Respecto de la sucesión de empresa, los arts. 221.2 y 224.1 PTR aclaran que la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar los efectos de la sucesión sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva, corresponde en exclusiva al juez del concurso. De este modo, se integra una laguna que en algún caso ha dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el orden social, y respecto de la cual el prelegislador ha considerado oportuno colmarla atendiendo, además a las reglas de competencia generales del juez del concurso (art. 86 ter LOPJ y art. 8 LC, y 44, 52 y 53 PTR), a la razón de la regla jurídica que contiene y a la función a la que responde, que se enmarca en el conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación y enajenación de los elementos que componen la masa activa del concurso y de determinación de las condiciones de realización de dichos elementos en el mejor interés del concurso, teniendo en cuenta, por lo demás, la incidencia de la decisión que se adopte en los créditos relacionados con la sucesión empresarial, ya



concursoales, ya contra la masa. Conforme a estos argumentos, cabe sostener que le corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de los efectos de la transmisión de unidades productivas, y de ese modo concretar hasta dónde alcanza el efecto de la sucesión. No puede olvidarse, por otra parte, que el art. 57 bis de Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que *«[E]n caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal.»*

Sin soslayar algunos pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en contra, la integración que lleva a cabo el texto proyectado se muestra coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en punto a la transmisión de unidades productivas empresariales y para fijar el alcance de la misma, y se muestra coherente también con las previsiones del art. 57 ET, por lo que se encuentra justificada por la función armonizadora ínsita en la labor de refundición.

**SEPTUAGÉSIMOSEXTA.-** En relación con la cuestión relativa al alcance subjetivo de la sucesión de empresa, en los casos de enajenaciones de unidades productivas, y en particular si se extiende a todos los trabajadores de la empresa concursada o únicamente a los trabajadores incluidos en la unidad productiva, cuestión sobre la que se han dado discrepancias en los tribunales mercantiles, parece que el tenor del art. 224.1.3º PTR –que comienza: *«[C]uando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva [...]»*– se decanta por acotar el alcance de la sucesión a los créditos laborales y de seguridad social referidos a los trabajadores incluidos en la unidad productiva objeto de transmisión. No obstante, convendría que el texto proyectado aclarara esta cuestión de modo más terminante, en evitación de futuras y eventuales diferencias interpretativas y de aplicación de la norma.

**SEPTUAGÉSIMOSEPTIMA.-** La amplitud de supuestos contemplados y de respuestas ofrecidas por la jurisprudencia pone de manifiesto la dificultad de precisar normativamente, en el marco de la función aclaratoria propia de la autorización, el concepto de perjuicio para la masa, a los efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, aunque lo deseable hubiera sido ofrecer desde la propia norma pautas interpretativas extraídas de la jurisprudencia que ayudasen a concretar su existencia, lo que redundaría en beneficio de la previsibilidad y uniformidad de la respuesta judicial, y, en suma, de la seguridad jurídica.



**SEPTUAGÉSIMOCTAVA.-** Respecto de la legitimación en el ejercicio de las acciones de reintegración, cabe sugerir que el apartado tercero del art. 233, relativo a la legitimación pasiva, y que dispone «*[L]as demandas presentadas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal*», se traslade al artículo anterior, relativo a la legitimación subsidiaria de los acreedores, por ser el lugar más idóneo para su ubicación, en consonancia con su contenido.

Por otra parte, el texto proyectado aclara algo que la ley vigente no dice, pero que se debe encontrar implícito en el carácter de la legitimación – principal- de la administración concursal y la subsidiaria de los acreedores, así como en el sistema procesal de la acumulación de procesos: que el transcurso del plazo de dos meses que abre la legitimación subsidiaria de los acreedores no excluye la legitimación de la administración concursal; si bien, si ya hubiese sido ejercitada por los acreedores, se acumularán de oficio las de la administración concursal (art. 232.2 in fine).

**SEPTUAGÉSIMONOVENA.-** La regulación de la separación, dentro de la reducción de la masa activa, no introduce variaciones a lo dispuesto en el art. 80 LC, y con ello incide en los defectos que, con relación a ella, han sido puestos de relieve por la doctrina. Las sugerencias que, al hilo de ellos, cabe hacer al prelegislador son las siguientes: i) incluir, en el apartado primero del art. 239, como objeto de la separación no solo los bienes de propiedad ajena, sino también los derechos, en correlación con lo que se dispone en el art. 81.1 LC, y en el art. 240.1 del texto proyectado; ii) tener en cuenta que en ocasiones, y en particular en los casos en los que el concursado tiene el derecho de uso, garantía y retención, la finalidad de la separación no es la entrega del bien a su titular, sino la declaración de titularidad, con la correspondiente incidencia en el inventario de la masa activa y en esta misma; y iii) corregir la errónea referencia al "*incidente de rescisión*" que se contiene en el apartado tercero del proyectado art. 239, pues en modo alguno se trata del ejercicio de acciones rescisorias.

Al mismo tiempo, es oportuno advertir que el titular del bien o derecho sobre el que se lleva a cabo la reducción de la masa no siempre es el propietario o titular, sino que puede serlo el titular de un derecho de restitución de naturaleza obligacional o real, como un arrendador o un depositante; y que los bienes y derechos pueden encontrarse en poder de un tercero obligado a entregarlos al deudor, en cuyo caso la separación tiene por objeto no incluir en el inventario la titularidad plena del bien o derecho a favor del deudor.



Por último, y en conexión con los casos de imposibilidad de separación, cabe advertir también que, además de las soluciones que se articulan en los casos de enajenación por el deudor del bien o derecho a un tercero de quien no se pueda reivindicar – a saber, optar entre exigir la cesión del derecho a reclamar el precio pendiente de satisfacer por el tercero o comunicar en el concurso el crédito por el valor del bien o derecho al ser enajenado o el que tuviesen en un momento posterior, a su elección-, la separación puede consistir eventualmente en la subrogación en el derecho del deudor a reclamar la recuperación del bien que está en poder de un tercero obligado a entregarlo al deudor, y que se niega a entregarlo.

**OCTOGÉSIMA.-** El art. 144 PTR contiene la importante precisión de que «*[E]l dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiere dado lugar a la misma cualquiera que fuera la clasificación de ese crédito, y el sobrante se integrará en la masa activa*»; con lo que se viene a dejar claro el alcance del privilegio de ejecución separada y de cobro con el dinero obtenido en ella, e implícitamente se deja también claro que en ese procedimiento de ejecución extraconcursal no pueden hacerse valer reglas de prelación distintas de las concursales.

**OCTOGÉSIMOPRIMERA.-** El proyectado art. 248, intitulado “*Ejecuciones relativas a créditos contra la masa*”, se hace eco de la interpretación jurisprudencial de los arts. 55.1 y 84.4 LC al disponer «*1. Las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa solo podrán iniciarse si se hubiera aprobado el convenio. 2. La prohibición de iniciar ejecuciones no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones por razón de la falta de pago a su vencimiento del crédito contra la masa*”. Con todo, cabría dudar acerca de si, tal y como aparece redactado el precepto, refleja adecuadamente la exégesis jurisprudencial que lo ha motivado, pues la referencia a la aprobación del convenio, en términos condicionales, puede desdibujar la *ratio* de la interpretación correctora de la norma, que reside, en suma, en la improcedencia de la ejecución de los créditos contra la masa mientras se mantengan los efectos del concurso y en la necesidad de someter su reclamación a las reglas de satisfacción de los créditos dentro del marco de la liquidación concursal.

**OCTOGÉSIMOSEGUNDA.-** El art. 247 PTR dispone que las acciones relativas al reconocimiento o falta de reconocimiento por parte de la



administración concursal de los créditos contra la masa, cualquiera que sea el momento en que se hayan generado, y las de reclamación del pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso, y el art. 248.1 establece que las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa solo podrán iniciarse si se hubiera aprobado el convenio; preceptos que parecen no conciliar bien con el criterio jurisprudencial conforme al cual la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso decae tras la aprobación del convenio (cfr. STS de 3 de mayo de 2017, cit.).

