



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL  
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER  
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA  
APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE  
REFORMA DE LA LEY CONCURSAL**

**I.  
ANTECEDENTES**

Con fecha 28 de diciembre de 2010 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante el Anteproyecto), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo informe por parte de este Consejo.

La Comisión de Estudios e Informes acordó designar ponente a la Excm. Sra. Vocal D<sup>a</sup> Concepción Espejel Jorquera, y en reunión de fecha 17 de febrero de 2011, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Consejo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

## II.

### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.**

La función consultiva del CGPJ a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esta disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en aquélla se indican, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

No obstante lo anterior, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto 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 española (CE). 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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

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 LOPJ.

Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando 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.

### III.

#### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO**

Tanto la Exposición de Motivos como la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (en adelante la Memoria) reflejan las directrices fundamentales que han inspirado la reforma de la Ley Concursal (en adelante LC). A grandes rasgos, puede decirse que los objetivos principales de la reforma son los siguientes:

1º) Simplificar y agilizar el procedimiento concursal.

2º) Profundizar en las alternativas al concurso a través de los denominados institutos preconcursales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3º) Rectificar o completar puntualmente la regulación de la vigente LC para solucionar algunos problemas prácticos y controversias interpretativas surgidos de la aplicación de la Ley.

4º) Reformar algunas normas legales de Derecho público que guardan relación con el concurso (v. gr. Ley General Tributaria), como consecuencia de la jurisprudencia reciente sobre la clasificación del crédito público.

No podemos dejar de reconocer que los objetivos de la reforma son loables, pues la actual crisis económica ha puesto de relieve que el concurso, aunque técnicamente sea un buen procedimiento, en la práctica resulta ineficiente para afrontar la crisis de muchas empresas, bien porque su tramitación se dilata excesivamente en el tiempo, bien porque es excesivamente rígido y caro, en relación con los beneficios que pueden derivarse de él.

En cuanto al primero de los objetivos, debe valorarse positivamente la finalidad de simplificar y agilizar el procedimiento, sin perjuicio del análisis que se hará a continuación de las concretas soluciones propuestas, y de que el problema no se resuelva únicamente con reformas del procedimiento, pues la mayor parte de las veces la excesiva dilación obedece a una imposibilidad de cumplir los plazos legales debido a la saturación y falta de medios que padecen los juzgados y tribunales con competencias en la materia.

También merece un juicio positivo la búsqueda de soluciones alternativas al concurso, que pasan por la remoción de la situación de insolvencia a través de acuerdos preconcursales. Estas soluciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

suelen ser más baratas y eficaces que el concurso, y desde luego contribuyen a disminuir la congestión de los juzgados mercantiles.

El tercer objetivo de la reforma es más técnico, pues se trata de ajustar las instituciones y normas concursales a la vista de las deficiencias apreciadas y de los problemas de interpretación que su aplicación ha podido ocasionar. En este sentido, debe considerarse bienvenido todo aquello que suponga evitar la disparidad de criterios y, en definitiva, facilitar la labor de los jueces en la interpretación de la norma.

El cuarto objetivo –aprovechar la reforma de la Ley Concursal para reformar algunas leyes conexas al objeto de introducir en ellas las pautas jurisprudenciales sobre la clasificación de los créditos de Derecho público– resulta asimismo plausible, si bien tiene mucha menor importancia, al tratarse de simples ajustes técnico-legislativos.

#### **IV.**

#### **DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.**

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, que describe y justifica la reforma, y de un texto articulado integrado por un artículo único, compuesto a su vez de 97 apartados. Mientras que del apartado 1 al 88 se añaden o modifican diversos artículos de la Ley Concursal, del apartado 89 al 97 se añaden o modifican disposiciones adicionales o disposiciones finales de dicha Ley, en algunos de estos casos con la consiguiente repercusión en los textos de otras leyes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La primera novedad digna de mención, en lo relativo a la solicitud y declaración del concurso, versa sobre la importancia que se confiere al intento del deudor por conseguir alcanzar acuerdos de refinanciación que, al igual que las propuestas anticipadas de convenio, justifican el aplazamiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso con la simple comunicación al Juez de este propósito.

De cara a la declaración del concurso a instancia de los acreedores, el Anteproyecto exige un mayor rigor en la indicación de aquellos datos o indicios que reflejen la situación de insolvencia. También debe destacarse que el prelegislador deja constancia de su afán por potenciar la comunicación directa entre los acreedores y la administración concursal, fundamentalmente a través de medios electrónicos y telemáticos.

La materia relativa a los concursos conexos es objeto de regulación en un capítulo separado –prueba de la importancia que el prelegislador confiere a esta materia– dentro del cual se regula tanto la declaración conjunta de los concursos como la acumulación de los concursos previamente declarados. En ambos casos, la regla general es la tramitación coordinada pero sin consolidación de masas.

El Anteproyecto concede una especial importancia a la figura de la administración concursal, potenciando el papel de aquellas personas jurídicas cuyo objeto sea precisamente ejercer las funciones propias de un administrador concursal, y que integren en su seno profesionales de perfil técnico-jurídico y técnico-económico que colmen las exigencias requeridas para formar parte de dicho órgano.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El estatuto jurídico de la administración concursal, comprensivo del conjunto de facultades y deberes que integran esta figura ha sido objeto de algunas modificaciones, fundamentalmente en orden a potenciar su peso específico en el concurso y así, se amplían sus facultades para llevar a cabo actos de disposición que redunden en la viabilidad empresarial, se incrementan las posibilidades de control sobre la actuación del deudor persona jurídica, y se le confiere la facultad exclusiva de ejercer acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores por los daños causados a la persona jurídica concursada, o para reclamar contra los socios personalmente responsables de las deudas sociales.

Dentro del apartado correspondiente a los diferentes efectos del concurso, merecen especial consideración las modificaciones que se introducen respecto del ejercicio de determinado tipo de acciones, concretamente las dirigidas contra los administradores, liquidadores o auditores por el incumplimiento de sus deberes cuando concurra causa de disolución y en los supuestos de ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra por aquéllos que hubieran puesto su trabajo o materiales. Asimismo, cuando estas acciones se hubieran ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso, se articula el mecanismo de la suspensión hasta en tanto no concluya el procedimiento concursal. Estos aspectos son objeto de valoración detallada en el informe.

El artículo 64, relativo a los contratos de trabajo, ha sido objeto de una serie de modificaciones de calado, siendo las más importantes las que inciden sobre el número 10 del citado artículo. El Anteproyecto prescinde de cualquier tipo de umbral numérico para la consideración como colectivas de las acciones individuales cuyo objeto sea la extinción indemnizada de la relación laboral, toda vez que atribuye esa condición



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a cualquier acción esgrimida al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, con tal de que traiga causa de la insolvencia o la situación económica de la empresa y se haya ejercitado con posterioridad a la iniciación del expediente laboral. Respecto de las acciones de ese jaez que se hayan interpuesto con anterioridad al inicio del expediente citado, se prevé la suspensión de los procedimientos individuales hasta que no recaiga auto que ponga fin al expediente laboral, el cual tendrá un efecto prejudicial positivo.

El régimen jurídico previsto, con carácter general, para las acciones de reintegración de la masa, contempla la excepción relativa a los acuerdos de refinanciación que, en buena medida, son inmunes a las acciones de rescisión siempre que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 71.6, siendo la administración concursal la única legitimada para interponer este tipo de acciones. Dado que el contenido de la vigente Disposición adicional cuarta LC ha sido incardinado dentro del artículo 71.6, el Anteproyecto regula dentro de dicha Disposición los aspectos relativos a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación alcanzados en fase preconcursal.

Las modificaciones relativas a la determinación de la masa pasiva tienden, por un lado, a solventar ciertas dudas que la aplicación de la Ley Concursal ha suscitado y, por otro, a favorecer, en la medida de lo posible, la solución conservativa de la empresa, al conferir a los acuerdos de refinanciación un tratamiento en virtud del cual, se beneficiarán en un cincuenta por ciento de la condición de créditos contra la masa.

En materia de créditos contra la masa destaca también la concesión a la administración concursal de la facultad, bajo ciertas





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

condiciones y con excepciones, de alterar la regla de pago de ese tipo de créditos conforme a su respectivo vencimiento. El pago de créditos contra la masa presenta asimismo especialidades en caso de concursos con insuficiencia de masa activa, supuesto en el cual el Anteproyecto establece una suerte de prelación entre los créditos de esa categoría.

La materia relativa a la clasificación de los créditos es objeto de una serie de matizaciones que afectan, entre otros, a los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento, para cuyo pago se articula la posibilidad de utilizar el mecanismo de la cesión en pago o para el pago del propio acreedor privilegiado o tercero que designe. Esta medida presenta algunos aspectos problemáticos, que son objeto de particular examen en el Informe. Los créditos con privilegio general también se ven afectados por la reforma. El prelegislador ha añadido nuevos privilegios, tales como la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, y los denominados nuevos ingresos de tesorería fruto de los acuerdos de refinanciación. Otras modificaciones consisten en meros retoques que afectan a privilegios generales ya reconocidos por la vigente Ley y a los créditos subordinados.

También contempla el Anteproyecto la posibilidad de alterar, en casos excepcionales, el texto definitivo de la lista de acreedores y estatuye una serie de reglas para la clasificación de los créditos en que se haya producido la subrogación.

En lo que atañe al convenio, debe destacarse el acortamiento de los plazos de tramitación escrita y el reforzamiento de las funciones de los Secretarios judiciales. También es objeto de modificación el régimen jurídico relativo a los acreedores sin voto, suprimiéndose la prohibición



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de votar para los adquirentes de créditos concursales por actos *inter vivos* tras la declaración de concurso, siempre que se trate de las que el Anteproyecto denomina “entidades sometidas a supervisión financiera”.

Asimismo, resulta destacable la reforma que afecta al régimen de aprobación de propuestas de convenio con una quita reducida o una espera poco dilatada, y en particular el modo de computar la mayoría simple que resulta en tales casos suficiente, pues el Anteproyecto prevé que dicha mayoría se compute tomando como referencia la totalidad del pasivo del concurso, en lugar del pasivo ordinario, como hasta ahora hace la Ley.

En el apartado correspondiente a la liquidación, sin perjuicio de las diferentes consideraciones que se efectúan en el Informe, se destaca la posibilidad de que el deudor pueda solicitar la liquidación en cualquier fase del procedimiento, sin sujeción a condicionante alguno. También merece especial cita la facultad que se otorga al Juez para introducir modificaciones al plan o para acordar la liquidación conforme a las reglas subsidiarias, incluso cuando no se hayan formulado observaciones en ese sentido.

Dentro del apartado correspondiente a la calificación del concurso, la principal novedad reside en la regulación separada de que es objeto la responsabilidad concursal determinante de la cobertura del déficit. En la reforma operada se establece que el juez deberá fijar individualizadamente el “quantum” por el que deber responder cada uno de los afectados, en función de la participación que haya tenido en los hechos determinantes de la calificación del concurso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En relación con la conclusión y reapertura del concurso, destaca la regulación que el Anteproyecto establece para los supuestos de insuficiencia de la masa activa, materia que es objeto de un análisis detallado en el Informe. De especial relieve resulta la novedosa previsión de que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa se acuerde en el auto mismo de declaración del concurso, si el Juez apreciase ya en ese momento dicha insuficiencia y estimase como imprevisible el ejercicio de acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de terceros.

Finalmente, adquiere especial trascendencia la nueva regulación del procedimiento abreviado, siendo una de las pretensiones del prelegislador la de plasmar un procedimiento simplificado que realmente lo sea. A diferencia del régimen vigente, el Anteproyecto faculta al Juez para optar por la tramitación simplificada cuando concurren una serie de circunstancias que denoten que la sustanciación del concurso revestirá una complejidad menor. La modalidad abreviada contempla una serie de especialidades, siendo destacables las relativas a la reducción de plazos y a la intervención de un solo administrador concursal. También se introducen modalidades específicas de procedimiento abreviado en aquellos casos en que, junto con la solicitud de concurso, el deudor haya presentado una propuesta de convenio o un plan de liquidación con determinado contenido.

El Anteproyecto incorpora también una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. La disposición transitoria única se refiere, exclusivamente, al régimen de formación de la sección sexta, que será el vigente a la fecha de la declaración del concurso. La disposición derogatoria refleja los artículos de la Ley que han sido suprimidos en su integridad, a saber, el apartado 3 del artículo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5, los artículos 98 y 142 bis, y el apartado 7 de la disposición final segunda, que añadía un nuevo párrafo al final del artículo 580 del Código de Comercio. La disposición final primera invoca el artículo 149.1.6 de la Constitución como título competencial y la disposición final segunda fija la entrada en vigor de la reforma a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El Anteproyecto se acompaña, como es preceptivo, de una Memoria de Análisis del Impacto Normativo, de acuerdo con las directrices señaladas en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que dicha Memoria se regula.

## **V.**

### **EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.**

#### **a) Declaración de concurso.**

##### **1. SOLICITUD DE CONCURSO Y DECLARACION DEL CONCURSO.**

El Anteproyecto introduce un nuevo artículo 5 bis, de cuyo tenor se desprende que el deber genérico que incumbe al deudor en orden a solicitar la declaración de concurso dentro del plazo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal, no será exigible pese a la concurrencia de los presupuestos subjetivos y objetivos, siempre que el deudor, antes del vencimiento del plazo referido, ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada del convenio.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A través de este precepto se pretende habilitar una medida que, tal y como refiere la Exposición de Motivos, supone una efectiva profundización en las alternativas al concurso, al incorporar la búsqueda de un acuerdo de refinanciación al catálogo de supuestos que permiten diferir la solicitud del concurso por parte del deudor.

Al margen de la mención de los acuerdos de refinanciación ya indicados, el artículo 5 bis introduce otras variaciones respecto del contenido del artículo 5.3 de la Ley Concursal. Por un lado, se dispone que el Juez receptor de la comunicación se debe limitar, sin realizar otro trámite adicional, a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor (número dos) y, por otra parte, se exime de la obligación de solicitar ulterior declaración de concurso cuando la situación precedente de insolvencia desaparece con motivo del acuerdo de refinanciación o a través de la propuesta anticipada de convenio (número tres).

Dado que el artículo 5 bis 2 no prevé que el órgano judicial deba dictar resolución alguna tras la presentación de la solicitud por parte del deudor, pues la presentación en sede judicial de tal solicitud simplemente supone que el deudor no incumple el deber de solicitar la declaración de concurso de manera temporánea, aun concurriendo los requisitos subjetivos y objetivos, quedando constancia de su intención de iniciar negociaciones en el sentido apuntado, y con el simple cumplimiento de ese requisito ya dispone de un plazo adicional para la presentación de la solicitud del concurso, ha de plantearse la existencia de razón que justifique la encomienda al Juez de la mera obligación de dejar constancia de la comunicación presentada, ya que, en sintonía con la estructura de la Oficina Judicial recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y las funciones que dicha norma y la Ley de Enjuiciamiento Civil asignan a los Secretarios Judiciales, esa dejación de constancia se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

debería encomendar a los Secretarios Judiciales quienes, de conformidad con la normativa antes indicada, son los habilitados para dejar constancia, mediante la dación de fe, de la comunicación presentada por el deudor, en el sentido establecido por el artículo 5 bis 2.

El número tres del artículo 5 bis introduce dos novedades que no deben pasar inadvertidas a pesar de su aparente obviedad. La primera de ellas viene referida al lapso temporal del que dispone el deudor para solicitar la declaración de concurso, haya o no logrado el acuerdo de refinanciación o las suficientes adhesiones para la admisión a trámite de la propuesta anticipada del convenio, que se fija para el mes siguiente hábil desde que transcurran los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud en el juzgado. La referencia al mes siguiente hábil permite que, en ocasiones, el plazo legal para presentar la solicitud de concurso por parte del deudor alcance los cinco meses desde la presentación de la solicitud a que se refiere el número uno del artículo 5 bis.

La otra novedad incide directamente sobre el deber de presentar la solicitud de concurso, deber del que se exime al deudor si dentro del mes hábil siguiente a que hayan transcurrido los tres meses desde la presentación de la comunicación al Juzgado, aquél no se encontrase ya en estado de insolvencia. La excepción que se contempla pone fin a una cuestión controvertida, ya que el artículo 5.3 de la Ley Concursal no hace referencia alguna al cese de de la situación de insolvencia durante el período de negociaciones. Tal omisión ha dado lugar a que ciertas interpretaciones, excesivamente vinculadas al tenor literal del precepto, hayan preconizado que la obligación de solicitar la declaración de concurso subsiste aunque se haya logrado remover la situación de insolvencia. Otras interpretaciones, proclives a armonizar el tenor del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo 5.3 de la Ley Concursal con los presupuestos objetivos del concurso, han considerado que la enervación de la pretérita situación de insolvencia exime del deber de solicitar la declaración de concurso. Dado que la reforma operada por el RDL 3/2009 de, 29 de marzo, no incluyó dentro del artículo 5.3 el supuesto de la refinanciación, probablemente tampoco contempló la posibilidad de superar la situación de insolvencia a través de la propuesta anticipada de convenio. Sin embargo, en la medida en que el Anteproyecto sí recoge el supuesto de refinanciación, que puede ser un instrumento hábil para superar la situación de insolvencia, la respuesta ofrecida es de todo punto adecuada, habida cuenta que carece de sentido seguir proclamando la necesidad de instar la declaración de concurso cuando el requisito material que sustenta tal declaración ha desaparecido.

El ordinal cuarto del número dos del artículo 6 incluye, dentro de los datos relativos a los acreedores, la necesidad de consignar el domicilio y la dirección electrónica de cada uno de ellos, con la finalidad de propiciar una mayor agilidad del procedimiento concursal.

La nueva redacción del artículo 7.1 reviste interés, en tanto que el prelegislador impone al acreedor que inste la declaración de concurso la obligación de detallar el hecho presunto revelador de la insolvencia en que funda su solicitud. De ese modo, se introduce una mejora técnica sobre el texto vigente, que contribuye a delimitar el hecho determinante de la situación de iliquidez que se atribuye al deudor, la cual deberá ser ulteriormente acreditada a través de los medios de prueba que se propongan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2.

Particular atención merecen las novedades introducidas en el artículo 15. El número uno del precepto estatuye un régimen



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

diferenciado para el caso de que la solicitud de declaración de concurso haya sido presentada por un acreedor y la misma tuviera como fundamento la práctica de un embargo, la infructuosa investigación de patrimonio o la declaración administrativa o judicial de insolvencia. Dada la intensidad de los indicios aportados, de cara a calibrar la situación de insolvencia, el prelegislador impone al Juez la obligación de dictar el auto de declaración con extraordinaria prontitud, a saber, al día siguiente hábil, sin perjuicio de que contra dicha resolución, el deudor y los demás interesados puedan deducir los recursos a que se refiere el artículo 20.

Esta previsión, aunque pueda parecer que se apoya en un hecho revelador del estado de insolvencia difícilmente cuestionable, olvida que si bien el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia, en el caso del concurso necesario la acreditación de la misma ha de venir necesariamente sustentada en alguno de los hechos reveladores de la misma a que se refiere el artículo 2.4 de la LC, siendo así que el proyectado artículo 15.1 no coincide exactamente con ninguno de los hechos reveladores a que se refiere el citado artículo, cuya redacción no se modifica. En particular, el resultado negativo de la averiguación patrimonial o la declaración de insolvencia dictada en un procedimiento administrativo o judicial, no son equiparables al embargo infructuoso citado en el artículo 2.4 de la LC, si tenemos en cuenta que aquellos hechos pueden no estar actualizados.

En segundo lugar, toda vez que se vincula la declaración de concurso necesario a un extremo fáctico constatado en otro procedimiento, respecto del cual no se establece una inmediatez temporal, o al contenido de la resolución dictada en otra jurisdicción, ello da lugar a un automatismo en la declaración de concurso, que priva al juez del concurso de una competencia esencial, cual es el análisis de





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la situación económica del deudor y la consideración de si el mismo está o no en situación de insolvencia. En este sentido hubiera sido más conveniente establecer una presunción de insolvencia a desvirtuar por el concursado, admitiendo prueba en contrario o, a modo de medida cautelar inaudita parte, admitir frente a la declaración de concurso una oposición del deudor –como ya se barajó en el informe de la Comisión de Codificación–. El hecho de que se permita recurrir el auto declarando el concurso no mejora la situación, pues la ausencia de cualquier fase de cognición previa y de alegación y prueba por las partes, limita la facultad del tribunal de apelación a examinar las alegaciones del recurrente, privando en todo caso al propio instante de cualquier prueba al respecto.

Cuando la solicitud se fundamente en hechos distintos de los previstos en el número aludido, se mantiene el régimen jurídico establecido en el artículo 15.1 de la vigente ley Concursal, quedando facultado el deudor para poder formular oposición a la solicitud de concurso, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

El número tres del artículo 15 también ha sido objeto de modificación por el Anteproyecto. El párrafo segundo del número indicado reproduce de manera casi literal la actual redacción del artículo 15.3, mientras que el párrafo primero introduce una regla en virtud de la cual, una vez realizada por el deudor la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis, hasta en tanto no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancias de otros legitimados distintos del deudor.

La exégesis de ambos párrafos no se antoja sencilla. Al amparo de la vigente Ley Concursal, las solicitudes de concurso presentadas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

con posterioridad a la comunicación efectuada por el deudor, de conformidad con el artículo 15.3, sólo se proveerán cuando transcurra el plazo de un mes sin que el deudor haya presentado la solicitud de concurso; si el deudor presenta solicitud de concurso dentro del plazo de un mes, dicha solicitud se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 14 y, una vez declarado el concurso, las solicitudes previamente presentadas y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos y se tendrán por comparecidos a los solicitantes. Como se ve, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Concursal, tras la presentación por el deudor de la comunicación prevista en el artículo 5.3 de la citada Ley, los acreedores pueden presentar solicitudes de declaración de concurso, tanto durante el plazo de tres meses del que dispone el deudor para lograr adhesiones a la propuesta anticipada de convenio, como durante el mes adicional durante el cual ha de formular la solicitud de concurso. Dichas solicitudes serán admitidas a trámite, con emplazamiento al deudor, una vez vencido el plazo de un mes sin que éste haya presentado la solicitud de concurso.

Por el contrario, el párrafo primero del artículo 15.3 del Anteproyecto impide que sean admitidas a trámite las solicitudes de los acreedores formuladas durante el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 5 bis y traspone la aplicación de lo previsto en el vigente artículo 15.3 para aquellas solicitudes formuladas por los acreedores dentro del plazo del mes siguiente hábil al transcurso de los tres meses de que dispone el deudor para obtener refinanciación o lograr suficientes adhesiones para la propuesta anticipada de convenio, estableciéndose un régimen jurídico distinto, según haya transcurrido o no el plazo de los tres meses a que se refiere el artículo 5 bis.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La modificación operada en el artículo 15.3 puede traer causa de que con la nueva redacción dada al artículo 5 bis, las negociaciones entabladas por el deudor tengan por objeto evitar la declaración del concurso y, como en la práctica es bien conocido que el efecto negativo que para el éxito de la negociación genera la publicidad relativa a la solicitud de concurso por un tercero, se pretende precaver a la negociación de cualquier injerencia o presión externa en forma de solicitud de concurso necesario. Sin embargo, una vez transcurrido ese plazo parece razonable y acertado que el legislador mantenga una previsión en el párrafo segundo que es semejante al actual artículo 15.3, precisamente para asegurar que el acreedor que ha reaccionado en primer lugar va a seguir gozando de los beneficios que en la actualidad se recogen en el artículo 84.2.1 y 91.6 LC.

Por último, también debe destacarse que el Anteproyecto suprime el número dos del artículo 14 que, en la actualidad, regula el modo de complementar la acreditación de la insolvencia invocada por el deudor, si el Juez estima que los datos aportados son insuficientes. Esta supresión debe ser valorada de manera positiva, pero probablemente resulte insuficiente, y sea aconsejable volver al carácter confesorio de la solicitud de concurso. La excesiva carga de trabajo hace que el Juez mercantil demore en ocasiones el cuidadoso examen de la solicitud y, en concreto, la justificación del estado de insolvencia actual o inminente. Si bien, desde un punto de vista teórico, tiene sentido que la exigencia de la acreditación de la insolvencia, para evitar posibles fraudes, en la práctica son inusuales estos fraudes y, además, habría medios para, a posteriori, detectarlos y sancionarlos. Si la solicitud de concurso tuviera carácter confesorio de la insolvencia, la admisión sería, como en otros países, poco menos que automática y podría aspirarse a que fuera declarado el concurso el mismo día de la solicitud o al día siguiente, y la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

falta de información y documentación podría subsanarse con posterioridad a la declaración, sin perjuicio de que además operara, como incentivo a la correcta solicitud, la posibilidad de calificar culpable el concurso sobre la base de lo previsto en los artículos. 164.2.2º y 165.2º LC.

El artículo 21 también es objeto de algún retoque por parte del Anteproyecto. En concreto, el ordinal cuarto del número uno prevé que el auto de declaración de concurso no sólo ha de recoger que el deudor ha solicitado, en su caso, la liquidación sino también si ha presentado o no propuesta anticipada de convenio. El número cuatro del referido artículo contempla que la comunicación que, sin demora alguna debe realizar la administración concursal a los acreedores, se podrá efectuar por medios telemáticos informáticos y electrónicos. Igualmente –y ello supone una novedad– dicha comunicación también se deberá realizar a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, con la finalidad de que dichos organismos sean conocedores de la obligación de comunicar sus créditos –si los hubiere– en la forma establecida en el artículo 85.

El párrafo segundo del artículo 23.1 presenta, como principal novedad en lo relativo a la publicidad concursal, la inclusión del domicilio postal y la dirección electrónica que se hayan señalado para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de sus créditos, de conformidad con lo previsto en el artículo 85. Esta innovación dotará de mayor eficacia a la tramitación relacionada con la comunicación y reconocimiento de los créditos. Según reza el artículo 85.2 del Anteproyecto, el domicilio postal y la dirección electrónica señaladas a efectos de comunicación serán únicos y deberán ser comunicados al juzgado por el administrador concursal al tiempo de la aceptación del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cargo o, en su caso, al tiempo de la aceptación del segundo de los administradores designados.

En este apartado, debe quedar constancia de que, a fecha de hoy, no ha sido elaborado el reglamento que, de conformidad con lo previsto en la Disposición adicional tercera del Real decreto Ley 3/2009, debe desarrollar la estructura, contenido y el sistema de publicidad a través de este Registro y los procedimientos de inserción y acceso. Ello está generando situaciones problemáticas en el concurso, en momentos clave como es el de la publicación del Informe de la administración concursal, documento esencial para los acreedores cuya publicidad, tras el Real Decreto Ley 3/2009, no se prevé que se realice mediante el BOE, sino a través de edictos y del Registro Público Concursal, con lo que en la práctica ( sólo existe la web publicidad concursal, regulada en el RD del año 2005), se están dando situaciones de auténtico desconocimiento del contenido del informe y con ello, los acreedores se ven privados de impugnar vía incidente concursal el listado de acreedores.

## 2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El artículo 8 también es objeto de modificación. Dicho precepto es de capital importancia para delimitar el ámbito objetivo de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. La concreta modificación que se lleva a cabo incide sobre el ordinal séptimo cuya redacción pasa a ser la siguiente: *“Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial del concurso, a la persona jurídica”*. La modificación que se lleva a cabo está revestida de mayor concisión y precisión



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

terminológica; se sustituye el término “concurtido” por el de “persona jurídica concursada” y se alude, simplemente, a los daños y perjuicios originados, sin hacer mención alguna a las deudas sociales. No obstante, se mantiene el requisito de que los daños y perjuicios han de ser los ocasionados a la persona jurídica concursada, lo cual suscita un problema, cuyo tratamiento se abordará al analizar el contenido del artículo 50, en relación con las acciones de responsabilidad dirigidas contra los administradores de las sociedades de capital por incumplir los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de liquidación.

### 3. CONCURSOS CONEXOS.

El Capítulo II del Título I ha sido objeto de importantes modificaciones por parte del Anteproyecto, llegando, incluso, a fijar la regulación de los concursos conexos en un capítulo independiente. La Memoria destaca la importancia que la medida adoptada reviste para los denominados grupos de sociedades definidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, habida cuenta que se faculta la tramitación coordinada, bien sea a través de la acumulación de concursos de varios deudores con motivo de una solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación posterior de varios concursos previamente declarados de manera independiente.

Tal y como se ha estructurado el Capítulo II, el artículo 25 regula la declaración conjunta de concurso de varios deudores; el artículo 25 bis se ocupa de la acumulación de los concursos y el artículo 25 ter versa sobre la tramitación coordinada de los concursos declarados conjuntamente y de los acumulados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La declaración conjunta del concurso de varios deudores a instancia de éstos supone una verdadera innovación. Para que la declaración conjunta de concurso pueda operar, los requisitos exigidos difieren en función de que la solicitud haya sido formulada por los deudores (artículo 25.1) o por los acreedores (artículo 25.2) ya que, en el primero de los supuestos, dicha opción será factible siempre que los deudores sean cónyuges o pareja de hecho inscrita; administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, administradores de ésta, así como cuando formen parte de un mismo grupo de sociedades. El artículo 25.1 adolece de cierta incorrección en su redacción, porque parece repetir dos veces la posibilidad de acumular los concursos de los administradores. Parece que el primer inciso se refiere a la solicitud conjunta de concurso de administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de una misma persona jurídica, y el inciso final a la acumulación del concurso del administrador al de la persona jurídica. Debería aclararse que pueden solicitarse conjuntamente los concursos de la persona jurídica y de sus administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas sociales, que es el supuesto que está previsto en el vigente artículo 25.1 LC.

Por el contrario, si la solicitud se formula por un acreedor, igualmente se prevé el supuesto de que los deudores sean cónyuges o pareja de hecho inscrita o que formen parte del mismo grupo de sociedades, pero se omite cualquier referencia a los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, al aludir simplemente al caso de que entre los deudores exista confusión de patrimonio, extremo al que no se alude en supuestos de declaración conjunta de concurso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

voluntario No se alcanza a comprender las razones por las que se estatuye un régimen jurídico diferenciado en función de la persona que solicite la declaración conjunta de concurso. Sin perjuicio de las observaciones que más adelante se realizarán respecto del artículo 25 bis, dicho precepto permite la acumulación de los concursos ya declarados que afecten a los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la personal jurídica, amén de aquellos otros que tuvieren sus patrimonios confundidos. Por ello, en la medida en que el régimen general que se asigna tanto a la acumulación como a la declaración conjunta de concursos es el previsto en el artículo 25 ter, que impone la tramitación de forma coordinada, pero sin consolidación de masas, habría sido preferible no establecer diferenciación alguna para la declaración conjunta de concursos, sea quien fuere el promotor de la solicitud. Por ello, también sería conveniente armonizar el contenido del artículo 3.5 de la LC –que no ha sido reformado– con el del artículo 25.2 del Anteproyecto

El número tres del artículo 25 introduce una regla en virtud de la cual, será competente para conocer el juez del lugar donde radique el centro de los intereses principales del deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante, salvo que el concurso no se solicite respecto de ésta, en cuyo caso será el de la sociedad de mayor pasivo. Para la determinación del órgano judicial al que corresponderá conocer en los supuestos de declaración conjunta de concursos, resulta necesario concordar el contenido del artículo 25.3 con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Concursal, precepto que define lo que ha de entenderse por el centro de los intereses principales del deudor.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En lo que concierne a la acumulación de los concursos ya declarados, el artículo 25 bis reserva, con carácter principal, a la administración concursal la facultad de solicitar del Juez la referida acumulación. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el vigente artículo 25, cualquiera de los acreedores podrá instar del juez la acumulación de los concursos, en defecto de solicitud en tal sentido de la administración concursal (artículo 25 bis 2).

Los requisitos objetivos que habilitan la acumulación de los concursos se detallan en los ordinales 1º a 5º del número uno del artículo 25 bis del Anteproyecto, que amplía el catálogo de supuestos incluidos en el artículo 25 de la Ley concursal a las parejas de hecho inscritas y para aquéllos que tuvieran sus patrimonios confundidos. Llama la atención, que dentro del artículo 25 bis 1 no se haya incluido a los administradores junto a los socios, miembros o integrantes de una personal jurídica, máxime cuando estos últimos están indicados dentro del artículo 25.1.

En este apartado, el Anteproyecto mejora el régimen jurídico relativo a la acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo, ya que bajo una interpretación literal del vigente artículo 25.1 Ley Concursal, sólo cabe la acumulación de los concursos de sociedades dominadas al de la dominante, mientras que con la proyectada redacción se pueden acumular concursos de sociedades del mismo grupo, aun cuando no concurse la dominante. Asimismo, con acertado criterio, se modifica la legitimación para instar la acumulación que en la redacción vigente sólo se atribuye a la administración concursal de la persona jurídica o de la sociedad dominante, o, en su caso, de cualquiera de los cónyuges. En el proyectado artículo 25 bis se atribuye la legitimación para instar la acumulación de los concursos ya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

declarados a cualquiera de los deudores o a cualquiera de las administraciones concursales (apartado 1º), y, en defecto de solicitud por la administración concursal, a cualquiera de los acreedores (apartado 2º). Debería añadirse en este segundo apartado la necesidad de justificar que se ha requerido a la administración concursal para que instara la acumulación. Al igual que se ha comentado respecto del apartado 1º del artículo 25, en el artículo 25 bis 1, con el cambio de redacción no queda claro que la acumulación del concurso de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica, se hará al concurso de la persona jurídica. Tal y como ha quedado redactado, parece referido a los concursos de los mismos, porque se omite la referencia que actualmente se contiene a la acumulación al concurso de la persona jurídica en el primer inciso y, por ello, se propone la siguiente redacción del artículo 25 bis 1.3º: *“De los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica, al concurso de ésta”*.

El número tres del artículo 25 bis refiere que la acumulación de concursos será procedente aunque los mismos hayan sido declarados por diferentes juzgados fijándose, para ese caso, una regla en virtud de la cual, se atribuirá la competencia al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo, o en su caso, del concurso de la sociedad dominante, excepto que no se hubiera solicitado respecto de ésta, en cuyo caso corresponderá conocer al juez que primero hubiera conocido del concurso de cualquier de los deudores.