**OCTOGÉSIMOTERCERA.**- Los arts. 249 y 250 contienen las especialidades en caso de insuficiencia de la masa activa, que se corresponden con el art. 176 bis LC, relativo a las especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa. La regla recoge con claridad el criterio interpretativo fijado por la jurisprudencia respecto del momento en que habrán de operar las reglas de prelación –a partir del momento en que la administración concursal comunica expresamente la insuficiencia de la masa activa, y afectan a los créditos vencidos antes de la comunicación y que puedan vencer con posterioridad a ella-.

**OCTOGÉSIMOCUARTA.**- El texto proyectado –que debe ser coherente con la futura existencia y efectividad de la cuenta de garantía arancelaria-, si bien permite articular la retribución de la administración concursal como crédito prededucible previa justificación de su carácter *imprescindible* para concluir la liquidación, y aunque, fuera de esos casos, sitúa los créditos por la retribución de la administración concursal durante la fase común y de convenio junto con los demás créditos contra la masa (es decir, en el último lugar del orden de prelación), no hace lo mismo con los créditos por las retribuciones de la administración concursal durante la fase de liquidación, sino que los asimila a los créditos por costas y gastos judiciales del concurso, lo que no se compadece bien con el criterio jurisprudencial. Sin menoscabo de la posible justificación de la propuesta ofrecida por el prelegislador, en un planteamiento distinto del propio de la labor de refundición que tiene encomendada, la integración de la norma, a partir del tenor del art. 176 bis 2 LC, respetuosa con el marco de la autorización concedida, y respetuosa también con el criterio interpretativo fijado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, conduciría a reconsiderar en este punto el contenido normativo propuesto.



**OCTOGÉSIMOQUINTA.-** El art. 255 PTR reza “*Deber de comunicación de créditos*”, y preceptúa que «*[D]entro del plazo señalado en el auto de declaración de concurso, los acreedores del concursado anteriores a la fecha de esa declaración tienen el deber de comunicar a la administración concursal la existencia de sus créditos*», mientras que el art. 85 LC, con el que se corresponde, establece solamente que «*[l]os acreedores del concursado comunicarán [...]*». La caracterización de una carga, como es la de comunicar los créditos, con las consecuencias de la no comunicación oportuna, como un deber, no aparece suficientemente explicada. La carga de la comunicación de créditos se configura en el propio interés del acreedor, cuya inobservancia le depara una desventaja en el concurso, pero, salvo en el caso de las Administraciones públicas, no parece que deba considerarse como un deber legal, que se identifica con el beneficio o el interés del concurso.

**OCTOGÉSIMOSEXTA.-** En el art. 260, relativo al reconocimiento forzoso de créditos, se ha perdido la oportunidad de aclarar el alcance de ese reconocimiento forzoso. Este, en rigor, no dispensa de la carga de comunicar el crédito, sino que revela de la necesidad de acreditar su existencia; y ante la falta de reconocimiento por la administración concursal el acreedor concernido ha de promover la impugnación, de manera que impugnada con éxito su falta de reconocimiento, no soportará las consecuencias de la eventual falta de comunicación.

**OCTOGÉSIMOSEPTIMA.-** El Proyecto identifica la comunicación extemporánea (art. 268) con la comunicación tardía de los créditos, y esta identificación no permite diferenciar con claridad los distintos supuestos que pueden darse y sus consecuencias. La comunicación de los créditos ha de hacerse dentro del plazo establecido en el auto de declaración de concurso (art. 225 PTR, que se corresponde con el art. 85 LC), a saber, un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado (art. 28.1.5º PTR, que se corresponde con el art. 21 LC). Pero la posibilidad de comunicar créditos se extiende hasta la presentación de la lista definitiva de acreedores (art. 268.1 PTR, que se corresponde con el art. 96 bis.1 LC). Más allá de ese momento, la comunicación será extemporánea, es decir, inoportuna, impropia del tiempo en que sucede o se hace, y su consecuencia será la de la exclusión del crédito extemporáneamente comunicado y su sujeción al régimen de los créditos no concurrentes (salvo los casos de los arts. 308 y 309 PTR). Por el contrario, la comunicación tardía del crédito permite su reconocimiento en el concurso, generalmente como crédito subordinado (arts. 268.2 y 281.1º PTR).



Parece, con todo, que el Proyecto, al establecer que estos créditos comunicados una vez concluido el plazo de presentación y antes de la presentación de la lista definitiva «[s]erán reconocidos o excluidos por la administración concursal conforme a las reglas generales establecidas para el reconocimiento o la exclusión», y que, «[s]i los créditos objeto de la comunicación extemporánea fueren reconocidos, se clasificarán como créditos subordinados», tiene presente la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acerca de los problemas de la comunicación -tardía- de créditos y su reconocimiento, y su vinculación con las modificaciones e impugnaciones del informe de la administración concursal, conforme a la cual cabe entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes.

**OCTOGÉSIMOCTAVA.-** El art. 269 PTR se corresponde con el art. 89.1 LC, y en su apartado segundo *in fine* se recoge el llamado principio de tipicidad de los privilegios: «[E]n el concurso no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley». El precepto reproduce en su literalidad su homólogo del art. 89.2 *in fine*, y de ese modo se desaprovecha la oportunidad de corregir el defecto apreciado en su formulación, cual es la referencia a “esta ley”, cuando no solo en la LC se establecen las reglas de clasificación y prelación de créditos, y cuando con esta fórmula se vincula al legislador futuro al contenido del texto proyectado, defecto que se soslayaría con el empleo de la expresión más genérica “en la ley”.

**OCTOGÉSIMONOVENA.-** El art. 271.2 PTR, relativo a los requisitos del privilegio especial referidos a la prenda sobre créditos futuros, mantiene el tenor del vigente art. 90.1.6º II LC, y por tanto los mismos requisitos para el reconocimiento del privilegio especial, a saber: que antes de la declaración del concurso i) los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración; y ii) que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente.

Sobre este particular, y sin salirse del marco de la autorización, se ha de tener presente la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, siempre referida a prendas comunes no inscritas, conforme a la cual los créditos garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivan de



contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan la clasificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración del concurso. Por el contrario, no son resistentes al concurso las prendas sobre créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aun cuando se declaró el concurso (cfr. STS de 13 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:845). Consiguientemente las limitaciones indicadas han de referirse exclusivamente a las prendas "comunes" sobre créditos futuros por cuanto en lo relativo a la extensión objetiva de las garantías bajo prenda sin desplazamiento inscritas deberá estarse a lo previsto en la legislación especial.

**NONAGÉSIMA.-** Los arts. 272 a 275 PTR, incluidos, relativos al límite del privilegio especial y la determinación del valor razonable, refunden, reordenándolos los arts. 90.3 y 94.4 LC. En este punto ha de incidirse en la necesidad de que el texto proyectado aclare que la determinación del límite del privilegio especial a través de la determinación del valor razonable del bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía y las deducciones –la necesaria del 10 por ciento y las contingentes de las garantías preferentes- lo es solo y exclusivamente para calcular la posición de los acreedores a efectos del convenio y, en su caso, de los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pago, pues la finalidad perseguida por el legislador al introducir esta regla –explicitada en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y en el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal- no es sino facilitar que se alcancen convenios o acuerdos de refinanciación al extender los créditos que resultarán afectados, es decir, al reducir los créditos con privilegio especial o, en algunos casos, excluirlos de esa consideración. Esta concreción del alcance de la regla se pone de manifiesto cuando el art. 405 PTR permite al acreedor con privilegio especial hacerse pago con lo obtenido hasta el límite de la "*deuda originaria*" (y lo mismo, el art. 429.3 PTR).

**NONAGÉSIMOPRIMERA.-** El art. 286, al establecer el contenido de la lista de acreedores, se refiere a la "clasificación jurídica" de los créditos, en tanto que el art. 94.2 LC alude a la "calificación jurídica". La diferencia no es inane, si no obedece a un mero error, pues en el primer caso se hace alusión a la clase del crédito, es decir, a la pertenencia a una de las



categorías establecidas en la ley y a la ordenación que lleva aparejada, y en otro a la naturaleza del crédito. Convendría que el precepto proyectado se atuviera a la redacción del art. 94.2 LC, al no haber justificación para la variación introducida.

Por otra parte, el Proyecto no hace referencia, al determinar el contenido de la lista, a la expresión del valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial (art. 94.5 LC), sin que tampoco esa omisión esté suficientemente explicada.