Del contenido del precepto citado se infiere la existencia de una regla general, y otra especial para los grupos de empresas. Sorprende que el criterio general, en función del cual corresponde conocer al Juez



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

del concurso del deudor de mayor pasivo, no se haya extrapolado a los grupos de empresas para el caso de que no se haya solicitado el concurso respecto de la empresa dominante, a diferencia de lo que acontece para la declaración conjunta de concursos, que como se ha puesto de relieve con anterioridad, sigue el criterio del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad deudora con mayor pasivo. En relación con este artículo, son varias las observaciones que cabe formular. En primer lugar, se propone corregir un defecto en la redacción del artículo 25 bis apartado 3. Teniendo en cuenta que se trata de la acumulación de concursos ya declarados, no debe decir “*o cuando el concurso no se solicite respecto de ésta*” (concurrada), sino “*o cuando ésta no haya sido declarada en concurso*”. La expresión utilizada está justificada en el artículo 25.3 pero no en el artículo 25 bis.3. Asimismo proponemos que, en lugar de decir “*el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las deudoras*”, se diga “*el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo*”.

Obsérvese que hay un cambio de criterio en la competencia cuando no concursa la sociedad dominante, entre la declaración conjunta de concurso y la acumulación de concursos, de sociedades del grupo (artículos. 25.3 y 25 bis. 3 del Anteproyecto). Estimamos justificado el diferente criterio adoptado ya que en el caso de concursos acumulados si no concursa la matriz, lo coherente, al tratarse de procesos acumulados, sería optar por el criterio del juez que declaró el primer concurso de una sociedad del grupo (frente al criterio del mayor pasivo).

Se aprecia, asimismo, una omisión en el criterio determinante de la competencia para la acumulación de los concursos de socios,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica, que entendemos debe corresponder al juzgado que conozca del concurso de la persona jurídica, y no al que conozca del deudor con mayor pasivo.

## **b) La administración concursal.**

### **1. CONDICIONES SUBJETIVAS PARA EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES CONCURSALES.**

Uno de los principales ejes de la reforma proyectada tiene que ver con la administración concursal. Dice la Exposición de Motivos que la reforma busca una mayor profesionalización de los administradores concursales, “al tiempo que su papel y responsabilidad se ven notablemente realzados”, destacando “la potenciación que se efectúa de las funciones de la administración concursal y el refuerzo de los requisitos para ser nombrado administrador concursal”. En esa misma línea sitúa “el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal”, particularmente porque algunas de sus formas, como la sociedad profesional, “favorecen el ejercicio de esta función por profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia”. Sobre este punto, la Memoria indica que el Anteproyecto trata de potenciar el nombramiento en todo concurso de un solo administrador concursal persona jurídica, y en concreto de sociedades profesionales cuyo objeto social sea precisamente el ejercicio de la administración concursal, todo ello con la finalidad de abaratar el concurso y hacer más eficiente la actuación de la administración concursal.

Sin embargo, si se examina la parte del articulado concerniente a esta materia, se observa que el proyectado artículo 27 LC prevé suprimir



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la exigencia de que los dos miembros técnicos de la administración concursal (el abogado en ejercicio y el economista, titulado mercantil o auditor de cuentas) deban tener una experiencia de al menos cinco años de ejercicio efectivo, supresión que no parece ir en la línea de lograr una mayor profesionalización o de reforzar los requisitos exigidos para ser nombrado administrador concursal. A cambio, lo que el proyectado artículo 27.3 LC prevé es que los profesionales que muestren su disponibilidad a desempeñar la función de administrador concursal, mediante su inclusión en las listas que cada año se elaborarán en los decanatos de los juzgados competentes, pongan de manifiesto “su formación en materia concursal”, así como su compromiso de continuidad en la formación en esta materia (actualmente, este laxo compromiso, y no por tanto una formación efectiva en materia concursal, es todo lo que exige el vigente artículo 27.3 *in fine* LC). A aquellos profesionales cuya colegiación no sea obligatoria se les exigirá que justifiquen documentalmente la formación recibida (no específicamente la relativa a la materia concursal). En fin, todos los profesionales implicados podrán solicitar que en la lista se deje constancia de sus conocimientos o formación especiales que puedan ser relevantes a efectos de su función, así como de su experiencia como administradores concursales o auxiliares delegados en otros concursos. Todo ello, como se ve, pone el acento en los conocimientos y experiencia específicos en materia concursal, pero no permite garantizar una efectiva dedicación profesional previa relativa al desempeño de la profesión de que se trate. Ahora bien, es cierto que con la reforma planeada, ciertos expertos (v. gr. juristas que no han ejercido como abogados un determinado periodo de tiempo pero que poseen contrastados conocimientos de Derecho concursal) tendrán más sencillo su nombramiento como administradores concursales. El Anteproyecto parece así patrocinar un giro –no explícito ni definitivo– hacia un modelo de *profesionalización estricta* de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administración concursal (de tal modo que la función sea desempeñada por sujetos especialistas en la gestión de procedimientos concursales), en detrimento del modelo de *profesionalización por adición* que hasta ahora recogía la LC. Pese a todo, no abandona la fórmula –típica del modelo de profesionalización por adición– de exigir que uno de los miembros técnicos de la administración concursal sea un abogado, mientras que otro sea un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas.

A lo anterior se añade que el proyectado artículo 27.4 LC contiene, en su primer párrafo, un mandato dirigido al Juez para que aplique un sistema que asegure una “distribución equitativa de designaciones” entre los distintos profesionales incluidos en las listas. Semejante mandato implica una auténtica igualación de dichos profesionales, con independencia de la experiencia y de los conocimientos o formación de cada uno. Al mismo tiempo puede conllevar una merma de las facultades del Juez para nombrar a un administrador concursal de su confianza, si bien el precepto permitirá al Juez que, motivadamente, designe a unos concretos administradores concursales cuando lo exija la complejidad del concurso o la previsible necesidad de poseer una experiencia o una formación o conocimientos especiales (artículo 27.4.1º LC). Esa exigencia de motivación, dicho sea de paso, puede ser fuente de impugnaciones y erigirse así en causa de dilatación del procedimiento. En suma, sólo de forma excepcional podrá quebrar el sistema ordinario de designación equitativa al que deberá atenerse el Juez, dando entrada entonces realmente al factor de la experiencia y los conocimientos o formación de los administradores concursales. Por otra parte, debería tenerse en cuenta que el artículo 28.2 LC, cuya reforma no se prevé, ya indica que “en el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieren sido designados para dicho cargo por el mismo Juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores”.

La experiencia [concurzal] previa también es tenida en cuenta por el proyectado artículo 27.4 LC en su segundo ordinal, en este caso para ordenar al juez que en los concursos ordinarios designe para la función a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en al menos cinco procedimientos abreviados ya concluidos. Se trata, nuevamente, de una pauta propia de un sistema de profesionalización estricta. No obstante, se permite al Juez que se aparte de este mandato cuando considere idónea la formación y experiencia de otros profesionales en atención a la complejidad del concurso.

En cuanto a la posibilidad de que el administrador concursal sea una persona jurídica, el último párrafo del proyectado artículo 27.1 LC introduce una nueva previsión al respecto, según la cual la exigencia de que los dos miembros técnicos de la administración concursal sean un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, respectivamente, se entenderá cumplida “si se trata de personas jurídicas que integren a ambos tipos de profesionales y garanticen la debida independencia y exclusividad en el desarrollo de las funciones de administración concursal”. En esto se traduce el anuncio efectuado, tanto en la Exposición de Motivos como en la Memoria, acerca de la *potenciación* del nombramiento en todo concurso de un solo administrador concursal persona jurídica, la cual reúna en concreto la condición de sociedad profesional cuyo objeto social sea el ejercicio de la administración concursal. El objetivo de la norma, por tanto, es que



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

con el nombramiento de una persona jurídica de ese tipo se logre, de una sola vez, la designación de los dos miembros técnicos de la administración concursal. Dicho objetivo, que es plausible, aunque puede entrañar el riesgo de monopolización de los nombramientos de administradores concursales por sociedades del tipo descrito, tiene el riesgo de entrar en contradicción con la incompatibilidad contemplada en el artículo 28.4 LC, que no se prevé reformar. Al mismo tiempo, debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 30 LC sobre el modo de articular la representación de las personas jurídicas cuando éstas sean nombradas administradores concursales. Este precepto prevé que cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. Dado que el futuro artículo 27.1.II LC parece admitir la posibilidad de designar como administrador concursal a una sola persona jurídica que agrupe en su seno a técnicos de las dos especies a que se refieren los ordinales 1º y 2º del primer párrafo de ese precepto, que además la norma en proyecto subraya la necesidad de que la persona jurídica garantice en esos casos “la debida independencia y exclusividad en el ejercicio de las funciones de administración concursal”, y que debe salvaguardarse la estructura trimembre de la administración concursal, todo indica que la persona jurídica designada deberá comunicar en esos casos la identidad de dos personas naturales, las cuales representarán a aquélla en el ejercicio del cargo. Obviamente, uno de esos dos sujetos deberá poseer cualificación técnico-jurídica y el otro técnico-económica, lo que a su vez permitirá dar cumplimiento al mandato del último apartado del artículo 30 LC, según el cual, “cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona natural que designe como representante”. Quizás no fuera superfluo aclarar este extremo, ora en el propio artículo





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

27.1.II, cuya reforma se prevé, ora en el artículo 30 LC. Como también resultaría adecuado puntualizar de qué modo tendrán reflejo las personas jurídicas administradores en los listados de profesionales que deberán constar en los decanatos de los juzgados competentes, y el modo en el que dentro de dichas listas se hará constar que la persona jurídica en cuestión agrupa en su seno a profesionales de las dos especies a las que se refieren los ordinales 1º y 2º del artículo 27.1 LC.

## 2. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL UNIPERSONAL Y LOS AUXILIARES DELEGADOS.

Aparte de lo ya señalado en relación con las personas jurídicas administradores que integren a profesionales tanto de tipo jurídico como económico, la reforma potencia la figura de la administración concursal unipersonal fundamentalmente por la vía de eliminar la excepción a la regla de que en el procedimiento abreviado la administración concursal esté integrada por un único miembro, que podrá ser abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas (vid. dicho cambio en el proyectado artículo 191.2 LC). Ello unido al dato de que el artículo 190 LC, a tenor del Anteproyecto, ampliará el espectro de concursos que podrán ser tramitados conforme a las reglas del procedimiento abreviado [lo que constituye otro de los objetivos de la reforma, como más adelante se verá], da como resultado un mayor número de supuestos en los que la función de la administración concursal podrá ser desempeñada por un solo sujeto. El proyectado artículo 191.2 LC prevé asimismo, de forma expresa, que ese único miembro de la administración concursal pueda ser una persona jurídica. Dicha puntualización parece innecesaria, pues ello iría de suyo por virtud de una aplicación combinada de los artículos 27 y 30 LC, y partiendo de la premisa de que en todo lo no regulado expresamente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

para el procedimiento abreviado se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario (vid. proyectado artículo 191.1 LC).

En otro orden de cosas, destaca la Memoria que en los casos de administración concursal unipersonal, “el designado deberá designar un auxiliar delegado que ostentará la condición profesional (bien de auditor o economista, bien de abogado) que no tenga el administrador concursal unipersonal nombrado”. Asimismo, subraya la contemplación de otros supuestos “en los que el nombramiento del auxiliar delegado va a ser obligatorio (en el nuevo artículo 32.1)”. Sin embargo, si se repasa el texto del articulado, se constata que el prelegislador no ha dispuesto el preceptivo nombramiento por el administrador concursal único de un auxiliar delegado, y menos aún ha especificado la condición técnica que éste deberá ostentar, complementaria de la del propio administrador, por lo que debería cohonestarse el articulado con lo descrito en la Memoria, o viceversa. Lo único que dispone a este respecto el nuevo párrafo segundo del proyectado artículo 32.1 LC es que, cuando haya un único administrador concursal, “el Juez *podrá* designar un auxiliar delegado en el que dicho administrador podrá delegar sus funciones conforme al párrafo anterior”. Como se ve, dicha designación se contempla como facultativa y no como obligatoria por parte del Juez. El asunto no es baladí, pues la retribución de los auxiliares delegados corre a cargo de los administradores concursales (artículo 32.2 LC), por lo que cualquier obligación a ese respecto repercutirá en la remuneración de estos últimos. Por lo demás, esta nueva previsión no deja de resultar chocante, pues la razón de ser del nombramiento de auxiliares delegados, conforme indica el actual artículo 32.1 LC [y futuro primer párrafo de ese precepto], es precisamente que dicho nombramiento *venga exigido por la complejidad del concurso*, siendo así que, por definición, si por algo se caracterizan los concursos a los que la Ley



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ordena que se aplique el procedimiento abreviado –para el cual se prevé la figura de la administración concursal unipersonal– es por revestir *escasa complejidad* (vid. artículo 190.1 LC en proyecto).

En cuanto al precepto relativo a la obligación de nombrar auxiliares delegados para ciertos supuestos (futuro artículo 32.1.II LC), debe valorarse positivamente la facultad de que el nombramiento de este tipo de auxiliares pueda imponerse a la administración concursal por el Juez, frente al sistema actual en el que dicho nombramiento queda por entero a la iniciativa de la propia administración concursal. No obstante, quizás el modelo debería ser el de dejar un margen de discrecionalidad al Juez para que valore la procedencia o no de nombrar auxiliares delegados, sin que la norma imponga de forma necesaria, también para el Juez, el nombramiento obligatorio de tales auxiliares en determinados casos tasados. Por lo demás, debe señalarse la existencia de una descoordinación que afecta al cuarto de los supuestos previstos en ese artículo 32.1.II, referido a la obligación de nombrar auxiliar delegado en los concursos conexos. En el proyectado artículo 27.7 LC, lo que se dice para el supuesto de concursos conexos es que el Juez competente para su tramitación, “*podrá* nombrar en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única designando auxiliares delegados”. Esto significa que, puesto que no en todos los concursos conexos habrá una administración concursal única [a no confundir con una administración concursal compuesta por un único miembro] para todos ellos, tampoco se designarán necesariamente auxiliares delegados que dependan de la misma. De ahí que quepa sugerir una enmienda en el proyectado artículo 32.1.II.4º LC, conforme a la cual la obligación de nombrar al menos un auxiliar delegado se aplicaría sólo “en concursos conexos *en los que se haya nombrado una administración concursal única*”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

### 3. NUEVOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES AL ACEPTAR EL CARGO.

La reforma que afectará al artículo 29 LC tiene dos vertientes, ambas relacionadas con los deberes que ha de atender el administrador concursal al aceptar el cargo. De un lado, se prevé exigir que los administradores concursales acrediten ante el Juez que tienen suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función [de acuerdo con el régimen de responsabilidad diseñado en el artículo 36 LC]. Semejante exigencia está en consonancia con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («Ley Paraguas»). En segundo lugar, se prevé (futuro nuevo apartado 4 del artículo 29 LC) que “al aceptar el cargo, el administrador concursal único o el segundo de los administradores, en caso de órgano trimembre, deberán facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica a las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación”. Esta previsión debe relacionarse con la modificación, también proyectada, del artículo 85 LC, en virtud de la cual la comunicación de los créditos –en escrito firmado por el acreedor, cualquier otro interesado en el crédito o representante de uno u otro– ya no “se presentará en el juzgado”, como hasta ahora viene diciendo dicho precepto, sino que “se dirigirá a la administración concursal”, pudiendo presentarse en el domicilio por ésta designado, o inclusive por medios electrónicos. Ciertamente, esta previsión puede coadyuvar a aliviar el atasco que, según la Memoria, sufre la Oficina judicial por causa de las masivas comunicaciones de créditos en formato papel que, dirigidas a la administración concursal, pasan antes por aquélla. Sin embargo, es dudoso que la medida redunde en una agilización de los concursos, ya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que el coste de gestión de la recepción de todas esas comunicaciones se desplaza sencillamente a la administración concursal, si bien es cierto que un cierto paliativo puede venir dado por el empleo de los medios electrónicos.

#### 4. SUPRESIÓN DEL LIBRO LEGALIZADO DE ACTAS Y FACILITACIÓN DE LA TOMA DE ACUERDOS.

Con el objetivo igualmente de agilizar la tramitación del concurso, en este caso por la vía de facilitar la toma de acuerdos y de aligerar las cargas burocráticas de la administración concursal, el apartado 17 del Anteproyecto prevé modificar la redacción del artículo 35.4 LC. Con arreglo a la nueva dicción, “los acuerdos adoptados sin la aquiescencia de la totalidad de los administradores concursales se consignarán en documentos firmados por todos ellos”, añadiéndose que “en caso de administración concursal plural para la representación del órgano será bastante la firma de dos de ellos”. Es claro que esto significa suprimir la previsión, actualmente vigente, de que todas las decisiones de la administración concursal, sean éstas individuales, mancomunadas o colegiadas, excepto las de mero trámite o gestión ordinaria, sean consignadas en actas que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado. Desaparece pues este libro legalizado de actas que, a decir de la Memoria, había causado problemas prácticos.

Es en cambio menos evidente lo que ello implica en el plano, no ya de la documentación de los acuerdos, sino de la toma en sí de decisiones, y a dilucidarlo no ayuda la apreciación de la Memoria acerca de que se ha tratado de atender el problema detectado en la práctica concerniente a la desigual participación de los tres miembros de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administración concursal, de tal forma que “para sus acuerdos bastará la firma de dos de ellos”. Sin embargo, la previsión del proyectado artículo 35.4 podría entrar en contradicción con lo dispuesto en el artículo 35.2 LC, cuya reforma en cambio no se contempla. Señala este último precepto que cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones del órgano se ejercerán de forma colegiada, adoptándose las decisiones por mayoría, lo que parece conllevar la necesidad de convocar a todos los miembros del órgano y de adoptar la decisión mediante una votación. Ambas normas deberían ser coherentes a lo largo de la restante tramitación legislativa de la norma en proyecto.

#### 4. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE BIENES Y DERECHOS DE LA MASA ACTIVA PREVIOS A LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO O A LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN.

Un principio asentado en sede de efectos sobre el deudor de la declaración de concurso venía siendo el de la imposibilidad de enajenar o gravar, sin autorización del Juez, los bienes o derechos de la masa activa hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, con excepción únicamente de los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Dicho principio, basado en la convicción de que es el juez el que se halla en mejor posición para valorar si los actos de disposición en cuestión pueden servir a la finalidad de conservar el patrimonio del deudor del modo más conveniente para los intereses del concurso (*id est*, para la mayor satisfacción posible de los acreedores concursales), tiene reflejo en el actual artículo 43.2 y 3 LC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La reforma en proyecto prevé introducir un cambio sustancial en esta materia, al disponer el futuro artículo 43.2 LC que “hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, en interés del concurso, la administración concursal podrá realizar los actos de disposición necesarios para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso, comunicándolo inmediatamente al Juez del concurso acompañando la justificación de su necesidad y de los actos realizados”. En el resto de supuestos la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que integran la masa activa, seguirá necesitando autorización del Juez, si bien el precepto en proyecto prevé que “el Juez autorizará, a solicitud del deudor o de la administración concursal, la venta de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que a esos bienes se haya dado en el inventario”, entendiéndose que “esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior”.

Así las cosas, la regla pasará a ser que los bienes y derechos que integran la masa activa pueden ser objeto de actos de disposición por la administración concursal –no por el deudor, aunque éste conservara sus facultades patrimoniales y se hallara sometido a mera intervención de la administración concursal–, pues será relativamente fácil para ésta justificar ante el Juez que la enajenación o gravamen de determinados bienes resultaba necesaria para garantizar la viabilidad de la empresa o para atender las necesidades de tesorería exigidas por la continuidad del concurso (aunque el Anteproyecto no deja claro qué sucede si el Juez, tras serle comunicado por la administración concursal, no estima suficientemente justificado el acto de disposición, y en definitiva no deja



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

claro el margen de control que el Juez tiene en estos casos). Inclusive para la eventualidad de que no se dé ninguna de esas circunstancias, y de que por consiguiente fuese teóricamente precisa la autorización judicial al acto de disposición, el precepto se ocupa de neutralizar prácticamente las facultades al respecto del Juez, pues viene a ordenar a éste (“el Juez autorizará”) que preste dicha autorización cuando se trate de realizar el valor de determinados bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, a petición –aquí sí– tanto del propio deudor como de la administración concursal, y siempre que detecte una coincidencia entre las ofertas presentadas y el valor que dichos bienes tengan asignado en el inventario, extremo que a su vez deberá valorar conforme a la pauta que la propia norma le facilita: diferencia inferior a un diez por ciento en el caso de los inmuebles, e inferior a un veinte por ciento en el caso de los muebles, entre la oferta recibida y el valor inventarial de dichos bienes.

La reforma proyectada redundará, por tanto, en una disminución de la capacidad del Juez del concurso para incidir en la toma de decisiones relativas a la enajenación o gravamen de los bienes que conforman la masa activa del concurso. Ciertamente, en el segundo de los casos examinados la Ley proporcionará un criterio suficientemente objetivo, de tal forma que quede asegurada la preservación de valor de la masa activa, sin embargo los criterios ofrecidos en el primer caso (garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso) son mucho menos definidos. Como forma de paliar los posibles riesgos que ello entraña, cabe plantear la oportunidad de que el proyectado artículo 43.2 LC exigiera que la decisión de la administración concursal relativa a la realización de actos de disposición sin contar con la autorización del Juez, debiese ser adoptada excepcionalmente con aquiescencia de todos sus miembros.





Para terminar, debe hacerse una puntualización terminológica referida a la proyectada modificación del artículo 43.3 LC, pues resulta innecesaria. El cambio que se prevé introducir en él se refiere al paso del singular al plural en la expresión “apartado anterior” (en lugar de “se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos...”, se diría “se exceptúan de lo dispuesto en los apartados anteriores los actos...”). Sin embargo, el Anteproyecto sólo alterará el apartado inmediatamente anterior –el número 2–, al cual se dota de varios párrafos. Es decir, la excepción contenida en el artículo 43.3. LC continuará teniendo como punto de referencia la regla del artículo 43.2 LC, y no otras reglas supuestamente establecidas en otros diferentes apartados del precepto. El problema quizás deriva de haber introducido en el artículo 43.2 LC nuevos párrafos –que no apartados– antes inexistentes. En este sentido, cabe sugerir una reorganización, cuando no una fusión, de ambos apartados, de tal forma que quede primero claramente fijada la regla de sometimiento a la autorización del Juez de los actos de disposición sobre bienes y derechos de la masa activa, para enumerar a continuación todas las excepciones a la misma, tanto la actualmente prevista como las que se proyecta introducir.

##### 5. POSIBILIDAD DE PRÓRROGA PARA LA PRESENTACIÓN DEL INFORME.

Otra de las modificaciones contenidas en el Anteproyecto que afectarían a la administración concursal tiene que ver con el plazo para la emisión de su informe, y más en concreto con la prórroga de dicho plazo. La cuestión tiene su importancia, por cuanto la no presentación del informe dentro de plazo ocasiona, además de la posible responsabilidad y separación de los administradores concursales, la pérdida del derecho de éstos a la remuneración fijada por el Juez. En



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

lugar de la prórroga por un mes que prevé el actual artículo 74.2 LC, el apartado 40 del Anteproyecto dispone la posibilidad de que la prórroga alcance un periodo de hasta dos meses, evidentemente añadidos al inicial periodo bimestral. Esta posibilidad no podrá favorecer al administrador que haya sido nombrado en tres o más concursos en tramitación, salvo que se justifique que la petición está fundada en causas ajenas al ejercicio profesional. Con respecto a esta previsión, cabe señalar que el hecho de que el informe de la administración concursal sea único y no individual de cada uno de sus miembros, dificultará en gran medida su aplicación, ya que la circunstancia de estar nombrado para tres o más concursos aún en tramitación puede afectar a alguno de los administradores y no a otros.

También se prevé la posibilidad de prorrogar el plazo para la emisión del informe –igualmente por decisión del Juez y a solicitud de la administración concursal– cuando al vencimiento del mismo no hubiera concluido aún el plazo de comunicación de créditos, pudiendo entonces ser la prórroga de hasta cinco días posteriores a la conclusión de este otro plazo. La práctica ha venido demostrando que, con frecuencia, el plazo para la emisión de informe de la administración concursal expiraba antes de haber vencido el plazo para la comunicación de créditos, lo que daba lugar a continuas solicitudes de prórroga por parte de los administradores, habida cuenta de que la lista de acreedores es uno de los documentos que deben anexarse al informe de la administración concursal (artículo 75.2.2º LC). En este sentido, la modificación en proyecto debe considerarse acertada.

Finalmente, el Anteproyecto prevé que por cada mil acreedores concursales los administradores dispondrán de un mes más [con respecto al plazo inicial de dos meses], hasta un máximo de seis, para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

presentar su informe, no siendo posible en este caso acudir a la petición de prórroga mencionada en primer lugar. En este caso, más que de prórroga, habría que hablar de ampliación del plazo de emisión del informe, teniendo en cuenta además que no se requiere formular al Juez una petición al respecto.

### **c) Efectos de la declaración de concurso sobre el deudor.**

#### **1. CUENTAS ANUALES.**

El apartado 20 del Anteproyecto prevé dotar de nueva redacción al artículo 46 LC, relativo a la obligación de formular y auditar las cuentas anuales del deudor, la cual subsiste durante el concurso. La nueva redacción, algo más lacónica de lo que debiera, puede suscitar algunas dudas interpretativas, a lo que se une alguna duda de fondo sobre el contenido de la regulación proyectada.

En primer lugar, la frase con la que se inicia el apartado 1 del proyectado artículo 46 LC (“en caso de intervención, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y someter a auditoría las cuentas anuales”), no parece presentar el suficiente contraste con la que compone el apartado 3 de ese mismo precepto (“en caso de suspensión, existirá la obligación legal de formular y la de someter a auditoría las cuentas anuales”). El artículo 46, conforme a su redacción actual, establece la subsistencia en todo caso, pese a la declaración de concurso, de la obligación de formular y auditar las cuentas anuales del concursado. Lo que el artículo aclara es que, en caso de intervención de las facultades patrimoniales del deudor, la obligación de formular las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponde al propio deudor bajo la supervisión de los administradores concursales,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mientras que en caso de suspensión de tales facultades dicha obligación incumbe a la administración concursal. Esa diferenciación no se capta suficientemente en la nueva redacción que el Anteproyecto da a este artículo, ya que en ambos casos se proclama la subsistencia o existencia de la obligación de formular y auditar las cuentas anuales, asignando esa obligación “a los administradores”. Cabe pensar que el proyectado apartado 1 del artículo 46 LC se está refiriendo a los administradores del deudor concursado, aunque no se entiende por qué restringir la referencia a los casos de deudores personas jurídicas, cuando la obligación de formulación y auditoría de las cuentas anuales se extiende a todo empresario, aunque se trate de una persona física.

Que el proyectado artículo 46.1 LC se está centrando en los casos del deudor persona jurídica se corrobora al leer el segundo párrafo del mismo. En él se prevé que los administradores concursales podrán dispensar a los administradores de la persona jurídica deudora del cumplimiento en plazo de la obligación legal de formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, permitiéndoles retrasar el cumplimiento de esa obligación “al mes siguiente” a la presentación del inventario y de la lista de acreedores por los propios administradores. Esa prórroga para la formulación de las cuentas podrá incluso repercutir, una vez aprobadas, en el plazo para el depósito de las mismas en el Registro Mercantil, el cual se computará desde que expire el plazo prorrogado de formulación y subsiguiente aprobación de las cuentas. Lo discutible de esta previsión –aparte de su dificultosa redacción– es que viene a conferir a la administración concursal la potestad de alterar unos plazos que se encuentran legalmente establecidos, facultad que a lo sumo debería residenciarse en el Juez del concurso. Fíjese, por contraste, cómo el proyectado artículo 46.2 LC sí atribuye el Juez la facultad de revocar el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

nombramiento de auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y de acordar el nombramiento de otro, a petición de la administración concursal.

## 2. DERECHO A ALIMENTOS.

En materia de alimentos, por lo que se refiere al derecho del deudor persona física de recibirlos con cargo a la masa activa, la reforma planeada –apartado 21 del Anteproyecto, que da nueva redacción al artículo 47 LC– introduce dos nuevas consideraciones de signo diverso. Conforme a la primera se establece una restricción del derecho de alimentos desde el punto de vista objetivo, pues se precisa que éste sólo procederá cuando el concursado persona natural “se encuentre en estado de necesidad”. La segunda, sin embargo, supone una ampliación de ese derecho desde el punto de vista subjetivo, pues podrá servir para atender no sólo las necesidades del propio deudor, sino también las de su cónyuge e hijos bajo su potestad. Como contrapartida, habrá que entender que estas dos categorías de parientes quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 47.2 LC, cuando se refiere a “las personas respecto de las cuales el concursado tuviere el deber legal de alimentos”, por lo que quizás fuera oportuno que el Anteproyecto incorporara alguna puntualización al respecto.

En cuanto al deber del concursado de prestar alimentos a otras personas, el Anteproyecto introduce una innovación que suscita algunas dudas interpretativas. Nos referimos a la previsión del proyectado artículo 47.2 *in fine* LC, conforme a la cual dicha obligación, cuando sea impuesta por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso, se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el Juez del concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de crédito concursal ordinario. Si la finalidad perseguida es no hacer pesar sobre la masa activa la totalidad de los créditos por alimentos ya devengados en el momento de declararse el concurso, sería más oportuno que el precepto tomase como referencia la fecha de declaración de concurso, señalando un porcentaje o un periodo hacia atrás a contar desde esa fecha, los cuales den la medida en la que esos créditos ya devengados podrán tener la consideración de créditos contra la masa, de forma similar a lo que ocurre con los créditos salariales (v. gr. los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso). Ello debería combinarse, por coherencia con la norma del artículo 84.2.4º LC, con una regla que estableciese que los créditos de ese tipo devengados con posterioridad a la declaración de concurso, aunque tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad al concurso, serán íntegramente créditos contra la masa. El artículo 84.2.4º LC, que el Anteproyecto no reforma, configura como crédito contra la masa el de alimentos a cargo del deudor acordados por el Juez de Primera Instancia, “en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración de concurso”, lo cual se explica porque en ese supuesto tales créditos se devengarán necesariamente y en su totalidad constante concurso. Por el contrario, una resolución judicial anterior a la declaración de concurso puede dar lugar a créditos por alimentos devengados antes del concurso y a otros que se siguen generando con posterioridad al concurso. De ahí la recomendación efectuada a propósito del proyectado artículo 47.2 *in fine* LC.

Por lo demás, deben tenerse en cuenta otras previsiones del Anteproyecto que afectarán también al derecho de alimentos. De un lado, la reforma del artículo 145.2 LC, precepto en el que se dispone cómo la apertura de la fase de liquidación tiene un efecto extintivo sobre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el derecho de alimentos con cargo a la masa activa. El Anteproyecto (apartado 67) prevé admitir que, pese a la apertura de la liquidación, se acuerde excepcionalmente la subsistencia de ese derecho de alimentos, sólo a favor del concursado, su cónyuge e hijos bajo su potestad, y a condición de que fuere imprescindible para atender sus necesidades mínimas, criterio este último que se antoja de difícil interpretación y aplicación práctica. En segundo lugar, el apartado 82 del Anteproyecto, por el que se incorpora un nuevo artículo 176 bis LC, señala el alcance que tendrá el crédito por alimentos en los casos en que se constate una insuficiencia de la masa activa para atender el pago de todos los créditos contra la masa.

### 3. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR PERSONA JURÍDICA.

La reforma (apartados 22 a 26 del Anteproyecto) prevé desarrollar el contenido del actual artículo 48 LC, al tiempo que distribuirlo a lo largo de una serie de cinco nuevos artículos: del artículo 48 LC al artículo 48 quinquies LC. En ellos se aprecia el intento de asegurar a la administración concursal un mayor control sobre la actuación del concursado persona jurídica, tanto por lo que hace a la actuación de sus órganos (junta o asamblea y administradores), como por lo que se refiere a la de los propios socios, incluida la asignación en exclusiva a la administración concursal de la facultad de ejercitar la acción de responsabilidad contra éstos, si fueren personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, así como contra los administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica deudora.

Comenzando por el proyectado artículo 48 LC, estimamos defectuosa e incompleta su regulación pues omite una referencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

expresa al mantenimiento de los órganos de la persona jurídica, sin perjuicio de los efectos que se derivan de la limitación o suspensión en el ejercicio de las facultades patrimoniales, es decir una fórmula similar a la del actual artículo 48.1 LC, la cual podría mantenerse. El nuevo artículo 48 LC convierte en requisito esencial para la convocatoria de cualquier clase de junta o asamblea de la persona jurídica deudora, así como para la constitución de dicho órgano con carácter de universal, la notificación y asistencia a la misma, respectivamente, de la administración concursal. Asimismo, se dispone la necesaria autorización por parte de ésta para la ejecución de los acuerdos adoptados por el órgano de representación de la persona jurídica, cuando tales acuerdos tengan contenido patrimonial o posean alguna clase de relevancia para el concurso. Se confiere a la administración concursal la competencia exclusiva para acordar el traslado del domicilio social. Quizás fuera preferible no especificar competencias exclusivas concretas de la administración concursal, sino dejarle un margen de actuación más abierto para que, en interés del concurso y con autorización judicial, pudiera adoptar ésa u otras decisiones.

Siguiendo con los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora, el proyectado artículo 48 bis LC contiene una serie de reglas –algo heterogéneas– acerca de los efectos del concurso sobre los administradores de la misma. Todas ellas, según puntualiza el título del precepto, son aplicables únicamente “en caso de intervención”, sin que se haga mención alguna de qué ocurre en caso de suspensión. Pese a ello, el precepto mezcla soluciones que son propias de estados de intervención con otras más bien apropiadas a estados de suspensión. Así, el sometimiento del ejercicio de las facultades de los administradores o apoderados de la sociedad a la autorización o conformidad de la administración concursal (artículo 48 bis.1 LC),





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

parece fiel reflejo de lo que establece con carácter general el artículo 40.1 LC para cuando el Juez del concurso haya decretado la intervención de las facultades patrimoniales del deudor. En otros casos, en cambio, cabe dudar de si no nos encontramos ante efectos más propios de una suspensión que de una intervención de las facultades patrimoniales del deudor. Así, la posibilidad de que el Juez del concurso acuerde que los administradores y liquidadores de la sociedad concursada dejarán de devengar cualquier clase de remuneración que pudiera estar establecida en los estatutos sociales, o la previsión de que el ejercicio de los derechos políticos de la sociedad concursada, en casos de grupos de sociedades dominados por ésta, corresponderá a la administración concursal. Por lo demás, esta última previsión debe merecer un juicio positivo, en la medida en que puede servir para evitar la fuga de activos de la concursada hacia terceras sociedades participadas por la misma.