**NONAGÉSIMASEGUNDA.-** Si desde el punto de vista sistemático puede resultar un acierto incorporar bajo un mismo Título la regulación del informe de los administradores, el régimen de impugnaciones y la confección de la lista definitiva de acreedores, se observan sin embargo ciertas disfunciones originadas, principalmente, por incluir dentro del mismo aspectos que no se refieren propiamente al informe, sino a los documentos anejos al mismo, el inventario de la masa activa y la lista de acreedores, que tiene su regulación en otros lugares del texto proyectado; lo que en ocasiones da lugar a innecesarias reiteraciones, como sucede en el art. 293.1.1º, al referirse a la relación de los litigios en tramitación y de las acciones de reintegración a ejercitar, que ha de acompañar al inventario, cuando esta relación complementaria ya se prevé en el art. 202 PTR, y en el ordinal segundo de ese mismo artículo y apartado, al referirse a la relación de los créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago, con expresión de los respectivos vencimientos, que ha de acompañar a la lista de acreedores, cuando esta previsión ya se contiene en el art. 288.

**NONAGÉSIMATERCERA.-** El art. 289 PTR, relativo a la comunicación de los acreedores del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, reformula el art. 95.1 LC, siendo significativo que ahora refiera las comunicaciones a aquellos de los que la administración concursal *tenga* su dirección electrónica, lo que evita cualquier duda interpretativa anudada a la *constancia* de la dirección electrónica a la que se refiere el art. 95.1 LC; lo cual, sin embargo, no se traslada, como sería deseable, al art. 294.2, donde se sigue aludiendo a la *constancia* de la dirección electrónica.

Ha de tenerse presente, no obstante, que la comunicación se dirigirá «al concursado y a aquellos que hubiesen comunicado sus créditos», apreciándose una falta de correspondencia con el enunciado del precepto, que se refiere únicamente a los acreedores.



**NONAGÉSIMOCUARTA.-** En el art. 299.2, *in fine*, debería sustituirse el término “presentadas” por el de “recibidas”; y en el art. 293.2, al referirse a la valoración de la empresa y de sus unidades productivas, es más conveniente, por expresar mejor e inequívocamente el significado del precepto, mantener la expresión “*bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación*”, que utiliza el art. 752.5º LC, en vez de “*tanto en caso de continuidad de las actividades como de liquidación*” que emplea el texto proyectado, y que puede conducir a considerar dicha mención referida al estado en que se encuentre el concurso, y no a los escenarios a los que debe proyectarse la valoración.

**NONAGÉSIMOQUINTA.-** La aclaración introducida en el art. 299 del Proyecto, relativo a las consecuencias de la falta de impugnación del inventario y la lista de acreedores, y que se corresponde con el art. 97.1 LC, precisando que la vía de recurso de que dispone quien no ha impugnado en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores frente a las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones es a través del recurso de apelación, constituye una indicación oportuna toda vez que el vigente art. 97.1 no lo especifica. Como mejora técnica, sería conveniente corregir la dicción del precepto vigente, pues la expresión “*otras impugnaciones*” no es coherente con la legitimación para recurrir que se atribuye a quien no ha impugnado. Más adecuado sería decir que este podrá recurrir en apelación las modificaciones introducidas por el juez al resolver *las impugnaciones de otros legitimados*.

**NONAGÉSIMOSEXTA.-** Con relación al art. 302 PTR cabe hacer dos observaciones. La primera, que es oportuna la aclaración de que la extinción de las garantías se refiere a las constituidas *sobre bienes y derechos de la masa activa* titularidad del acreedor especialmente relacionado con el deudor que no haya impugnado la clasificación del crédito del que es titular (como subordinado, se ha de entender), precisando así el alcance de la cancelación ordenada judicialmente. Y la segunda, que la manera de designar al sujeto a quien viene referido el supuesto previsto en el precepto no es del todo adecuada, pues, aunque el acreedor calificado como especialmente relacionado con el deudor verá incluido su crédito o sus créditos como subordinados –como resultado de esa relación, y ex arts. 92.5 LC y 281.1.5º PTR-, el titular de un crédito clasificado como subordinado no ha de ser siempre y en todo caso un acreedor especialmente relacionado con el deudor, sino que puede serlo por razón de concurrir otros supuestos distintos de entre los previstos



legalmente a los que se anuda esa consecuencia. Se sugiere, en consecuencia, que el precepto proyectado respete la literalidad del artículo objeto de refundición.

**NONAGÉSIMOSEPTIMA.-** La ubicación de los preceptos de naturaleza procesal relativos a la finalización de la fase común vinculados al informe de la administración concursal no parece la más adecuada, siendo preferible situar los preceptos relativos a la finalización de la fase común y a la apertura de la fase de convenio después del capítulo relativo a la modificación de la lista definitiva de acreedores, y antes del Título referido al convenio.

**NONAGÉSIMOCTAVA.-** Es significativa, no obstante, la ampliación de los supuestos en los que procede la modificación de la lista definitiva de acreedores. El art. 308 PTR, que procede del art. 97.3 LC, por un lado parece querer agotar la enumeración de los casos en que cabrá la modificación, suprimiendo la cláusula que sirve de cierre en el art. 97.3 LC –*“además de en los demás supuestos previstos en esta ley”*– , y por otro introduce dos supuestos no contemplados expresamente en este artículo de la LC, a saber: *«1º. Cuando se estimen los recursos interpuestos contra las resoluciones del juez de concurso en los incidentes de impugnación de la lista de acreedores»*; y *«3º. Cuando se dicten resoluciones judiciales en el concurso de las que resulte la existencia, la modificación del importe o de la clase del crédito o la extinción de un crédito concursal»*.

Sin duda la intención del prelegislador ha sido explicitar e incorporar a la relación de supuestos contemplados en el art. 97.3 LC aquellos otros que derivaban directamente de otros preceptos de la ley, y que vienen impuestos por la práctica. En tal sentido, ninguna objeción cabe hacer a la propuesta, más allá de las observaciones que a continuación se harán. La primera de ellas se refiere a la oportunidad de la supresión de la cláusula de cierre, pues todavía se dan otros casos en los que eventualmente cabe la modificación de la lista definitiva distintos de los enumerados en el art. 308 PTR (como el de reapertura del concurso). Y la segunda versa sobre la conveniencia, o más bien necesidad, de coordinar el ordinal tercero y el ordinal sexto del precepto, y estos con el proyectado art. 311, en el particular relativo a la firmeza de las resoluciones.

**NONAGÉSIMONOVENA.-** El proyectado art. 396 introduce la precisión, respecto de su homólogo en la LC, de que la vinculación al convenio de los



acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos de estas clases que fueren anteriores a la declaración de concurso se producirá *"aunque no se hubieran adherido a la propuesta de convenio o votado a favor de ella"*, manteniéndose la vinculación en los casos de no reconocimiento del crédito "por cualquier causa". Es una precisión sirve, una vez más, para explicitar lo que se encontraba implícito en el art. 134.1 LC, que extiende la eficacia del convenio a los acreedores ordinarios y subordinados titulares de créditos anteriores a la declaración de concurso, tanto los concurrentes como los no concurrentes, y con independencia de la posición de aquellos respecto del convenio. Pero sería conveniente que el texto aclarara el régimen de los acreedores privilegiados no concurrentes, explicitando también la eventual vinculación al convenio por efecto de la regla de arrastre contenida en el art. 397.2 PTR, y cuando, concluido el concurso, pretendan reclamar su crédito.

**CENTÉSIMA-** El art. 397 PTR regula la extensión del convenio a los créditos privilegiados. Su apartado primero reformula el art. 134.3 LC, mejorando su redacción y contemplando de forma expresa la salvedad consistente en la revocación de las adhesiones –en los términos previstos en los arts. 358 y 375.3 PTR-, como también hace el art. 399.1 PTR al establecer los efectos del convenio sobre los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el concursado, sus fiadores y avalistas. Sería conveniente, empero, que dentro de esa salvedad se contemplara también la revocación de las propuestas, tal y como autoriza el art. 370.2 PTR, que se corresponde con el art. 121.4 LC (*«[L]os acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella»*).