Por su parte, el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad deudora, ha pasado a regularse en el proyectado artículo 48 quinquies LC. A diferencia del régimen actual (vid. artículo 48.2 LC), en el que la administración concursal ostenta una legitimación concurrente con la de la propia sociedad deudora para ejercitar la acción de responsabilidad frente a sus administradores, auditores o liquidadores, el Anteproyecto confiere en exclusiva esa legitimación a la administración concursal. Aunque a la postre pueda resultar más sencillo y ordenado, cabe preguntarse si es estrictamente necesaria esa concentración de la legitimación en manos de la administración concursal, pues aunque se permita su ejercicio por terceros el resultado positivo de la acción redundará en beneficio de la masa activa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Al artículo 48 ter LC irá a parar, de acuerdo con el Anteproyecto, la regulación de los efectos del concurso “sobre las acciones contra los socios”, que en la actualidad se contempla en los apartados 4 y 5 del artículo 48 LC. Tales efectos consisten, de un lado, en la facultad de ejercitar la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, y de otro en la facultad de reclamar el desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, con independencia del plazo fijado en la escritura o en los estatutos. En el Anteproyecto ambas facultades se atribuyen en exclusiva a la administración concursal, variando así el régimen vigente que, para la primera de esas facultades, viene reconociendo legitimación subsidiaria a los acreedores, siempre que hubieran instado primero de la administración concursal que ejercitase la acción, y aunque no puedan ejercitarla hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación. Por lo que se refiere a la acción para reclamar el desembolso de la aportaciones sociales diferidas debe anotarse lo que, a todas luces, parece una reiteración no deseada. Nos referimos al contenido de los apartados 2 y 3 del proyectado artículo 48 ter LC. Mientras que en aquél se dice que durante la tramitación del concurso “corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento”, en éste se dice que “la administración concursal podrá reclamar el desembolso íntegro de las aportaciones de los socios que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos sociales para el cumplimiento de esa obligación”. Parece obvio que si la administración concursal está facultada para exigir el desembolso de las aportaciones sociales diferidas en la cuantía que estime conveniente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ello envuelve la posibilidad de exigir el desembolso íntegro de las mismas, por lo que bastaría con dejar el primero de los dos apartados citados.

En fin, otra diferencia entre el régimen vigente y el proyectado es que, conforme al futuro artículo 48 quater LC, dejará de existir la posibilidad de que el Juez del concurso ordene el embargo de bienes y derechos de los socios cuando estime no haber cuantía bastante en la masa activa par satisfacer todas las deudas (vid. actual artículo 48.5 LC). El único posible embargo que se mantiene es el de los bienes y derechos de los administradores, liquidadores o apoderados de la persona jurídica (vid. actual artículo 48.3 LC), siempre que resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación tales personas sean condenadas a cubrir el déficit resultante de la liquidación. Dicho embargo se califica ahora, explícitamente, de medida cautelar, previéndose que contra el auto en el que se decida cabrá recurso de apelación. Todo ello debe ponerse en relación con la responsabilidad concursal regulada en el proyectado artículo 172 bis LC. En virtud de este precepto, el Juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores o apoderados de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados afectados por la calificación, a la cobertura total o parcial del déficit. La medida de suprimir el posible embargo de bienes y derechos de los socios no está suficientemente justificada ni en la Exposición de Motivos ni en la Memoria, lo que resultaría apropiado si se tiene en cuenta que posee virtualidad para afectar negativamente al objetivo de lograr una mayor satisfacción posible de los acreedores del concurso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

## **d) Efectos del concurso sobre los acreedores.**

### 1. INTEGRACIÓN DE LA MASA PASIVA.

El artículo 49 incorpora un número adicional –el número dos– en virtud del cual, en caso de concurso de una persona casada bajo el régimen de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad de bienes, se prevé que los créditos contra el cónyuge concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal, se integren en la masa pasiva.

### 2. EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

Los artículos 50 y 51 son objeto de diferentes añadidos y así, dentro del artículo 50 se incorporan dos nuevos números cuyo tener es el siguiente:

2 *“Los Jueces de lo Mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión en los que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursados que hubieren incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior”.*

3 *“Los Jueces de Primera Instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en los que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo”.*

La Memoria no verifica ningún tipo de referencia específica que guarde relación con el contenido del artículo 50.2, si bien, dentro del apartado 11, que viene referido a las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en los concursos de acreedores, expresamente se refleja la voluntad del prelegislador en orden a atribuir todas las competencias en esta materia al Juez del concurso, incluida la acción prevista en el artículo 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, toda vez que en el penúltimo párrafo de la página 34 se refiere que: *“Al objeto de ofrecer algunas soluciones razonables en este ámbito, el anteproyecto viene a atribución todas las competencias en esta materia de responsabilidad al juez del concurso. A lo que se añade el establecimiento, en los artículos 48 ter y 145, de una legitimación exclusiva de la administración concursal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y de la acción de responsabilidad por no promoción de la disolución”.* Pese a lo manifestado en ese sentido, se ha de indicar, como primera observación, que los artículo 48 ter y 145 no atribuyen a la administración concursal legitimación exclusiva para esgrimir acciones de responsabilidad por la no promoción de la disolución, toda vez que, es en el artículo 48 quinquies donde se refiere que declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores, pero sin hacer referencia alguna a las acciones a que se refiere el artículo 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Respecto de la denominada acción directa que se regula en el artículo 1597 del Código Civil, el prelegislador ofrece una batería argumental al objeto de justificar la inclusión, en el número tres del artículo 50 y en el número dos del artículo 51 bis, de una serie de medidas relativas a la inadmisión de las demandas y la suspensión de los procedimientos que traigan causa del ejercicio de la acción reconocida en el artículo 1597 del Código Civil. Sobre este particular, se destaca que el ejercicio de esta acción ha venido originando una serie de problemas que, en no pocas ocasiones, ha supuesto que la masa pasiva quedará reducida a su mínima expresión, con el consiguiente perjuicio para los fines propios del proceso concursal.

La redacción de los números dos y tres del artículo 50 presenta un matiz diferencial respecto del tenor del número primero, habida cuenta que se omite cualquier referencia a que el Juez ante el que se interponga la demanda deberá prevenir a las partes para que usen de su derecho ante el Juez del concurso, inciso que sí figura en el número primero del citado artículo. La no inclusión de la frase a que se alude puede obedecer –siendo esa la interpretación más acorde a la literalidad del precepto– a que el prelegislador no ha pretendido atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones que se indican en los números dos y tres del artículo 50, sino prohibir que durante la sustanciación del procedimiento concursal se admitan a trámite las demandas en virtud de las cuales se ejerciten las acciones antes referidas, dada la incidencia negativa que suponen para el procedimiento concursal.

Sin embargo, si bien es cierto que esta inferencia se concilia con lo manifestado en la Memoria respecto de la acción derivada del artículo 1597 del Código Civil, en relación con la acciones de reclamación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obligaciones sociales contra los administradores por incumplimiento de deberes cuando concurra causa disolución de la sociedad, se pone de relieve la voluntad de atribuir al Juez concursal la competencia para conocer de ellas, lo cual introduce un factor de duda que sería conveniente despejar.

La cuestión que se aborda no es baladí. Diferentes resoluciones judiciales se han pronunciado sobre el órgano competente para conocer de la acción de responsabilidad de los administradores sociales por incumplimiento de deberes cuando concurre causa de disolución de la mercantil, una vez declarado el concurso, llegando a la conclusión de que dicha competencia es ajena al Juez del concurso. En el sentido apuntado, la SAP de Madrid, de fecha 8/2/08 ofrece la siguiente argumentación:

*“Tampoco puede atenderse la alegación de que es el juez del concurso quien ha de resolver este litigio. Como ha declarado esta sala en anteriores ocasiones, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, conforme establece el artículo 8.6º de la Ley Concursal en relación a "las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento". Idéntica atribución competencial se desprende de lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como se puede comprobar en ningún caso puede entenderse comprendido entre las competencias atribuidas al juez del concurso el conocimiento de las acciones de responsabilidad por deudas dirigidas contra los administradores sociales, que no se refieren a perjuicios o a daños en general sino al incumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte de los administradores, que no se centran en el*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*periodo correspondiente al procedimiento y que tampoco inciden en perjuicios causados al concursado (o a la sociedad) sino que se trata de una responsabilidad frente a los acreedores sociales. Tampoco la atribución de la competencia al juez del concurso puede sustentarse en el artículo 48.2 de la Ley Concursal, que se refiere a las acciones que asistan a la persona jurídica deudora (no a sus acreedores) contra sus administradores, auditores o liquidadores de manera que dicho precepto no incluye las acciones de responsabilidad de los administradores derivadas de los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”.*

El artículo 8.7º, según redacción dada por el Anteproyecto, sólo atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores por los daños y perjuicios que sean causados a la persona jurídica concursada, antes o después de la declaración del concurso, quedando extramuros de su contenido las acciones a que se refiere el artículo 50.2 del Anteproyecto, dato este que refrenda que mediante la reforma proyectada, lo que realmente se pretende impedir es que estas acciones puedan esgrimirse durante la sustanciación del concurso, pese a lo manifestado en sentido contrario por la Memoria.

Otro tanto cabría decir, en principio, respecto del ejercicio de las acciones derivadas del artículo 1597 del Código. Sin embargo, a diferencia de las acciones contempladas en el artículo 50.2 del Anteproyecto, la Memoria denota el propósito de impedir que este tipo de acciones sean admitidas, una vez iniciado el procedimiento concursal y, además, ciertas resoluciones judiciales han venido considerando que es al Juez del concurso al que corresponde conocer, siempre que la





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acción se interponga con posterioridad a la declaración del concurso (vide entre otras la SAP de Valencia de 9/4/2010)

En atención a lo expuesto, con la finalidad de despejar cualquier tipo de duda interpretativa que pudiera surgir, se recomienda que los números dos y tres del artículo 50 reflejen de manera categórica que desde el inicio hasta la finalización del procedimiento concursal, ningún órgano judicial admitirá a trámite las demandas, a cuyo través se ejerciten cualquiera de las acciones a que se refieren los números antes indicados.

El párrafo segundo del artículo 51.1 también ha sido modificado en el sentido de suprimir el inciso que hace referencia a la acumulación de los juicios declarativos que se encuentren en tramitación y en los que sea parte el deudor, siempre que siendo la materia competencia del Juez del concurso, éste estime que su resolución tiene una incidencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores. La desaparición de este inciso merece una favorable acogida, dado que la ambigüedad de los términos utilizados ha suscitado numerosos problemas.

Sin embargo, el prelegislador no se ha limitado a suprimir la disposición citada sino que, además, incorpora un nuevo párrafo en el cual se establece que se acumularán de oficio al concurso los juicios por reclamación de daños y perjuicios de la persona jurídica concursada contra sus administradores, liquidadores o auditores. La medida introducida en el párrafo segundo del artículo 51.1 no atribuye al Juez del concurso facultades que exceden de su jurisdicción, delimitada en el artículo 8 de la Ley Concursal y 86 ter uno de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que se limita a establecer una excepción frente a la regla



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

general contenida en el primer párrafo del citado artículo en virtud de la cual, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán ante el mismo Tribunal hasta la firmeza de la sentencia. Dicha excepción debe conectarse con la regla del artículo 8.7º LC, que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones por reclamación de daños y perjuicios contra los administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica concursada.

El nuevo artículo 51 bis prevé que los procedimientos a los que se refieren los números dos y tres del artículo 50 quedarán en suspenso, desde la declaración del concurso hasta su conclusión. Ello parece reforzar la primera de las interpretaciones esbozadas supra a propósito del artículo 50.2. Con ambas medidas –la del 50.2 para las acciones aún no interpuestas y la del 51 bis para las ya interpuestas– se pretendería que las reclamaciones de acreedores de la sociedad concursada frente a los administradores por no disolver a tiempo la compañía, se hagan valer una vez declarado el concurso a través de la sección de calificación, probablemente con el objetivo de extender la *par condicio creditorum* a las posibilidades de cobro frente a los administradores de la compañía. Esta aspiración, que en principio es atendible, presenta algunos problemas prácticos no resueltos, ya que el presupuesto de responsabilidad dentro de la sección de calificación se refiere a un hecho (la generación o agravación de la insolvencia, por ejemplo por el incumplimiento del deber de instar a tiempo el concurso) que no tiene por qué coincidir con el presupuesto de la acción de responsabilidad por no disolver la sociedad, que se refiere a la causa de disolución (el caso más común, la existencia de pérdidas que reducen el patrimonio neto contable a la mitad del capital social).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En otro orden de cosas, sería deseable reconducir el alcance de la suspensión, limitándola a los procedimientos en tramitación durante la primera instancia, excluyendo de la medida aquéllos otros que estuvieran pendientes de dictar sentencia o de resolución del recurso de apelación o casación, pues no debe pasar inadvertido que cuando el procedimiento ha llegado a una fase procesal en la que sólo pende el dictado de sentencia o la adquisición de firmeza de la misma, los inconvenientes que la suspensión acarrea son notables. En resumen, cabe sugerir al prelegislador un mayor detalle y precisión en la regulación de la suspensión de los procedimientos a que se refiere el artículo 51 bis, teniendo en cuenta, sobre todo, el estadio procesal alcanzado, con la finalidad de evitar los perjuicios que para el actor podrían derivarse de tal medida.

El artículo 55 también ha sido modificado por el Anteproyecto. El párrafo segundo del artículo 55.1 es objeto de un leve retoque no exento de importancia, pues se permite que los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo puedan continuar tramitándose. El matiz introducido permite la continuidad del procedimiento siempre que haya recaído diligencia de embargo, sin que sea suficiente que se haya dictado providencia de apremio. Esto implica un retorno al criterio tradicional sobre la materia, anterior a la promulgación de la vigente Ley Concursal, el cual se apoya en la lógica de que la ejecución separada se reserve tan sólo para bienes embargados antes del concurso, quedando fuera todos los embargados después aunque la vía de apremio se hubiera abierto antes de la declaración de concurso.

Cabe plantear, no obstante, si no sería preferible acabar con esta excepción a la suspensión de ejecuciones, que tantos problemas suscita



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en la práctica, sobre todo por las lógicas dudas que plantea la admisión de las tercerías de mejor derecho en aquellos procedimientos de apremio administrativo, la legitimación para su ejercicio, la normativa aplicable para su resolución y el destino del importe afectado por la tercería.

Por otra parte, respecto de las ejecuciones afectadas por la suspensión, cabe sugerir un cambio de la terminología, pues más que una suspensión en sentido estricto, estaríamos ante un alzamiento de la ejecución, ya que es difícil imaginar que aquellas ejecuciones puedan reanudarse en algún momento una vez concluido el concurso. Si se opta por el convenio, éste habrá novado los créditos que provocaron aquellas ejecuciones y, en su caso, serán satisfechos con las quitas y en los plazos convenidos; y si se opta por la liquidación, ésta llevará consigo la realización de todos los bienes y derechos, también la de aquéllos que hubieran podido embargarse en aquellas ejecuciones.

Mayor trascendencia reviste el número tres de ese mismo artículo 55, que permite al Juez del concurso, previa petición de la administración concursal y audiencia de los acreedores afectados, acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados antes de la declaración del concurso, salvo los que se contemplan en el párrafo segundo del número primero ya analizado, siempre que el mantenimiento de los mismos dificulte la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

La decisión del prelegislador, en el sentido apuntado, trata de favorecer la conservación de la actividad económica del concursado lo cual, según refiere la Exposición de Motivos, constituye una de las principales finalidades de la Ley. Ciertamente, siempre que un embargo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obste o dificulte la continuidad de la actividad del concursado cabrá entender que ello repercute negativamente en los fines del concurso como institución. Desde esa perspectiva, la medida no merece objeciones, máxime cuando la decisión del Juez del concurso en tal sentido es facultativa, lo cual le permite calibrar adecuadamente los intereses en litigio.

En el párrafo segundo del artículo y número citado se prevé que dicha cancelación no afectará a la validez de los pagos y demás efectos derivados de la traba que hubieran tenido lugar antes de la notificación de la petición de la administración concursal. Esta previsión adolece de claridad y aparente sentido, ya que si la traba ha sido acordada en un procedimiento cuya tramitación está suspendida desde la declaración del concurso, al objeto de garantizar un crédito integrado en la masa pasiva, no parece posible que se pueda efectuar pago alguno con posterioridad a la declaración del estado concursal.

La nueva adición que se incorpora al artículo 56 (el número 5) participa de la misma filosofía que el artículo 55.3 y, en aras a garantizar la continuidad en del ejercicio de la actividad habitual del concursado, se atribuye al juez del concurso la potestad de determinar si un bien de este último está o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, así como si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial

### 3. EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS EN PARTICULAR.

Dentro de la Sección Tercera, referida a los efectos sobre los créditos en general, el Anteproyecto introduce las siguientes novedades:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a) Se podrán compensar créditos y deudas cuyos requisitos concurrieran con anterioridad a la declaración de concurso, incluso aunque la resolución judicial o el acto administrativo que declare la compensación se haya dictado con posterioridad al concurso (artículo 58).

b) Se suspende el ejercicio del derecho de retención durante la duración del concurso, siempre que dicho derecho afecte a bienes y derechos integrados en la masa activa. Una vez concluido el concurso, si dichos bienes no hubieran sido enajenados se restituirán al titular del derecho de retención cuyo crédito no hubiera sido satisfecho (artículo 59 bis1 y 2)

c) La interrupción de la prescripción que tiene lugar desde la declaración del concurso no perjudicará a los deudores solidarios, ni a los fiadores y avalistas (artículo 60.2). Esta previsión trata de evitar los efectos indeseables que para los codeudores supondría la no interrupción del plazo de prescripción. No obstante, se sugiere reflexionar sobre la conveniencia de establecer un régimen jurídico uniforme para los deudores solidarios y los fiadores y avalistas que no ostenten esa condición.