**CENTÉSIMOPRIMERA.-** El prelegislador, al mantener el contenido de los arts. 94.2 y 134.3 LC, ha dejado pasar la oportunidad de despejar las dudas que se ciernen sobre ellos y de clarificar el sistema de arrastre por clases de los créditos privilegiados, estando en disposición de hacerlo, pues tal aclaración entra dentro de las funciones propias de la labor refundidora.

**CENTÉSIMOSEGUNDA.-** En lo relativo a los efectos de la declaración de incumplimiento, el art. 404.2, que se refiere a *"los actos"*, tiene mayor amplitud que el art. 439, que se refiere a *"los pagos"* realizados en cumplimiento –parcial- del convenio; en lo que tienen cabida los casos de apertura de la liquidación como consecuencia de la nulidad del convenio



(arts. 143.1.4º LC y 409.1.4º PTR), o por haberlo pedido el concursado al conocer la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio (arts. 142.2 LC y 407.1 PTR). La convivencia de los arts. 404.2 y 439.1 PTR deja, no obstante, sin aclarar la eficacia de los actos, que no sean pagos, efectuados en cumplimiento de un convenio en caso de liquidación posterior al convenio sin declaración de incumplimiento.

**CENTÉSIMOTERCERA.-** Pudiera ser oportuno, sin forzar el marco de la autorización, valorar la conveniencia de regular el ejercicio de acciones rescisorias desde la aprobación del convenio hasta la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, integrando el texto proyectado con base en el criterio mantenido en la STS, Sala Primera, de 23 de marzo de 2017.

**CENTÉSIMOCUARTA.-** Es relevante la estructuración sistemática de las reglas de liquidación, que se abre con el art. 415 PTR, en el que se enuncia la prelación de las reglas a las que habrá de sujetarse, y su carácter dispositivo o imperativo.

La articulación de esta norma definitoria de la prelación de las reglas de liquidación y de su naturaleza, dispositiva o imperativa, no extravasa el marco de la autorización legislativa, y se ciñe a articular normativamente criterios asentados en la práctica de los tribunales y a explicitar las reglas, su prioridad y carácter, implícitamente contenidas en el articulado de la LC.

No obstante lo anterior, algunas observaciones al respecto, y con relación al conjunto de las reglas recogidas en el capítulo III de este Título VIII

En primer lugar, debería precisarse si el carácter imperativo de las reglas sobre la realización de bienes o derechos afectos a privilegio especial y sobre la enajenación de unidades productivas o del conjunto de la empresa alcanza también al modo de realización, o si por el contrario, han de prevalecer las previsiones del plan de liquidación al respecto, habida cuenta del tenor del art. 420 PTR, que remite a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio *en defecto de las previsiones del plan de liquidación*.

En segundo lugar, se observa que tanto el art. 417.1, que contiene los criterios legales de elaboración del plan de liquidación, como el art. 419.1, que regula la aprobación por el juez del plan de liquidación, incluyen como criterio para la elaboración y para la aprobación, además del interés del concurso, *"la más rápida satisfacción de los acreedores"*. Acaso este criterio,



que prima la celeridad en la satisfacción de los créditos, pudiera ceder ante el de la *"mejor satisfacción de los acreedores"*, en el entendido de que la rapidez no siempre ha de ser sinónimo de mejor interés de los acreedores, siguiendo la línea del *«best interes of creditors test»* o *«test de liquidación»* establecido para solucionar problemas de acción colectiva en situaciones de insolvencia y para garantizar que la solución convenida, ya convenio concursal, ya acuerdo de refinanciación, ya, en fin acuerdo extrajudicial de pagos, proporcione a los acreedores disidentes, al menos, la misma tasa de recuperación de sus créditos que las que les correspondería en la liquidación concursal.

Y en tercer lugar, es relevante la referencia que hace el art. 419.2 PTR, al regular la aprobación del plan de liquidación, a que *«[L]a aprobación del plan tendrá valor de autorización para enajenar los bienes o derechos afectos a crédito con privilegio especial o para darlos en pago o para pago o de autorización para enajenar las unidades productivas cuando así conste expresamente en el propio plan aprobado»*. Ante tal enunciado, surge la duda, alentada por el criterio mantenido en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de octubre de 2015, acerca de si la aprobación del plan constituye, no solo un auto de autorización para enajenar –o para la dación en o para pago-, sino un auto que opera la adjudicación y, por tanto, que sirve de título y modo para la transmisión del dominio sobre los bienes o derechos afectos o las unidades productivas.

**CENTÉSIMOQUINTA.**- El Título IX (arts. 428 a 440) reproduce, en lo esencial, acaso con mejoras en su redacción, los preceptos de la LC relativos al pago a los acreedores.

Son dos las observaciones que cabe hacer sobre este conjunto normativo. La primera viene referida a la necesidad de evitar la duplicidad que parece darse en los arts. 424 y 425, relativos a la consignación preventiva, de un lado, y el art. 436, referido a las cantidades a consignar en la cuenta del juzgado, de otro.

Y la segunda viene de la mano de la conveniencia de aclarar la regla contenida en el art. 429.3 PTR –ya anticipada en el art. 213 PTR, y que se corresponde con el art. 155.5 LC-, conforme a la cual, *«[E]l importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda»*. Cuya recta inteligencia pasa por entender que la limitación del privilegio al valor de la



garantía solo opera en materia de derechos políticos, a saber, el derecho de voto o adhesión al convenio. Y, al mismo tiempo, por considerar que la regla se aplica a todos los casos de enajenación o realización individualizada del bien –y por el contrario, no se aplica cuando no hay realización, o no hay realización individualizada, y donde no rige la regla de prudencia-, ya en la ejecución colectiva dentro del concurso, ya en ejecución separada fuera del mismo, cuando procede.

**CENTÉSIMOSEXTA.-** En cuanto al contenido de la MAIN relativo al título X del Libro I, se sugiere la corrección del error material que se observa en la cita del Libro II efectuada en el párrafo primero de la página 59 de la Memoria.

**CENTÉSIMOSEPTIMA.-** En relación con la justificación de las aclaraciones respecto de la apertura extraordinaria de la sección de calificación, se sugiere la revisión, en la página 60 de la MAIN, de la cita de los artículos de la vigente Ley Concursal.

**CENTÉSIMOCTAVA.-** El artículo 445 TR, si bien mantiene la rúbrica de "*[f]ormación de la sección sexta*" del vigente art. 167 LC, introduce en su apartado 2 una modificación sustancial en relación con el mismo, toda vez que al sustituir la conjunción disyuntiva "o" por la conjunción copulativa "y", pasa a exigir, cumulativamente, la concurrencia de los dos requisitos a que se refiere el citado precepto, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos y una espera inferior a tres años, si bien, dicha modificación podría entenderse derivada del pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal, recogido en la reciente sentencia de 31 de enero de 2019, dictada en el recurso nº 1154/2016, (ECLI:ES:TS:2019:166).

**CENTÉSIMONOVENA.-** En el artículo 453 TR, "*[c]ontenido del informe y del dictamen*", en tanto supone la adaptación al régimen especial en caso de incumplimiento del convenio, de lo dispuesto en los artículos 447 y 448 TR, se sugiere la valoración de la conveniencia de la inclusión en este precepto, de mención, bien expresa, bien por remisión, a la estructura tanto del informe como del dictamen, exigida en los citados artículos 447 y 448 del texto proyectado.

**CENTÉSIMO DECIMA.-** En el proyectado artículo 454.2.4º, se observa una modificación de índole sustancial o de fondo del marco legal refundido, respecto del vigente artículo 172.3 LC, toda vez que viene a limitar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados,



únicamente en lo atinente a la *"salida o entrega indebidas de bienes o derechos"*, introduciendo con ello, una limitación inexistente con anterioridad que, por tanto, excedería del mandato recibido.

**CENTÉSIMA DECÍMOPRIMERA.-** En los artículos 462 y 463 TR, no se observa innovación alguna esencial, ni en rúbrica ni en contenido, respecto de lo recogido en los vigentes artículos 174 y 175 LC, debiendo destacar, asimismo, que tampoco recogen los citados preceptos referencia alguna al *testimonio de la resolución administrativa que acuerda la intervención*, al que se refiere expresamente la MAIN (página 63).

**CENTÉSIMA DECÍMOSEGUNDA.-** A la vista del tenor literal del proyectado artículo 477 TR, "[r]endición de cuentas" y puesto en conexión con el razonamiento recogido sobre el mismo en la MAIN, se sugiere valorar la conveniencia de la inclusión, bien en el citado precepto, bien dentro de la Sección 5ª de este Capítulo, en tanto referida a los *efectos de la conclusión del concurso*, de referencia expresa a que *la conclusión del concurso conlleva el cese de los administradores concursales y el archivo de las actuaciones*.

**CENTÉSIMA DECÍMOTERCERA.-** Atendido el contenido del índice del texto proyectado y, puesto en conexión con el desarrollo del título XI, del libro I TR, debe destacarse que se observan algunas divergencias en cuanto a la titulación del propio título XI, y, dentro de éste, a su vez, de las subsecciones 4ª y 5ª del capítulo I, por lo que se sugiere su revisión, a fin de guardar la identidad necesaria con el índice que precede al proyecto.

**CENTÉSIMA DECÍMOCUARTA.-** En cuanto la Sección 4ª, "[d]e los recursos y de la publicidad", del Capítulo I, del Título XI, del libro I, por lo que respecta a la publicidad, debe destacarse que el ámbito del actual artículo 177.3 LC, difiere del recogido en el texto proyectado, por cuanto el artículo 481 TR se refiere, únicamente, a la notificación, a las mismas personas a las que se hubiera notificado el auto de declaración de concurso, de la resolución que acuerde la conclusión del procedimiento, resultando, con ello, una publicidad más limitada o restringida.

**CENTÉSIMA DECÍMOQUINTA -** A pesar de que el anteproyecto, con una finalidad claramente recopilatoria y continuista de la vigente Ley Concursal, mantiene para el Capítulo I, del Título XII del Libro I, la misma rúbrica actual que engloba a los artículos 183 y siguientes de la Ley Concursal, "[d]e la tramitación del procedimiento", dado que en el



mismo se recogen diferentes preceptos regulatorios de aspectos atinentes a la representación procesal y la defensa técnica, se sugiere al prelegislador valorar la posibilidad de modificación de la rúbrica de este Capítulo, en el sentido de complementarla con referencia, por ejemplo, a la comparecencia y actuación en juicio, lo que resultaría, a su vez, coherente con la regulación recogida, a su vez, en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

**CENTÉSIMA DECÍMOSEXTA.-** La adición del nuevo apartado 3 del artículo 490 TR “[e]xtensión de la exoneración”, conforme al cual, *en todo caso, la exoneración incluirá a los créditos de Derecho público, excedería del mandato recibido para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*, si bien se ha de admitir que la inclusión de los créditos de Derecho público sirve, funcionalmente, en mayor medida a las finalidades a las que está anudado este instituto, y coadyuva a su operatividad dentro del sistema del concurso.

**CENTÉSIMA DECÍMOSEPTIMA.-** Atendida la modificación de la redacción recogida en el proyectado artículo 502 TR, en relación al vigente artículo 179.1 LC, y a fin de guardar la debida coherencia e interrelación entre las distintas partes del texto proyectado, se sugiere valorar la conveniencia de incluir referencia a la *reapertura del concurso* dentro de las reglas competenciales establecidas en el Capítulo I “[d]el juez del concurso”, del Título II del Libro I.

**CENTÉSIMA DECÍMOCTAVA.-** El mandato de supletoriedad que el prelegislador pretende trasladar, de la vigente disposición final quinta de la Ley Concursal al artículo 520 del texto proyectado se aparta de las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables a los proyectos de real decreto legislativo, en tanto prevén que sea en las disposiciones finales donde se deben incluir, “[...] las reglas de supletoriedad”.

**CENTÉSIMA DECIMONOVENA.-** En el último inciso del apartado 1 del artículo 525 TR, se sugiere la corrección del error material advertido, en tanto hace referencia “a la administración concursal al administrador concursal” y, en el apartado 3 de este precepto, la revisión de la referencia a “todo aquello que no se oponga a lo previsto en este precepto”, recogida en el vigente artículo 191 LC, toda vez que su contenido, en el texto proyectado, se corresponde con los artículos 524 y 525.



**CENTÉSIMA VIGÉSIMA.-** En relación al proyectado artículo 532 TR, se observa que la introducción del adverbio "*excepcionalmente*", atendido su significado, derivado del diccionario de la RAE, como aquello que *constituye excepción a la regla común, que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez*, introduce, *ex novo*, una limitación de las facultades del Juez contempladas en el vigente artículo 192.2 LC, que excedería del mandato recibido de *regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOPRIMERA.-** En el artículo 536 TR, cuyo contenido se ajusta al apartado 3 del artículo 193 LC, se sugiere corregir el error material apreciado en la última frase del precepto proyectado.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOSEGUNDA.-** En el artículo 539.2.3º del anteproyecto se sugiere valorar la sustitución de la referencia al "*juicio*" por la de la "*vista*", más coherente con el diseño establecido en el artículo 440 LEC, que lleva por rúbrica "*[c]itación para la vista*".

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOTERCERA.-** Atendiendo al tipo de recurso al que viene referido el artículo 550 TR "*[s]uspensión de actuaciones*", el recurso de apelación, desde el punto de vista de su ubicación sistemática en el texto proyectado, se sugiere valorar la conveniencia de trasladarlo, tras el precepto dedicado a abordar las "*resoluciones directamente apelables*", con anterioridad a los recursos extraordinarios y los recursos en materia laboral.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOCUARTA.-** En el apartado 4 del artículo 550 TR podría resultar adecuado aclarar la redacción proyectada.

Por otra parte debiera actualizarse la redacción del artículo 559.2 del PTR indicando "*el Registro público concursal y su interconexión con la plataforma europea se llevará por el Registro mercantil bajo la dependencia del Ministerio de Justicia en los términos reglamentariamente previstos*".

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOQUINTA.-** El prelegislador, con buen criterio técnico y dentro del marco habilitante, ha optado por reunir en el Libro Segundo, dividido en cuatro Títulos, la regulación dispersa a lo largo del texto de la LC de los instrumentos preconcursales, introducidos en la Ley a lo largo de los últimos años, que tienen como finalidad evitar la declaración de concurso de quienes se encuentran en situación de insolvencia como son los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos. La labor de refundición en este punto ha sido ambiciosa, pues se reúnen y



sistematizan normas que en la vigente LC se encuentran en el artículo 5 bis (comunicación de apertura de negociaciones), el artículo 71 bis (acuerdos de refinanciación), los artículos 231 a 242 bis (acuerdos extrajudiciales de pagos) y la disposición adicional cuarta (homologación judicial de acuerdos de refinanciación), entre otros. Pero, al mismo tiempo, el prelegislador ha acometido la necesaria armonización e integración de los preceptos, sin trasvasar los límites de la delegación legislativa, y por tanto sin introducir innovaciones, que aún deseables, incurrirían en *ultra vires*.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOSEXTA.-** En relación con la regulación de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, contenida en el Título I del Libro II, debe ponerse de manifiesto que la dicción «acuerdo de refinanciación» empleada en el artículo 582.1 *in fine* resulta equívoca en la medida en que, en principio, abarca a toda clase de acuerdos de financiación tanto colectivos, con o sin homologación, como singulares, lo cual supondría una notable ampliación respecto de la regulación vigente. El artículo 5 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley de 4/2014, de 7 marzo, limita los acuerdos de refinanciación cuya apertura de negociaciones puede ser comunicada a aquellos acuerdos regulados en el artículo 71 bis.1 y la disposición adicional cuarta LC, esto es, a los acuerdos colectivos, con o sin homologación judicial, quedando así excluidos los acuerdos singulares de refinanciación, que están regulados en el artículo 71 bis.2 LC. No parece que el prelegislador haya pretendido ampliar la comunicación previa de negociaciones, y los efectos a ella aparejados, también a los acuerdos de refinanciación singulares, pues en la regulación específica de estos acuerdos, en relación con los colectivos a la hora de regular el procedimiento se parte de la existencia de la comunicación previa (art. 596), mientras que al regular los acuerdos singulares de refinanciación ninguna referencia se contiene a la previa comunicación de negociaciones (art. 603). Parece claro que no puede adscribirse a la letra del artículo 582.1 un efecto desproporcionado sobre las posibilidades de ejecución de todos aquellos acreedores que no participan en las negociaciones de un acuerdo singular de refinanciación, pero sería conveniente, por razones de seguridad jurídica, que en el precepto limitara la referencia a los acuerdos colectivos de refinanciación.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOSEPTIMA.-** El artículo 585 incorpora una previsión novedosa respecto de la letra del vigente artículo 5 bis LC. Se establece que la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no producirá por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados. La nueva regla tiene una finalidad aclaratoria respecto de si la comunicación de negociaciones constituye un supuesto de pérdida del derecho del deudor a