#### **e) Efectos sobre los contratos.**

1. CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

La reforma proyectada no afecta a la actual regulación de los efectos del concurso sobre los contratos, sin embargo sería bueno



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aprovechar este impulso para resolver no sólo la disparidad de criterios de interpretación y aplicación de algunos artículos, como el 61 y 62 LC, sino también para poner fin a la aplicación de soluciones distintas a casos que, dada su analogía, merecerían recibir un trato similar.

Esto último sucede, por ejemplo, en relación con el distinto tratamiento que recibe el crédito de la parte *in bonis* en un contrato de compraventa de bienes muebles a plazos y en un contrato de *leasing*. Mientras que en el primer caso se entiende que el contrato está pendiente de cumplimiento únicamente por el comprador, por lo que el crédito es concursal (artículo 61.1 LC), en el caso del *leasing* la mayoría de los tribunales entiende que está pendiente de cumplimiento por ambas partes, y que por ello las prestaciones deben hacerse efectivas con cargo a la masa (artículo 61.2 LC). Otro tanto ocurre con el crédito de la parte *in bonis* en un contrato de permuta inmobiliaria frente a ese mismo crédito en un contrato de compraventa de inmueble pendiente de construcción (concursal el primero y contra la masa el segundo), sin que se alcancen a ver las razones para ese distinto tratamiento.

Por otra parte, la regulación del artículo 62.1 LC sobre la resolución de los contratos en caso de incumplimiento contractual, se ha demostrado injusta a veces en la práctica. Esa regulación distingue entre contratos de tracto único y sucesivo, de modo que los primeros sólo pueden resolverse por incumplimientos posteriores al concurso, mientras que los segundos pueden serlo por incumplimientos tanto anteriores como posteriores. Cabe sugerir la introducción de alguna excepción a esta regla, previendo la posibilidad de resolver un contrato de tracto único por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso, por ejemplo en el caso de contratos de compraventa de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

vivienda sobre plano, cuando los pisos no hayan llegado a ser construidos.

En general, en la regulación del artículo 62 LC, podría ser útil distinguir los efectos de la resolución de los contratos según fueran de tracto único o sucesivo, para matizar que en este segundo caso las obligaciones nacidas antes del concurso no dejarán de ser concursales, sin perjuicio de que las posteriores lo sean contra la masa, y que propiamente no existirá restitución de prestaciones. Asimismo, en relación con la posible continuidad de los contratos de tracto sucesivo cuando, aun existiendo causa de resolución, el Juez considere más favorable al concurso optar por el cumplimiento, debería matizarse el artículo 62.3 LC para que los créditos anteriores al concurso que todavía se adeudaran continúen siendo concursales y no se abonen contra la masa, sin perjuicio de que los posteriores sean satisfechos con cargo a la masa y se asegure el pago de los que se vayan generando por la continuación del contrato.

## 2. CONTRATOS DE TRABAJO.

En el ámbito laboral, la Exposición de Motivos del Anteproyecto se refiere a las consecuencias que sobre el empleo tienen los concursos, y a la necesidad de que la reforma no olvide las cuestiones sociales latentes y opere una mejora notable de la protección de los trabajadores afectados. A estos efectos, (i) se introducen modificaciones en el procedimiento del artículo 64 LC para evitar tanto conflictos con la jurisdicción social y la autoridad laboral como incrementando el peso de la valoración que se ha de hacer en el concurso de su impacto sobre los trabajadores; (ii) se introduce la necesaria coordinación con la última reforma laboral efectuada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reforma del mercado de trabajo; (iii) se resuelven también las dudas jurídicas planteadas en torno a la calificación como créditos contra la masa de los créditos salariales e indemnizaciones en caso de despido o extinción de la relación laboral; (iv) se incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Las reformas en materia laboral no sólo afectan al artículo 64. Previamente, también se introduce una modificación en el artículo 44.4 que regula la tramitación del expediente de regulación de empleo ante el juez del concurso en los casos de cierre de la empresa o suspensión total o parcial de la actividad. En la práctica se plantea el problema de solicitudes de cierre o cese de la actividad presentadas por la administración concursal, que impliquen extinción o suspensión de contratos de trabajo, sin acompañar con la solicitud la documentación necesaria para iniciar el expediente del artículo 64 LC. Por ello, se ha introducido un último inciso en el párrafo 2º del artículo 44.4 LC, precisando que la administración concursal en su solicitud debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 64, con lo que se soluciona dicha problemática.

El artículo 44.4 aún plantea otro problema no abordado en el Anteproyecto, ya que no se indica el momento en que ha de tenerse por iniciado el expediente del artículo 64. Sobre este particular caben dos opciones: entender que la resolución que acuerde dar audiencia a la concursada y a los representantes de los trabajadores sobre la solicitud de cierre o suspensión de la actividad supone el inicio del expediente, o bien que ha de esperarse al dictado de la resolución acordando el cierre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o suspensión y, en caso de estimar la solicitud, acordar expresamente la iniciación del expediente. La primera tiene la ventaja de evitar una dilación superior en la decisión, pero tiene el inconveniente de que si no se accede a la solicitud hay que dejar sin efecto la tramitación del expediente. Aunque la segunda opción sea la que goza de más predicamento, sería conveniente que se aprovechara la reforma para precisar el momento de inicio del expediente.

Especial análisis merece la modificación verificada por el Anteproyecto en el artículo 64, el cual viene referido a los contratos de trabajo. Dada la importancia del precepto, a continuación se indican cuales son las novedades que el Anteproyecto introduce:

a) En el primer párrafo del número uno se incluyen expresamente los traslados colectivos.

b) En el párrafo segundo del citado número se prevé que si a la fecha de declaración del concurso se estuviera tramitando un expediente de regulación de empleo (ERE), la Autoridad laboral deberá remitir lo actuado al Juez del Concurso, conservando las actuaciones practicadas su validez hasta la fecha de declaración del concurso. Si a la fecha de declaración del concurso hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, será la administración concursal quien deberá hacer uso de la autorización.

c) El párrafo segundo del número dos regula el caso de que no exista representación legal de los trabajadores. En ese supuesto, éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que el Juez del concurso, de oficio o a solicitud de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la administración concursal, acuerde en su lugar la intervención de los sindicatos más representativos.

d) En el párrafo segundo del número cuatro se atribuye a la administración concursal la facultad de recabar la colaboración del concursado o el auxilio judicial, al objeto de comprobar la existencia de las causas motivadoras de las medidas colectivas que se hayan propuesto y la viabilidad de los objetivos que se proponen alcanzar, especialmente en lo relativo al mantenimiento de la actividad empresarial y el empleo.

e) Al amparo de las modificaciones introducidas en el número cinco el Juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas, cuando se haya acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición de este último. Asimismo, la Autoridad judicial, a instancias del concursado, la administración concursal o la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. Dicha mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para el período de consultas.

f) El párrafo tercero del número seis establece que en aquellos supuestos en los que junto con la solicitud de medidas se acompañe un acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, no será necesaria la apertura del período de consultas.

g) El párrafo cuarto del citado número estatuye que el acuerdo que se alcance también recogerá la cuantía de las indemnizaciones que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

corresponden a los trabajadores afectados, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral.

h) El primer párrafo del número ocho especifica quiénes pueden interponer recurso de suplicación o cualquier otro recurso previsto en la Ley de Procedimiento Laboral. Los legitimados para interponer recurso son la administración concursal, el concursado, los trabajadores, a través de sus representantes, y el Fondo de Garantía Salarial.

En el segundo párrafo, relativo a impugnación del auto por cuestiones que afecten exclusivamente a la relación jurídica individual trabajador, se especifica que el plazo para interponer demanda de incidente concursal será de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del Juez del concurso.

i) El primer párrafo del número diez prevé que cualquier acción resolutoria del contrato de trabajo interpuesta al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y que esté motivada por la situación económica de la empresa o por la insolvencia del concursado, tendrá la consideración de extinción de carácter colectivo, a partir de que se acuerde la incoación del expediente previsto en este artículo para la extinción de los contratos.

j) Según reza el párrafo segundo del número antes citado, una vez acordada la iniciación del expediente previsto en el artículo 64, todos los procesos individuales posteriores a la solicitud de concurso que estén pendientes de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal para el reconocimiento como contingente del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión.

k) El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

La modificación introducida en el párrafo primero del número uno refleja la intención la del prelegislador, plasmada en diferentes pasajes del Anteproyecto, de incluir dentro de las medidas de carácter colectivo a los traslados. Asimismo se aclara el carácter colectivo de las medidas, ya que en ocasiones la Ley Concursal en el artículo 64 utilizaba el término “colectivas” en plural, y en otras ocasiones en singular. La mayoría de la doctrina laboralista no se cuestionaba el carácter colectivo de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de extinción de los contratos por causas económicas técnicas, organizativas o de producción (artículos 41 y 51 del Estatuto de los Trabajadores), pero la problemática surgía en relación con las suspensiones, ya que el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (en la redacción anterior a la Ley 35/2010) que regula la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se limitaba a remitir al procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores relativo a los despidos colectivos. Mayoritariamente se entendía que había que aplicar a las suspensiones los mismos límites numéricos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores a efectos de su tramitación ante el juez del concurso. Ello ha motivado que en el Anteproyecto se haya modificado el artículo 64.1, para añadir el término “colectivas” e, igualmente se ha añadido dicho adjetivo en los artículos. 148.4 y 149.1.2º LC en sede de liquidación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, cabe replantearse si el juez del concurso ha de conocer sólo de las suspensiones basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo, o de todas las suspensiones, ya que dicha Ley ha introducido, a estos efectos, una importante modificación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, declarando aplicable el procedimiento del artículo 51 ET, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión. Aplicando este precepto en sede concursal (dada la remisión del artículo 64.11 LC), cabe colegir que el juez del concurso ha de conocer de todas las suspensiones.

Mayor importancia reviste la novedad que contempla el párrafo segundo, dado que desde el momento en que sea declarado el concurso, la Autoridad laboral deberá abstenerse de seguir conociendo del expediente de regulación de empleo, sin perjuicio que lo actuado hasta ese momento conserve su validez. También debe destacarse que el hecho de que en el expediente administrativo se haya suscitado la conveniencia de adoptar algún tipo de medida de regulación de empleo no predetermina la decisión que, en tal sentido, se pueda adoptar en el expediente concursal, ya que, a tal fin, el Anteproyecto prevé que el Secretario Judicial convoque a los legitimados a una comparecencia para que éstos puedan pronunciarse sobre la conveniencia de continuar tramitando las medidas colectivas.

La primera medida a que se hace referencia no merece objeción alguna pues resulta recomendable reconducir la sustanciación de cualquier medida colectiva al expediente concursal, una vez se ha declarado el concurso. La segunda novedad es tributaria de una mayor



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

precisión. En primer lugar, se debería delimitar el plazo en el que ha de tener lugar la convocatoria efectuada por el Secretario Judicial, al igual que debería concretarse el tipo de actuación que procede llevar a cabo tras la celebración de la comparecencia. Por último, el hecho de que se atribuya a la administración concursal la facultad de hacer uso de la autorización conferida por la Autoridad laboral cuando ésta haya dictado resolución en el expediente de regulación de empleo resulta acertada y consecuente con la situación concursal en que el deudor está incurso.

El párrafo segundo del número contempla el supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores. En ese caso, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, tal como está redactado el precepto en el Anteproyecto, el Juez del concurso puede prescindir de la representación de los trabajadores acordando, de oficio o a instancia de la administración concursal, la intervención de los sindicatos más representativos.

El párrafo tercero del número 4 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores prevé que *“En las empresas en las que no exista representación de los mismos (los trabajadores) éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrados por trabajadores de la propia empresa elegida democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector a que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del Convenio Colectivo de aplicación a la misma”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Como se observa, el Estatuto de los Trabajadores prevé que en todo caso serán los trabajadores afectados quienes decidirán democráticamente si quienes les han de representar han de ser los propios trabajadores que resulten elegidos para tal menester o los designados por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa. Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 64.2 prevé que el propio Juez del concurso, de oficio incluso, sea quien decida, al margen de la voluntad de los trabajadores, si resulta procedente la intervención de los sindicatos más representativos.

La medida prevista restringe claramente las posibilidades de decisión de los trabajadores carentes de representación, sin que se alcance a entender las razones o motivos por los que se estima adecuado privar de esta facultad a los referidos trabajadores, sin que tampoco recoja el texto del Anteproyecto bajo qué circunstancias el Juez del concurso puede adoptar tal decisión.

Esta reflexión sugiere una modificación del apartado segundo del número dos al objeto de respetar las posibilidades que el párrafo tercero del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores confiere a los trabajadores que carecen de representación legal, en orden a poder optar por cualquiera de las vías que el citado precepto contempla.

La novedad introducida en el párrafo quinto del número cinco, es fruto de la extrapolación de lo previsto en el párrafo quinto del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que la facultad de sustituir el procedimiento de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje se confiere al Juez del concurso –y no a la decisión que de consuno puedan adoptar el empresario y los trabajadores como se prevé en el Estatuto de los Trabajadores–, siempre y cuando esta





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

medida sea solicitada por el concursado, la administración concursal o la representación de los Trabajadores.

La posibilidad contenida en el párrafo tercero del número seis contribuye, sin duda, a lograr mayor economía procedimental al suprimir el período de consultas cuando junto con la solicitud se acompañe el acuerdo alcanzado entre la representación de los trabajadores y la administración concursal. Viene a recoger la práctica judicial según la cual, cuando junto con la solicitud de expediente se aporta el texto del acuerdo alcanzado, se ha de tener por cumplido el trámite del periodo de consultas, lo cual confiere al procedimiento una mayor celeridad, especialmente significativa en los casos en que los trabajadores no están cobrando los salarios, y les urge la resolución del juez del concurso para acceder a la situación legal de desempleo.

La obligación de incluir las indemnizaciones que resulten procedentes en el propio acuerdo es otra de las innovaciones introducidas por el Anteproyecto. Ni los artículos 41 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, ni el Real Decreto 43/96 de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y Actuación administrativa en materia de Traslados Colectivos prevé que la resolución dictada por la Autoridad laboral deba contener referencia alguna a la cuantía de las indemnizaciones; es más, el artículo 14 del citado Real Decreto establece que si existen discrepancia respecto de la cuantía satisfecha por el empresario, el trabajador queda facultado para demandar ante el Juzgado de lo Social el abono de las diferencias que pudieran existir entre la indemnización establecida por el empresario y la reclamada por el trabajador. Sin embargo, en la práctica resulta frecuente que tanto las autorizaciones conferidas por la Autoridad laboral como los autos dictados por el Juez del concurso, al amparo de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

lo previsto en el artículo 64.7 de la Ley concursal, recojan la cuantía de las indemnizaciones junto con la identidad de los trabajadores afectados. La inclusión de esos datos permite simplificar el procedimiento y, sobre todo, ha dado lugar a diferentes resoluciones de la Sala IV del Tribunal Supremo se haya considerado, en lo que atañe a los expedientes de regulación de empleo sustanciados ante la Autoridad laboral, que la impugnación de la cuantía o, en su caso, la elección de los trabajadores, no debe ser conocida por los órganos del orden jurisdiccional social y sí por los del orden jurisdiccional contencioso administrativo, habida cuenta que esos aspectos forman parte de la decisión adoptada por la Autoridad laboral. Por ello, dado que el prelegislador ha optado por recoger una práctica habitual, también sería recomendable que junto con la consignación de las indemnizaciones, se incluyera la identidad de los trabajadores afectados por las medidas colectivas.

Dentro de este mismo apartado, debe hacerse mención de la indicación relativa a las indemnizaciones, en el sentido de que éstas se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral. La interpretación que mejor se acomoda al tenor literal del precepto sugiere que la cuantía de las indemnizaciones no podrá ser inferior o superior a la legalmente establecida que, en estos supuestos, es la de veinte días por año trabajado en caso de despido, según prevé el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual no obsta para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 del citado Real Decreto 43/96, la indemnización pueda ser superior en virtud de pacto individual o colectivo. Por ello, quizás habría sido preferible contemplar expresamente la posibilidad de pactar una indemnización superior, ya que esta medida, siempre que no perjudique otros intereses concursales de prioritaria protección, puede ser un acicate para alcanzar el acuerdo,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con la disposición final decimocuarta del Anteproyecto, en cuya virtud se modifica el artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, la regla segunda de dicho artículo prevé que en el proceso concursal se pueda pactar una indemnización superior a la de veinte días por año trabajado, aunque el FOGASA sólo estará obligado a satisfacer la cifra que resulte de ese cálculo, con el límite máximo de una anualidad.

Las previsiones contenidas en el número ocho contribuyen a clarificar los sujetos que pueden impugnar el auto dictado por el Juez del concurso, quedando excluidos los trabajadores que pretendan recurrir individualmente, al margen de su representación legal, y expresamente incluido el FOGASA. Respecto de los trabajadores, el Anteproyecto se limita a seguir la interpretación judicial imperante sobre este aspecto.

Se ha de valorar positivamente la fijación del plazo de un mes para que los trabajadores, individualmente considerados, puedan, a través del incidente concursal, plantear aquellas impugnaciones vinculadas exclusivamente con la relación jurídica, individual que les une a la empresa. No obstante, sería deseable que el cómputo del plazo de un mes no se relacionara con el momento en que el trabajador conoció o pudo conocer el contenido del auto, dada la ambigüedad e indefinición que se genera, y se articulara en su lugar una fórmula que determine el momento concreto en que se entenderá que los trabajadores han tenido acceso al contenido del mismo.

El aspecto más importante de la reforma tiene lugar en el número diez del artículo 64 del Anteproyecto. La vigente Ley Concursal sólo reputa extinciones colectivas las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50 1.b) del Estatuto de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Trabajadores (las interpuestas por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado) a los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso por el procedimiento previsto en el artículo 64, siempre que la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites numéricos que se detallan en el artículo 64.10. Por el contrario, el Anteproyecto considera colectivas todo tipo de acciones resolutorias que se interpongan al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y traigan causa de la situación económica o de insolvencia del concursado, cuando se ejerciten con posterioridad al inicio del expediente concursal.

La previsión que en el sentido apuntado establece el Anteproyecto se explicita en la Memoria, al referirse a la falta de coordinación entre la jurisdicción mercantil y social y al hecho de que los trabajadores afectados por las medidas colectivas accionen ante los órganos del orden social para obtener la extinción de la relación laboral

La respuesta que el prelegislador ofrece, a modo de remedio y en evitación de posibles fraudes, pasa, como queda dicho, por considerar colectiva cualquier tipo de acción resolutoria ejercitada por el trabajador, con tal que se fundamente en cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores –y no exclusivamente en el artículo 50 1.b)– siempre que el eventual incumplimiento empresarial traiga causa de la dificultosa situación económica o la insolvencia del empleador, prescindiendo del número de trabajadores que ejerciten dicha acción. La respuesta que el Anteproyecto ofrece trata de poner coto a la estrategia utilizada por algunos trabajadores, que ante el reiterado impago de salarios, también han invocado la aplicación al caso de lo previsto en las letras a) ó c) del artículo 50 del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Estatuto de los Trabajadores para eludir la aplicación de los umbrales previstos en el artículo 64.10 de la Ley Concursal.

Por otro lado, mediante la eliminación de cualquier referencia al número de trabajadores que ejerciten ese tipo de acciones, se trata de evitar una desigualdad de trato entre los trabajadores que solicitan la extinción de la relación laboral y los que se aquietan con el resultado del expediente concursal, y, en todo caso, que aquéllos puedan obtener el reconocimiento de una indemnización más cuantiosa ante el orden jurisdiccional social (cuarenta y cinco días por año trabajado) frente a la prevista en el artículo 51.8 para las medidas colectivas (veinte días por año trabajado).

Por otro lado, el Anteproyecto establece un régimen jurídico diferenciado según el momento en que se interpongan las acciones resolutorias individuales pudiendo clasificarse del siguiente modo:

a) Acciones interpuestas con anterioridad a la declaración del concurso: Los procedimientos que traigan causa del ejercicio de dichas acciones se sustanciarán ante el Juez de lo Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.4 del Anteproyecto, debiéndose emplazar la administración concursal.

b) Acciones interpuestas con posterioridad a la solicitud del concurso pero con anterioridad a la iniciación del expediente previsto en el artículo 64 del Anteproyecto: Tal y como refleja el párrafo segundo del artículo 64.10, acordada la iniciación del referido expediente, los procedimientos individuales posteriores a la solicitud de concurso que estén pendientes de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

colectiva. Dicho auto producirá los efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos. Finalizado el expediente de extinción colectiva, se alzarán la suspensión.

c) Acciones interpuestas con posterioridad a la incoación del expediente previsto en el artículo 64 del Anteproyecto. Los procedimientos individuales iniciados en esa fase son competencia del Juez del concurso al ser consideradas colectivas las acciones resolutorias que se ejercitan.

Mediante la suspensión del curso de los procedimientos individuales a que se hace referencia en el apartado b), el prelegislador pretende evitar que con anterioridad a la firmeza del auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva, pueda el trabajador obtener una sentencia firme que le reconozca el derecho a obtener una indemnización de cuarenta y cinco días por año trabajado. Diferentes resoluciones jurisprudenciales (en particular la STS, Sala 4ª, de 5.4.2001), reconocen que en tanto se halle vigente la relación laboral, el trabajador puede ejercitar acciones que tengan por objeto la resolución del vínculo laboral, incluso cuando esté en tramitación un expediente de regulación de empleo, siempre que éste no haya sido resuelto. Por ello, mediante la suspensión del procedimiento individual se pretende paralizar el dictado de la sentencia por parte del juzgado de lo Social hasta en tanto no haya recaído resolución firme en el expediente concursal para, de ese modo, neutralizar los efectos divergentes que la sentencia pueda producir.

Mediante la atribución de la eficacia de la cosa juzgada al auto firme recaído en el expediente concursal, el prelegislador se acoge una fórmula similar a la establecida en el artículo 158.3 prevista para los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procedimientos de conflicto colectivo, con la cual pretende asentar el efecto prejudicial y positivo del referido auto en relación con los procedimientos individuales, y así conciliar el contenido de ambas resoluciones.

Por último, en lo que concierne a los efectos sobre los contratos de trabajo, debe añadirse que el número uno del artículo 65 del Anteproyecto, relativo a los contratos de alta dirección, contempla la posibilidad de que la suspensión o extinción de este tipo de relaciones laborales sea impugnada a través del incidente concursal laboral, siendo susceptible de recurso de suplicación la sentencia que recaiga en dicho incidente. Mediante la modificación que introduce, el Anteproyecto da solución a esta cuestión y clarifica el trámite a seguir para solventar la pretensión esgrimida, señalando que la decisión suspensiva o extintiva de la administración concursal puede ser impugnada ante el juez del concurso mediante el incidente concursal laboral, otorgando recurso de suplicación contra la sentencia que recaiga. De ese modo, también se soluciona la cuestión relativa al recurso, al otorgar la competencia funcional a las Salas de lo Social, ya que carece de justificación razonable que de la suspensión o extinción de contratos del personal de alta dirección conozcan las Audiencias Provinciales.

#### **f) Acciones de reintegración. Los acuerdos de refinanciación.**

Los artículos 71 y 72, que versan sobre los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa, han sido objeto de ciertas modificaciones dignas de mención. El artículo 71.6, relativo a los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y a los negocios, actos pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, recoge en su práctica totalidad el contenido de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Disposición Adicional Cuarta de la vigente Ley Concursal, introducida tras la reforma operada por el RDL 3/2009 de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia Tributaria, Financiera y Concursal ante la evolución de la situación financiera, si bien añade una referencia a los acuerdos de refinanciación que afecten a varias sociedades de un mismo grupo, en cuyo caso, el Anteproyecto considera suficiente el informe elaborado por un único experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante y, si ésta no estuviera afectada por el acuerdo, por el registrador del domicilio de cualquiera de las empresas.

La principal novedad que el Anteproyecto introduce en relación con los acuerdos de refinanciación, relativa a la homologación judicial de los mismos, se inserta dentro de la Disposición Adicional Cuarta, cuyo contenido será valorado en un momento posterior.

El número dos del artículo 72 solamente reconoce legitimación a la administración concursal para poder ejercitar la acción rescisoria y las demás acciones de impugnación contra los acuerdos de refinanciación contemplados en el artículo 71.6, sin que resulte de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal. El contenido de este precepto confiere un tratamiento privilegiado a los acuerdos de refinanciación puesto que no sólo se restringen las posibilidades de rescisión, tal y como prevé el artículo 71.6, sino que, además el círculo de legitimados para impugnar dichos acuerdos se circunscribe a la administración concursal. La Memoria se hace eco de esta situación y considera que la exclusiva legitimación que se confiere a la administración concursal, de cara a la impugnación de los acuerdos de refinanciación, ha de ser entendida como un escudo protector del referido acuerdo.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ciertamente, la atribución exclusiva a la administración concursal de la posibilidad de ejercitar las acciones rescisorias y cualquier otra que pretenda la impugnación de los acuerdos de refinanciación supone una eficaz defensa de los referidos acuerdos. Sin embargo, el hecho de que el reforzamiento del grado de eficacia sea a costa de restringir las posibilidades de obtener la tutela judicial efectiva por parte de los acreedores que, con carácter general, sí están legitimados para entablar de manera subsidiaria las acciones de rescisión, según prevé el artículo 72.1 LC, debe dar lugar a reflexionar sobre la conveniencia de mantener esta medida, máxime cuando el artículo 71.6 del Anteproyecto garantiza de manera reglada la eficacia de dichos acuerdos, siempre que se cumplan los requisitos que dicho precepto establece.

#### **g) Determinación de la masa pasiva.**

##### **1. CRÉDITOS CONTRA LA MASA.**

En cuanto a los créditos contra la masa el Anteproyecto modifica tanto el artículo 84 LC (créditos concursales y créditos contra la masa) como el artículo 154 LC (pago de créditos contra la masa).

En lo que se refiere a la propia definición de qué créditos son contra la masa, el Anteproyecto introduce algunas novedades dirigidas a aclarar dudas de aplicación suscitadas por la actual regulación de la LC, mientras que otras están basadas en el principio de favorecer la solución conservativa del concurso. Como consideración preliminar, el elenco de créditos contra la masa sigue siendo tal vez demasiado extenso. Teniendo en cuenta que es habitual que los créditos contra la masa no puedan pagarse con los rendimientos generados durante el concurso y que consumen el poco activo que a menudo tiene el concursado, sería



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

deseable un mayor esfuerzo por ajustar y reducir estos créditos a los estrictamente necesarios.

Al primer grupo de novedades pertenece, por ejemplo, la consistente en añadir el adjetivo “efectivo” a los créditos por salarios por los treinta últimos días de trabajo anteriores a la declaración de concurso (proyectado artículo 84.2.1º LC), previsión que viene a dirimir la disparidad de interpretaciones de que ha sido objeto el precepto vigente. Con la reforma, quedará claro que este crédito se refiere a los últimos treinta días de trabajo efectivo, aunque tal periodo no se corresponda con los treinta días inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, solución que se ajusta a la realidad al tiempo que beneficia a la parte más débil. Del mismo tipo es la modificación que se prevé introducir en el artículo 84.2.2º LC, consistente en matizar el carácter “necesario” de las costas y gastos judiciales o derivados de asistencia y representación del concursado y de la administración concursal, en este caso siempre que su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa. En tercer lugar, los cambios que se prevé introducir en los apartados 5º y 10º del artículo 84.2 LC pretenden resolver otra controversia en torno a la clasificación de los créditos generados durante la vigencia del convenio, en caso de que éste se incumpla y se abra la fase de liquidación [puesto que suprime los incisos “hasta que el Juez apruebe un convenio” y “hasta la eficacia del convenio”, respectivamente]. La reforma opta por otorgarles la consideración de créditos contra la masa, solventando así la disparidad de interpretaciones de los tribunales de instancia, en un asunto sobre el que difícilmente habría podido llegar a pronunciarse el Tribunal Supremo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Al segundo grupo de novedades pertenece el tratamiento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación [que deberá reunir los requisitos establecidos en el futuro artículo 71.6 LC], que se benefician en un cincuenta por ciento de su condición de créditos contra la masa. Ídem, la configuración de créditos contra la masa de los créditos concedidos en el marco de un convenio para financiar el plan de viabilidad, cuando se produzca la apertura posterior de la fase de liquidación. Actualmente, se prevé que la satisfacción de tales créditos se realice “en los términos fijados en el convenio” (artículo 100.5.II LC). Es indudable que ambas previsiones (residenciadas en el proyectado artículo 84.2.11º LC) van a suponer un incentivo notable para la concesión de nuevo crédito al deudor concursado, lo que redundará en el incremento de posibilidades de éxito de las soluciones alternativas a la liquidación. Ahora bien, no puede dejar de resaltarse la contradicción que encierra configurar un mismo crédito, en parte como concursal y en parte como crédito contra la masa. Teniendo en cuenta que es muy común que estos créditos se pacten con garantías reales, tal y como se prevé al regular el contenido de los acuerdos de refinanciación de los que pueden emanar, podría resultar más apropiado conferir a estos créditos el estatus de créditos concursales con privilegio especial, reconociéndoles para la parte a la que no alcance la garantía la condición de privilegio general del proyectado artículo 91.6º LC.

Los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 84, conforme a la redacción del Anteproyecto, suponen básicamente una traslación a esta sede de las previsiones de la LC sobre pago de créditos contra la masa (artículo 154.2 LC). Coherentemente, el Anteproyecto modifica también el artículo 154 LC, que se ve reducido a lo que en la legislación vigente constituyen sus apartados 1 y 3. La principal novedad [la cual explica



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

seguramente el traslado al artículo 84 LC de la disposición acerca del pago de los créditos contra la masa] radica en la concesión a la administración concursal –en la línea, ya descrita, de otorgarle mayores facultades de gobierno del concurso– de la capacidad de alterar la regla general de pago de los créditos de la masa conforme a sus respectivos vencimientos, si lo considera conveniente para el interés del concurso y siempre sobre la presunción de que la masa activa será suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Se exceptúan de esta posibilidad los créditos de los trabajadores, los de alimentos y los referidos a cantidades repercutidas o retenidas realizadas por el deudor en cumplimiento de una obligación legal. Además, deben tenerse en cuenta las especialidades que en esta materia prevé el nuevo artículo 176 bis LC, en caso de insuficiencia de la masa activa para el pago de todos los créditos contra la masa. Tales especialidades, consistentes en marcar a la administración concursal un orden de prelación para el pago de esos créditos en tales situaciones, serán examinadas *infra* al tratar de la conclusión del concurso.

Dada la importancia estratégica de la regulación de los créditos contra la masa, y el consolidado entendimiento de que estos créditos no se someten a prioridad entre sí, sino que deben ser abonados a su respectivo vencimiento (o de modo inmediato si no estuvieran sujetos a plazo), una norma como la proyectada, que permite alterar la regla general en materia de pago de estos créditos, está llamada a provocar no pocas cautelas a la hora de relacionarse con el concursado por parte de potenciales acreedores contra la masa, en particular aquéllos cuyos créditos están conectados con el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor. Como contrapartida, la posibilidad de que la administración concursal pueda variar la regla de pago de créditos contra la masa conforme a su vencimiento, puede animar a otros sujetos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a aportar al deudor nuevos ingresos de tesorería en el marco de los ya citados acuerdos de refinanciación, una de cuyas condiciones tenga que ver precisamente con la postergación en el pago de otros créditos contra la masa.

Para terminar, el proyectado apartado 5 del artículo 84 LC, introduce la regla de que el Fondo de Garantía Salarial se subrogará en los créditos de los trabajadores en la medida de las prestaciones que les hubiere satisfecho, con la clasificación que les correspondiera y en los términos del artículo 33 LET. Ello resuelve la diferente interpretación que los Juzgados de lo Mercantil habían venido haciendo de esta cuestión.

## 2. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS.

La Sección Segunda del Capítulo III del Título IV regula aquéllos aspectos relativos a la comunicación y reconocimiento de los créditos. El número dos del artículo 85, relativo a la comunicación de los créditos, ha sido objeto de una reforma cuya finalidad, en concordancia con lo establecido en el artículo 23.1, párrafo segundo, es dotar a este trámite de una mayor agilidad y simplificación y, a tal fin, se prevé que la comunicación se dirija directamente al administrador concursal –y no al Juzgado– bien en el domicilio designado al efecto o mediante comunicación por medios electrónicos, en consonancia con lo establecido en el artículo 29.4. El domicilio y la dirección electrónica señalados para la comunicación serán únicos y deberán ser comunicados al juzgado por el administrador concursal al tiempo de la aceptación o, en su caso, al tiempo de la aceptación del segundo de los administradores designados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El número tres impone a los acreedores la obligación de señalar un domicilio o una dirección electrónica para que la administración concursal practique cuantas comunicaciones resulten necesarias, produciendo plenos efectos jurídicos. Esta medida, al igual que la anterior, acarrea una mayor fluidez en la tramitación que ha de ser valorada de manera positiva.

El número dos del artículo 86 sustituye la referencia “al reconocimiento del crédito por sentencia” por “el reconocimiento del crédito por resolución procesal”. Mediante esta precisión, se incluyen todos los supuestos en que el reconocimiento de un derecho crediticio tiene lugar en el seno de un proceso.

El número tres introduce una mejora técnica relativa a la necesidad de practicar algún tipo de declaración o autoliquidación para el reconocimiento de un crédito de derecho público o de los trabajadores. Para ese supuesto, si el deudor no tuviera suspendidas las facultades de administración y disposición deberá cumplimentar las declaraciones o autoliquidaciones; en caso contrario o en defecto del concursado, las deberá cumplimentar la administración concursal y, si por ausencia de datos no fuera posible determinar la cuantía, el crédito se reconocerá como contingente.

### 3. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS.

Como explica la Memoria, en materia de clasificación de créditos, no se ha pretendido alterar el esquema legal ni tampoco introducir nuevos privilegios, sino básicamente aclarar, completar o coordinar las normas ya existentes –que en su redacción actual han dado lugar a interpretaciones divergentes, o han sido objeto de un entendimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

erróneo—, así como, en algunos casos muy concretos, reconsiderar ciertos privilegios atribuidos a determinados créditos a fin de reforzar la posición de los acreedores ordinarios. Se supone que ello contribuirá a simplificar el procedimiento y a eliminar distorsiones, logrando que se incremente la eficiencia del concurso, lo que repercutirá a favor de todos los interesados.