utilizar el plazo, a los efectos de la letra a del artículo 1129 CC que dispone la pérdida de tal derecho «cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda». El prelegislador ha querido despejar la duda en el sentido de que la comunicación de inicio de negociaciones no puede considerarse como declaración del deudor sobre su situación económica subyacente, que podrá ser de insolvencia actual o inminente, y por tanto, por sí sola no puede estimarse como cumplido el supuesto de hecho del artículo 1129.a CC.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMOCTAVA.-** En el marco del Título II del Libro II, relativo a los acuerdos de refinanciación, a la hora de establecer las reglas de cómputo de la mayoría de acreedores necesaria para aprobar el acuerdo de refinanciación (esto es, los acreedores que representen el 75% del pasivo del deudor), el prelegislador ha traído a la sede de regulación de los acuerdos colectivos (art. 598.1) la regla presente en el párrafo segundo del apartado primero de la disposición adicional cuarta LC que dispone que no se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la posterior homologación judicial del acuerdo, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada. Se trata, en este punto, de integrar la omisión presente en el artículo 71 bis.1 LC de modo coherente con la economía de regulación de los acuerdos de financiación.

**CENTÉSIMA VIGÉSIMONOVENA.-** Debe advertirse, en relación también con el cómputo de la mayoría, que el artículo 598.2 dispone que «*[e]n caso de pasivo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que acepta el acuerdo colectivo de refinanciación la totalidad de los acreedores sindicados cuando quienes suscriban el acuerdo representen, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado*». Se reproduce sustancialmente lo previsto en el artículo 71 bis.1.b.1º, pero se omite la cláusula «*salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última*». La ausencia de esta cláusula de salvaguarda a favor de la autonomía negocial podría dar lugar a entender que el establecimiento de la mayoría en el 75% del pasivo sindicado tiene carácter imperativo, alterando así el sentido de la regla objeto de refundición. Por ello, resulta deseable mantener en el texto proyectado aquella cláusula. En este sentido, cabe señalar que, en relación con la posición de los acreedores sindicados respecto de la aceptación de la propuesta de convenio, el artículo 353 del Texto Refundido prevé lo siguiente: «*En caso de créditos que, tras la declaración del concurso, continúen sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los titulares de esos créditos se adhieren a la propuesta de convenio o votan*



*a favor de misma cuando la suma de las adhesiones y de los votos representen, al menos, el setenta y cinco por ciento de los créditos sindicados. Si en el régimen o en el pacto de sindicación, se hubiera establecido una mayoría inferior, será de aplicación esta última.»*

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMA.-** En el artículo 601, relativo a la eficacia del acuerdo colectivo de refinanciación, el prelegislador incorpora expresamente algo implícito en el artículo 71 bis.1 LC que es la eficacia vinculante del acuerdo suscrito para el deudor y los acreedores que lo hayan suscrito, manteniéndose así dentro del ámbito propio del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC). Ahora bien, en relación con los acreedores sindicados viene a establecer que el 25% del pasivo disidente en un préstamo sindicado cuando la mayoría haya votado a favor de un acuerdo de refinanciación será considerado a todos los efectos adherido al mismo. Tal efecto vinculante, no parece desprenderse, sin más, del artículo 71 bis.1.b.1º LC que limita la consideración del 25% del pasivo sindicado en desacuerdo o ausente «*a los efectos del cómputo*» de la mayoría necesaria para suscribir el acuerdo de refinanciación (esto es, el 75% del pasivo del deudor). La opción del prelegislador parece sustentarse en la finalidad de dar un tratamiento homogéneo a los acreedores con pacto de sindicación tanto en los acuerdos colectivos de refinanciación sin homologación judicial como en los acuerdos homologados judicialmente.

La redacción del artículo 71 bis.1.b.1º LC procede de la Ley 9/2015 que mantuvo el inciso «*[A]a los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo [...]*», mientras que esa misma Ley en sede de acuerdos con homologación judicial sustituyó la expresión «*a los efectos del cómputo*», contenida en la disposición adicional cuarta, apartado 1, párrafo cuarto, por «*se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación*», que contiene una regla imperativa de extensión de los efectos del acuerdo a la totalidad de los acreedores sindicados. De este modo, el artículo 601 del Texto Refundido contiene una prescripción normativa armonizadora de una diferencia de trato que no parecía fundarse en la *voluntas legislatoris*, sino que era producto del mantenimiento inadvertido del inciso “*a los efectos del cómputo*” en el artículo 71 bis.1.b.1º LC. Esta solución normativa cuenta a su favor, además, con la regla prevista en el artículo 121.4, tercer párrafo, LC, introducida también por la Ley 9/2015, respecto de la votación en junta de acreedores, de acuerdo con la cual: «*En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en*



*régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes».*

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOPRIMERA.**- En relación con el artículo 603, relativo a los acuerdos singulares de refinanciación, su contenido se ajusta a lo dispuesto en el artículo 71 bis.2 LC, con el único añadido, en cuanto a los requisitos que deben cumplir esta clase de acuerdos, de que el acuerdo debe responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo. Aunque el requisito de un plan de viabilidad que garantice la continuidad de la actividad a corto y medio plazo no aparece *nominatim* entre los exigidos por el artículo 71 bis.2 LC, es obvio que responde a la finalidad misma de este tipo de acuerdos (evitar el concurso al situar al deudor en una situación de solvencia), por lo que razonablemente el prelegislador ha optado por integrar tal exigencia en el marco de la regulación de los acuerdos singulares de refinanciación.

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOSEGUNDA.**- En cuanto a la regulación de los acuerdos con homologación judicial, debe señalarse que en la regulación del cómputo de la mayoría del pasivo financiero necesaria para la aprobación del acuerdo, respecto de la posición de los acreedores con régimen o pacto de sindicación, el artículo 606.4 parece fijar la mayoría de al menos el 75% como imperativa, sin prever la posibilidad de aplicar la mayoría inferior que haya podido preverse en el pacto de sindicación. En línea con la conclusión centésima trigésima, la supresión de esta posibilidad no reproduce fielmente la norma refundida, resultando procedente mantener el inciso del párrafo cuarto del apartado 1 de la disposición adicional cuarta LC, *«salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última».*

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOTERCERA.**- Los artículos 608 a 616 regulan el procedimiento de homologación judicial, incorporando, en sustancia, las previsiones procedimentales de la disposición adicional cuarta LC, con tres sensibles mejoras. La primera de ellas es la aclaración de la competencia para la homologación en caso de acuerdo de refinanciación de grupo o subgrupo (art. 608.2). En la DA 4ª LC existía una evidente laguna en este punto que el prelegislador ha integrado a partir de la regla competencial prevista en el artículo 25 bis.3 LC para la acumulación de concursos, de modo que el juez competente para la homologación será el que lo sea para



la declaración del concurso de la sociedad dominante o, si ésta no hubiera suscrito el acuerdo, el de la sociedad del grupo con mayor pasivo financiero que participe en el acuerdo. La segunda mejora técnica consiste en concretar el tipo de resolución judicial a través de la que se acuerda la homologación del acuerdo. Frente a la denominación genérica de «*resolución*» empleada por la DA 4ª LC, el prelegislador en el artículo 612 determina que adoptará la forma de auto. La opción es, sin duda, correcta si se parte de la aplicación analógica de las reglas de la LEC en materia de homologación judicial de transacciones o convenios (art.206.1.2 LEC). Por último, la tercera mejora en la regulación del procedimiento de homologación consiste en la corrección del error material en el que incurría el apartado 12 de la DA 4ª LC sobre el alcance subjetivo de la prohibición temporal de nuevas solicitudes de homologación, que limitaba la prohibición al deudor, sin mencionar a los acreedores. La errónea omisión en la redacción de la DA 4ª.12 LC de ha sido subsanada por el artículo 616.

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOCUARTA.-** En punto al contenido del auto de homologación respecto de los efectos vinculantes del acuerdo de financiación, el Texto Refundido en el artículo 612.2 parece haber optado por la determinación de un contenido necesario, apreciable de oficio por el juez y por tanto no vinculado por el principio dispositivo, apartándose así de una interpretación posible del vigente apartado 6 de la DA 4ª LC. El tenor literal del artículo 612.2 parece habilitar al juez a la extensión de la eficacia del acuerdo homologado hasta el límite de lo permitido por la Ley, sin quedar vinculado a los términos de la solicitud de homologación. Esta opción del prelegislador es coherente con la letra de la norma refundida («*El juez otorgará la homologación [...] y declarará la extensión de efectos que corresponda*»), pero su sentido resultaría más accesible (de ser cierta la voluntad de no someter la extensión de efectos al principio dispositivo) si se explicitara que esa declaración será de oficio.

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOQUINTA.-** El artículo 618 regula los dos motivos de impugnación de la homologación (falta de mayoría mínima del 51% del pasivo financiero y el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor o acreedores que impugnen la homologación). La novedad que introduce, ahora, el prelegislador en el artículo 618 consiste en establecer una serie de criterios para la interpretación del concepto jurídico indeterminado de perjuicio o sacrificio desproporcionado. Se trata de la positivización de dos reglas que carecían de existencia legal (el criterio comparativo de los sacrificios impuestos a acreedores en una situación igual



o semejante y el criterio de la cuota hipotética de liquidación) , pero cabe entender que el prelegislador ha optado, por razones de seguridad jurídica, por la integración del concepto jurídico indeterminado explicitando dos instancias del mismo que forman parte de su zona de certeza, a la vista de la práctica judicial en su aplicación (Sentencias Juzgado de lo Mercantil Barcelona núm. 3, de 29 de julio de 2014[ECLI:ES:JMB:2014:155]; Juzgado de lo Mercantil Barcelona núm. 10, de 29 de noviembre de 2016; Juzgado de lo Mercantil Sevilla núm. 2, de 25 de septiembre de 2017 [ECLI:ES:JMSE:2017:675]).

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOSEXTA.-** El contenido de los artículos 627 a 629, que regulan el procedimiento de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación y sus efectos, reproduce, en sustancia, lo previsto en el apartado 11 DA 4ª LC. Debe destacarse que mientras este último precepto se refiere a la impugnación de los acuerdos de refinanciación homologados, el Texto Refundido integrando una evidente laguna en el artículo 71 bis LC extiende el procedimiento de incumplimiento también a los acuerdos no homologados.

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOSEPTIMA.-** La determinación de la sujetos legitimados para solicitar la declaración de incumplimiento se formula en el artículo 627.1 en términos más claros que en el apartado 11 DA 4ª LC. Mientras éste último se refiere a *«cualquier acreedor, adherido o no, al mismo»*, el Texto Refundido más correctamente dispone que *«cualquier acreedor afectado por el acuerdo podrá solicitar»*. En efecto, el interés legítimo concurre en cualquier titular de un pasivo obligado por el acuerdo o bien cualquier otro acreedor que se hubiera adherido voluntariamente al mismo. En cambio, el acreedor que no se ha adherido al acuerdo y que tampoco resulta vinculado por él carece de interés legítimo.

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMOCTAVA.-** El artículo 628 regula los efectos de la declaración de incumplimiento. Se rectifica en este precepto la omisión en que incurre el apartado 11 DA 4ª LC sobre el contenido de esa declaración, incorporando una previsión análoga a la del artículo 140 LC sobre la declaración de incumplimiento del convenio: la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos.

**CENTÉSIMA TRIGÉSIMONOVENA.-** En el ámbito del Título III del Libro II, dedicado a la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pagos, debe reseñarse que el artículo 231.3.1º LC, a la hora de establecer la prohibición



de solicitar el nombramiento de mediador concursal a quienes hayan sido condenados por sentencia firme por delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómicos, entre otros, incurría en un manifiesto error material al delimitar el plazo dentro del cual no debía producirse la condena, que se fijaba *«en los 10 años anteriores a la declaración del concurso»*. Obviamente la referencia temporal debía ser la solicitud de nombramiento del mediador concursal. Tal rectificación se contiene ahora en el artículo 633.1º que dispone que no podrá solicitar el nombramiento de un mediador concursal *«las personas que, dentro de los diez años anteriores a la solicitud, hubieran sido condenadas [...]»*.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMA.-** Respecto del nombramiento del mediador concursal, el artículo 641 contiene alguna variación relevante respecto de la regulación actual. La redacción del artículo 233.1 LC, introducida por la Ley 25/2015, parecía apartarse de la previsión anterior conforme a la cual se exigía que el mediador reuniera cumulativamente los requisitos exigidos para ser mediador y administrador concursal, pues la letra del precepto en su nueva redacción disponía *«[e]l mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el artículo 27»*. Ahora bien, la posibilidad de que el mediador concursal pudiera ser nombrado sin reunir las condiciones previstas para el administrador concursal resultaba contradictoria con el artículo 242.2.2ª LC que dispone que, en el concurso sucesivo, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, salvo justa causa. El prelegislador ha optado por eliminar la descoordinación entre ambos preceptos de la LC, al disponer el artículo 641.1 que *«[e]l mediador concursal, sea persona natural o jurídica, deberá tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, reunir las condiciones establecidas para ser nombrado administrador concursal y estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia»*.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOPRIMERA.-** Para el caso de la mediación concursal de persona física no empresario, el artículo 242 bis LC contempla la posibilidad de que el notario asuma el cargo de mediador o bien nombre a un mediador profesional si lo estima conveniente o lo solicita el deudor. A pesar de que la redacción del precepto es un tanto farragosa, parece que la actuación del notario como mediador o la designación de mediador profesional son alternativas. El prelegislador, en cambio, al refundir el



precepto legal en el artículo 641.2 ha alterado, aparentemente, su sentido pues parte de la regla de que el notario actuará como mediador, salvo oposición del deudor. La opción del Texto refundido no contempla, a su vez, qué ocurre tras la oposición del deudor. Por ello se sugiere que en el primer inciso del artículo 641.2 se mantenga la alternativa prevista en el artículo 242 bis.3º LC con la siguiente posible redacción: «*Cuando el deudor fuera persona natural no empresario, el notario receptor de la solicitud podrá asumir la condición de mediador o designar un mediador concursal, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor*».

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOSEGUNDA.**- El artículo 643.2 prevé el supuesto especial de designación de mediador concursal cuando el deudor fuera una entidad aseguradora o reaseguradora. La proposición normativa recoge lo contemplado en el artículo 233.5 LC, introducido por la Ley 20/2015, y se elimina, de este modo, la antinomia existente en la LC entre ese precepto y el artículo 231.5 segundo párrafo, introducido por la Ley 14/2013, conforma al cual las entidades aseguradoras o reaseguradoras no podían acudir al procedimiento de acuerdo extraprocésal de pagos. El prelegislador con acierto ha optado por eliminar esa específica prohibición del Texto refundido por estimarla derogada por el artículo 233.5 LC.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOTERCERA.**- Los artículos 647 a 648 regulan la comunicación del nombramiento del mediador concursal. En particular, el artículo 647 regula la comunicación al juzgado competente para la declaración de concurso del deudor del propósito del deudor de negociar con los acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos. El prelegislador ha optado por regular los efectos de tal comunicación, contemplados en el artículo 235.2 LC, de manera unitaria en el Título I del Libro II, refundiendo así lo previsto para los acuerdos extrajudiciales de pago con lo establecido en el artículo 5 bis LC. Ninguna objeción merece tal opción técnica, así como el propósito del prelegislador de rehuir en la formulación de los preceptos de las remisiones internas, pero tal vez resulte conveniente, desde el punto de vista de la claridad regulatoria, introducir en el artículo 647 una referencia a que la comunicación desplegará los efectos previstos en el Título I del presente Libro.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOCUARTA.**- En materia de convocatoria a los acreedores, el artículo 658 regula la forma de la convocatoria, refundiendo las dos reglas previstas en el artículo 234.2 LC, de modo que, por un lado, la comunicación se debe realizar por conducto notarial, o bien por cualquier medio de comunicación individual y escrita que asegure la recepción y, por



otro lado, si los acreedores hubieran facilitado una dirección electrónica al mediador, la comunicación debe realizarse a la citada dirección electrónica. La redacción del artículo 658 mantiene la ambigüedad del precepto refundido al no dejar claro si la comunicación electrónica es excluyente o cumulativa a la ordinaria. Desde el punto de vista de las garantías, a fin de evitar la ausencia de los acreedores por desconocimiento, resulta más seguro entender que la comunicación electrónica es adicional. Por ello, no se extravasaría el marco habilitante, si el prelegislador aclarara el precepto, al inicio del segundo inciso del artículo 658 un “*adicionalmente*”.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOQUINTA.-** El artículo 661, regulador de la remisión de la propuesta de acuerdo, ha simplificado la formulación del plazo dentro del cual debe remitirse por el mediador a los acreedores: de la fórmula «*Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con un antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión*», prevista en el artículo 236.1 LC, se ha pasado a «*Con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión*». La refundición no altera el contenido de la regla, que mantiene el plazo relevante para los acreedores (antelación mínima de 20 días a la fecha de la reunión), mientras que el otro plazo (“*Tan pronto como sea posible*”) parece señalar un mandato de celeridad en la realización del trámite por el mediador que resultaba difícilmente controlable y no suponía una concreta garantía para los acreedores convocados.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOSEXTA.-** En el artículo 664.3 relativo a los límites de los acuerdos de cesión de bienes se observa una errata en el inciso final: donde dice «*siendo competencia del juez [...] conceder a denegar las autorizaciones exigidas en dicho capítulo*» debe decir «*siendo competencia del juez [...] conceder o denegar las autorizaciones exigidas en dicho capítulo*».

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOSEPTIMA.-** El artículo 673 introduce una novedad relevante en la determinación del pasivo computable para la adopción del acuerdo. El artículo 238.1 LC, a la hora de fijar el pasivo computable para calcular las mayorías necesarias para adoptar el acuerdo, establece que estas serán calculadas «*sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo*». Esta redacción generaba dudas sobre la delimitación del pasivo que debía computarse, en particular, si debía tomarse en cuenta todo el pasivo con o sin garantía, o sólo el pasivo sin garantía y el pasivo con garantía que hubiera aceptado el acuerdo, que



es la regla para el cómputo de la mayorías de aceptación de la propuesta de convenio (art. 124.2 LC). A la vista de la ambigüedad de la expresión "*totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo*", el prelegislador ha optado por aclarar el pasivo computable a efectos de mayorías, manteniendo la regla del artículo 124.2 LC, lo que constituye una decisión acertada, en el marco de la habilitación legal, que redundará en favor de la seguridad jurídica y evita que se prive al deudor de la posibilidad de ver aprobado un acuerdo, que contaría con la mayoría de los acreedores sin garantía y que solo a ellos obligaría, tan sólo porque los acreedores con garantía, que no resultarían obligados salvo que manifiesten su voluntad de aceptarlo, se hubieran opuesto a la continuación de la negociación.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMOCTAVA.-** En relación con la impugnación del convenio, cabe observar que, en sustancia, los artículos 683 a 690 recogen las reglas contenidas en el artículo 239. Sin embargo, el texto proyectado no establece el específico contenido de la sentencia estimatoria que prevé el artículo 239.6 LC: la sentencia anulará el acuerdo y dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo. Es cierto que el artículo 693 prevé como presupuesto del concurso consecutivo la declaración de nulidad, de ineficacia o de incumplimiento del acuerdo alcanzado, pero incorporar a la regulación de la impugnación del convenio la previsión del efecto anulatorio de la sentencia estimatoria, no supondría demérito de la economía de la regulación propuesta y redundaría en una mayor completitud de la normativa refundida.

**CENTÉSIMA CUADRAGÉSIMONOVENA.-** El prelegislador con buen criterio técnico ha reunido en el título IV del Libro dedicado al Derecho preconcursal las especialidades que la LC contiene en relación con el concurso consecutivo, disponiendo unas normas comunes y dando un tratamiento distinto a las reglas específicas que tienen por objeto el concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación o a un acuerdo extrajudicial de pagos.

**CENTÉSIMA QUINCUGÉSIMA.-** En relación con la competencia para declarar el concurso consecutivo, el artículo 694 establece como regla general subsidiaria la aplicación de la normas generales para determinar el juez competente para la declaración del concurso, pero como regla especial dispone que será juez competente para declarar el concurso consecutivo el que hubiera declarado la nulidad o la ineficacia del acuerdo o lo hubiera declarado incumplido o, en caso de acuerdos de refinanciación homologados, el que lo hubiera homologado. El prelegislador viene a poner



de manifiesto un criterio competencial implícito en la LC al regular la impugnación o la declaración del incumplimiento de los acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pago: así, en relación con el acuerdo de refinanciación homologado, la competencia para conocer de la declaración de incumplimiento corresponde «al mismo juez de lo hubiera homologado» (DA 4ª.11 LC); o respecto del acuerdo extrajudicial de pagos, se afirma que «igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado» (art. 242.1 LC). La LC parte, así, de una idea de conexidad entre el procedimiento de homologación, de impugnación de los acuerdos o de declaración de su incumplimiento y el concurso consecutivo que permite determinar la competencia del juez para declarar el concurso. El prelegislador viene a aclarar, explicitándolo, el foro para este grupo de supuestos.

**CENTÉSIMA QUINCUGÉSIMOPRIMERA.**- El artículo 695 incorpora una regla no prevista en la LC conforme a la cual «si el deudor hubiera efectuado la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores, la solicitud de concurso presentada por el propio deudor dentro del plazo establecido por esta Ley se considerará realizada el día en que se hubiera formulado esa comunicación». La relevancia de determinar que la fecha de solicitud del concurso sea la fecha de comunicación del inicio de negociaciones radica en que será esta última la que deba tomarse en cuenta a la hora de establecer la lista de acreedores, exigida por el artículo 94.1 LC (ahora, art. 285 del Texto refundido). La MAIN afirma que el artículo 695 supone una novedad, ante el silencio de la regulación vigente, pero no ofrece la razón que sustenta esta retroacción de la fecha de efectos de la solicitud de concurso a la de la comunicación del inicio de negociaciones.

**CENTÉSIMA QUINCUGÉSIMOSEGUNDA.**- El apartado 1 del artículo 696 regula la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación homologados y de los acuerdos extrajudiciales de pagos, que extiende a los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de esos acuerdos. Tal extensión, aunque no prevista en la DA 4ª.13 LC ni en el artículo 238.4 LC, se infiere lógicamente de la norma y cuenta, además, con el argumento a fortiori de que se prevé en la delimitación del alcance de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis LC, que no cuentan con homologación judicial ni con garantías procedimentales de la entidad de las previstas para el acuerdo extrajudicial de pagos.



**CENTÉSIMA QUINCUGÉSIMOTERCERA.**- El apartado 2 del referido artículo dispone lo siguiente: «*Los acuerdos de refinanciación no homologados podrán ser objeto de rescisión concursal cuando, siendo perjudiciales para la masa activa, no reúnan los requisitos establecidos en el Título II de este libro*». Esta regla recoge la doctrina jurisprudencial sentada por la STS Sala Primera de 9 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2945) que ha establecido que los acuerdos de refinanciación no incluidos en la DA 4ª LC y en el artículo 71 bis LC, aunque no se ajusten a los requisitos establecidos por esa normativa, también pueden ser inmunes frente a las acciones rescisorias si no son perjudiciales para la masa. Ahora bien en la economía del precepto se echa en falta la explicitación de la regla de irrevocabilidad referida a los acuerdos de refinanciación contemplados en el vigente artículo 71 bis LC. Es cierto, que cabe derivar tal regla *a contrario* a partir del tenor del artículo 696.2 del Texto refundido, pero resultaría más claro que la regla contenida en el artículo 71 bis.1 LC tuviera expreso reflejo en el artículo 696.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 26 de septiembre de 2019

Fdo.: Jose Luis de Benito y Benitez de Lugo  
Secretario General