*a) Créditos con privilegio especial.*

Así, respecto de los créditos con privilegio especial, se introduce la precisión de que, en los casos del número 1º del artículo 90.1 LC (créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento), el privilegio recaerá tanto sobre los bienes como, en su caso, sobre los *derechos* hipotecados o pignorados. Igualmente, en el ordinal 4º de ese mismo precepto, se puntualiza que en los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado, el privilegio se proyectará sobre los bienes arrendados “o vendidos” con reserva de dominio. Se puntualiza también que la prenda en garantía de créditos futuros sólo podrá atribuir privilegio especial a los créditos que hubieren nacido antes de la declaración de concurso. En este punto, sin embargo, existe sin duda un error en atribuir nueva redacción al actual apartado 2 del artículo 90 LC con ese contenido sobre la prenda en garantía de créditos futuros. Lo apropiado [y lo que probablemente fuese la intención del prelegislador] es situar esa disposición a modo de inciso añadido al apartado 6º del artículo 90.1 LC, en el que se regula con carácter general el privilegio conferido a los créditos garantizados con prenda con desplazamiento de la posesión, incluida la prenda de créditos. El apartado 2 del artículo 90 LC debería permanecer intacto, pues en él se estatuye que, para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del artículo 90.1 LC puedan ser clasificados con un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. En todo caso, aunque se quisiera suprimir el contenido de esta disposición, no tiene sentido ubicar en un apartado separado la nueva previsión sobre la prenda en garantía de créditos futuros sino –como se ha dicho– en el artículo 90.1.6º LC, a continuación del contenido actual del mismo. Por consiguiente, el prelegislador haría bien en revisar esta parte del apartado 46 del Anteproyecto.

Sobre el pago de esta clase de créditos, el Anteproyecto prevé reformar el apartado 4 del artículo 155 LC, relativo a la realización, en cualquier estado del concurso, de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, realización que habrá de tender a satisfacer tal clase de créditos, de acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores de ese artículo. Según el régimen vigente, dicha realización deberá hacerse en subasta, y sólo excepcionalmente, a solicitud de la administración concursal, el juez podrá autorizar que se autorice la venta directa al oferente de un precio que sea superior al mínimo pactado y con pago al contado. La modificación prevista consiste por un lado en admitir, como excepción a la realización en subasta, no sólo la venta directa en las condiciones descritas, sino también la “cesión en pago o para el pago” al propio acreedor privilegiado o a persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el crédito en cuestión. En segundo lugar se amplía la legitimación para solicitar la realización del bien o derecho a través de un medio alternativo a la subasta: además de la administración concursal se prevé admitir también que lo solicite el propio acreedor privilegiado o que se acuerde en el convenio. Sólo cuando la realización se realice fuera del convenio, se seguirán manteniendo las condiciones que actualmente prevé el





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo 155.4 LC, es decir, que el oferente satisfaga un precio superior al mínimo pactado y con pago al contado, y que la operación sea anunciada por el juez con la misma publicidad que si de la subasta se tratase, a los efectos de propiciar la aparición de mejores posturas.

Las modificaciones descritas resultan problemáticas por distintos órdenes de razones. En primer lugar, resulta dudoso admitir que el bien o derecho pueda ser cedido en pago o para pago al propio acreedor titular del crédito al que se encuentra afecto dicho bien o derecho, fuera de un procedimiento de subasta, por más que se prevea la exigencia de que ello implicará dar completamente por satisfecho su crédito, con el agravante si la realización del bien o derecho se realiza “dentro del convenio”, de que no se aplicará la garantía que supone el anuncio por el juez de las condiciones de la operación a fin de que puedan aparecer otras posturas. Ello, sin duda, puede beneficiar al acreedor privilegiado en cuestión pero no parece que favorezca a los acreedores ordinarios y al propio concursado, ya que eliminará la posibilidad de aportar a la masa activa numerario sobrante en caso de realización del bien por un valor superior al del crédito de que se trate. Por ello es doblemente chocante que se amplíe al propio acreedor privilegiado la legitimación para pedir al juez autorización a fin de poder realizar el bien o derecho por una vía distinta de la subasta.

En segundo lugar, la admisión de que esta clase de realización especial de esos bienes o derechos pueda acordarse “dentro del convenio”, contrasta con el dato de que el convenio no puede afectar a los acreedores privilegiados más que si han votado favorablemente a la propuesta correspondiente (artículo 123 LC), por lo que sería conveniente que en el precepto proyectado se hiciera alguna puntualización a este respecto, ya que no cualquier convenio podrá



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

incorporar esa previsión, sino sólo aquél que contenga la propuesta a cuyo favor hubiese votado el propio acreedor interesado.

A mayor abundamiento, no puede desconocerse que el artículo 100.3 LC –que el Anteproyecto no prevé modificar– impide que puedan aprobarse propuestas de convenio que prevean “la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos”. De aprobarse en sus términos el apartado 72 del Anteproyecto, se estaría contemplando en él una importante excepción a esa regla, lo que seguramente exigiría introducir alguna salvedad al respecto en el mencionado artículo 100.3 LC.

Finalmente, existe una inexactitud en hablar de “cesión en pago o para el pago” al acreedor privilegiado, si se tiene en cuenta que el propio precepto proyectado dispone que esta solución sólo podrá aplicarse cuando “con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial”. Dada esta premisa, es claro que la operación tendrá carácter *pro soluto*, por lo que sólo podemos estar hablando de una cesión (o dación) en pago de deuda (vid. artículo 1166 y pacto en contrario previsto en el artículo 1175 del Código civil), pero nunca de una cesión para pago o pago por cesión de bienes (artículo 1175 CC), la cual tiene por definición carácter *pro solvendo*. Es decir, al añadir esa condición final, el propio párrafo primero del proyectado artículo 155.4 LC, estaría excluyendo que la operación pueda consistir en una “cesión para pago” al acreedor privilegiado, y por consiguiente esta expresión debería ser eliminada.

*b) Créditos con privilegio general.*

El Anteproyecto introduce modificaciones relevantes en materia de créditos con privilegio general (artículo 91 LC), bien añadiendo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

nuevos privilegios, bien estableciendo matizaciones respecto de privilegios generales preexistentes, fundamentalmente para aclarar aspectos que habían resultado problemáticos en la práctica concursal. Así, se mantiene la previsión de que gozan de privilegio general las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, pero dejando más claro que deben ser indemnizaciones devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, o se especifica que también se beneficiarán de este privilegio los créditos por capitales coste de la Seguridad Social de los que sea responsable legal directo el concursado (proyectado artículo 91.1º). Igualmente, en relación a los créditos por trabajo personal no dependiente, se especifica que el acreedor ha de ser persona natural (proyectado artículo 91.3º), evitando de este modo que sean favorecidas por este privilegio general las comunidades de bienes y las sociedades personalistas. Ello está en consonancia con diversas resoluciones judiciales recaídas sobre el tema.

En cuanto a los privilegios generales introducidos ex novo, se trata de los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social (proyectado artículo 91.5º.II LC) y los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un proceso de refinanciación, en el montante en el que no tengan la condición de crédito contra la masa (artículo 91.6º LC). Este segundo tipo de créditos, a los que ya hemos aludido en este Informe, se vincula con el objetivo del Anteproyecto de favorecer la solución conservativa del concurso, y está en estrecha conexión con el régimen de los acuerdos de refinanciación (proyectado artículo 71.6 LC) y con la consideración de los créditos de ellos provenientes, en una cuantía del cincuenta por ciento, como créditos contra la masa (proyectado artículo 84.2.11º LC).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Mediante la modificación que ahora se comenta se otorga la condición de crédito dotado con privilegio general al otro cincuenta por ciento. Ello revela el reconocimiento, por parte del prelegislador, de la trascendencia que para la evitación de las situaciones de concurso, y específicamente para la viabilidad de las soluciones conservativas, tienen los acuerdos de refinanciación alcanzados con deudores en situaciones delicadas.

Finalmente, se modifica, para doblarlo (de la cuarta parte al cincuenta por ciento), el importe de un crédito que ya ostentaba la condición de crédito con privilegio general, aprovechando además para definir con mayor rigor al titular de dicho crédito, que el vigente artículo 91.6º LC identifica como el “acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso”, y que el Anteproyecto convierte en el “acreedor a instancia del cual se hubiera declarado el concurso”. Se mantiene el objetivo originario de la LC al configurar este privilegio general, cual es incentivar que el concurso sea declarado en una fase en la que el deterioro de la situación económica del deudor no esté muy avanzado, lo que hará aumentar las posibilidades de una solución exitosa del procedimiento, pero a ello se añade el propósito de premiar al acreedor que realiza esa solicitud de declaración de concurso de forma no temeraria u oportunista, evitando así fomentar iniciativas intempestivas.

Por lo que se refiere al pago de los créditos con privilegio general, el Anteproyecto prevé reestructurar el vigente artículo 156 LC, ubicando su contenido actual en un primer apartado y agregando un nuevo segundo apartado. En él se admite que el Juez autorice el pago de estos créditos sin aguardar a la conclusión de las impugnaciones que se hubieran podido promover, adoptando eso sí las medidas cautelares que estime pertinentes para asegurar la efectividad del resultado de tales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

impugnaciones, así como la efectividad de los créditos contra la masa de previsible generación. A diferencia de la alteración en el orden del pago de los créditos contra la masa, facultad que hemos visto que se concede a la administración concursal en el proyectado artículo 84.3 LC, el pago anticipado de los créditos con privilegio general deberá ser autorizado por el juez. Esta norma complementa la del proyectado artículo 96.4 LC, que prevé la posibilidad de abrir la fase de convenio o liquidación con anterioridad a resolverse las impugnaciones, a condición de que éstas afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo. Por coherencia, parece apropiado que el proyectado artículo 156.2 LC subordinara a esta misma condición la posibilidad de pago de los créditos privilegiados antes de la conclusión de las impugnaciones promovidas.

En cuanto al artículo 157.1 LC que contempla la posibilidad de que el Juez, a solicitud de la administración concursal, autorice el pago de créditos ordinarios con antelación “cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados”, el Anteproyecto prevé modificarlo para, manteniendo esa norma, agregar un nuevo párrafo con una previsión análoga a la del proyectado artículo 156.2 LC (pago de créditos ordinarios antes de concluidas las impugnaciones). En lugar de yuxtaponer ambas previsiones, lo que crea una zona de intersección entre ellas (fuera de la cual queda, por ejemplo, el aseguramiento del pago de los créditos privilegiados en el párrafo que se prevé añadir), sería preferible fusionarlas dando lugar a una sola disposición sobre todo tipo de pagos anticipados de créditos ordinarios.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*c) Créditos subordinados.*

En cuanto a los créditos subordinados, el Anteproyecto amplía la lista de los créditos que quedan excluidos de la subordinación por causa de su tardía comunicación. Así, no tendrán carácter de subordinados, y serán clasificados según corresponda, los créditos a los que se refiere el proyectado artículo 86.3 LC (créditos de derecho público o de los trabajadores, cuya cuantía esté pendiente de determinación por vía de declaración o autoliquidación del deudor aún no presentada), así como los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público.

El Anteproyecto también amplía la excepción a la subordinación de créditos prevista en función de que la titularidad sobre los mismos recaiga en personas especialmente relacionadas con el deudor (artículo 92.5º LC). En concreto, esa nueva excepción se concibe para cuando el deudor sea persona jurídica y los créditos en cuestión no tengan la condición de préstamo o acto de análoga finalidad otorgado por los socios a los que se refiere el artículo 93.2 LC en sus números 1º y 3º, esto es, socios especialmente cualificados por un elevado porcentaje de vinculación económica al deudor, o por reunir la condición de ser personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales, aunque se trate de sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades que la concursada o de socios que sean comunes a ambas. La finalidad de la nueva excepción es evitar conferir la [peor] condición de créditos subordinados a aquéllos que, siendo de titularidad de ciertas personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, en vista de su procedencia, cabe admitir que no esconden un fraude por parte de los acreedores “internos” hacia los acreedores “externos”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Frente a los casos anteriores, la categoría de los créditos subordinados también sufre una ampliación. En concreto los consignados en el artículo 92.3º LC (“créditos por intereses de cualquier clase”), pasarán a comprender también los créditos por recargos, lo que –según la Memoria– supone un reflejo de la jurisprudencia que declara que los recargos impuestos por el incumplimiento de obligaciones tributarias merecen la consideración de créditos subordinados. En efecto, la configuración de los recargos tributarios como créditos subordinados ha sido suscrita por numerosas sentencias de Audiencias, y por la STS, Sala 1ª, de 21.1.2009.

*d) Personas especialmente relacionadas con el concursado.*

Vinculada a la excepción que se ha señalado en relación con los créditos subordinados por pertenecer su titularidad a alguna persona especialmente relacionada con el deudor persona jurídica (proyectado artículo 92.5º LC), aparece la modificación del precepto en el que se definen como personas especialmente relacionadas con el concursado las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y los socios de aquéllas (actual artículo 93.2.3º LC). Esa modificación irá dirigida a puntualizar que los socios a los que dicho precepto se refiere serán únicamente los “comunes”, se supone que tanto a la sociedad concursada como a una de las sociedades que integran el grupo al que aquélla pertenece. El objetivo de esta modificación es, sin duda, tratar de perfilar más nítidamente la frontera entre los acreedores internos y externos del concursado, evitando considerar como internos a aquellos acreedores que, siendo socios de sociedades que pertenecen al mismo grupo que la concursada, no son socios sin embargo de esta última. Por lo demás, se mantiene, por remisión del artículo 93.2.3º al ordinal 1º de ese mismo artículo y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

apartado, la condición de que deberá tratarse de socios personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales, o bien que posean el cinco o el diez por ciento del capital, dependiendo respectivamente de si la concursada es o no una sociedad cotizada.

#### **h) La publicidad del concurso y la lista de acreedores.**

El número uno del artículo 95 prevé, al objeto de facilitar una mayor publicidad del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, que con una antelación mínima de diez días se comuniquen a los acreedores tales proyectos para que éstos puedan interesar la rectificación de errores o la complementación de cualquier dato.

Dentro del apartado correspondiente a la impugnación del informe, la nueva redacción del número cuatro del artículo 96 permite al Juez ordenar la finalización de la fase común y la subsiguiente apertura de la fase de convenio o liquidación cuando las impugnaciones formuladas afecten a menos del veinte por ciento del activo o pasivo del concurso.

Esta medida supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 98 de la Ley concursal, que supedita la finalización de la fase común del concurso a la resolución por sentencia de las impugnaciones por sentencia, que se introduce con la finalidad de propulsar una mayor celeridad, lo cual no impide, tal y como prevé el artículo 96.4 del Anteproyecto, que las impugnaciones que afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo tengan oportuno reflejo en los textos definitivos y que se adopten las medidas cautelares necesarias para su efectividad. Respecto de esta novedad, se echa en falta una mayor concreción en los artículos posteriores sobre el modo o





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

manera en que el resultado de las impugnaciones ha de tener reflejo en los textos definitivos, así como en lo relativo a los criterios para la adopción de las medidas cautelares ya que, salvo error u omisión, nada se dice sobre esta cuestión.

Lo cierto es que, en trance de reformar el artículo 96 LC en los términos proyectados, cabe preguntarse si no sería oportuno distinguir entre la impugnación del inventario y la de la lista de acreedores, puesto que la de aquél no tiene por qué afectar a la terminación de la fase común, lo mismo que el ejercicio de las acciones de reintegración y de separación –ellas sí, a diferencia del inventario, capaces de incidir en la titularidad de los bienes que integran la masa activa– puede correr en paralelo al proceso concursal sin suspenderlo. Por el contrario, la lista de acreedores sí tiene repercusión en la posible formación de los quórums y mayorías necesarios para la deliberación y aceptación de una propuesta de convenio, por lo que su impugnación puede condicionar la apertura de la fase de convenio, no así la de liquidación. Debido a ello, cabe cuestionar que un volumen de impugnaciones que afecte al 20% del pasivo se considere poco relevante a efectos de no impedir la apertura, en particular, de la fase de convenio.

Dentro del artículo 97, el Anteproyecto añade dos nuevos números, el dos y el tres, que configuran los supuestos excepcionales en que puede resultar modificado el texto definitivo de la lista de acreedores, pese a que no se verificarse la impugnación en tiempo y forma. Estos supuestos son los siguientes:

1º.- Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que pueda resultar créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos.

2º.- Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo, se inicie un proceso penal que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal.

3º.- Cuando después de presentado el informe definitivo, los créditos contingentes hubieran sido confirmados o reconocidos por sentencia firme o sean susceptibles de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

Las excepciones mencionadas en los apartados 1º y 2º traen causa del carácter público de los créditos que puedan surgir a favor de las Administraciones Públicas, mientras que lo relativo al proceso penal, el Anteproyecto toma en consideración la peculiar naturaleza de interés público tuteado en este tipo de procesos. La previsión relativa a los créditos contingentes resulta adecuada, dado que su confirmación por sentencia les hace tributarios de una catalogación diferente. No obstante, en sintonía con la terminología utilizada por el artículo 86.3 del Anteproyecto, se sugiere sustituir la palabra “sentencia” por la de “resolución procesal” e incluir los créditos contingentes confirmados mediante laudo.

En lo concerniente a la sustitución del acreedor inicial por razón de subrogación, el número cuatro estatuye una serie de reglas que se habrán de tener en cuenta para la clasificación del crédito subrogado. Las reglas citadas son las siguientes:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1º) Los créditos salariales o por la indemnización derivada de la extinción laboral, sólo mantendrán la clasificación cuando tenga lugar la subrogación prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Esta previsión es acorde con lo previsto en el artículo 33.4, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores, que con carácter obligatorio prevé la subrogación del FOGASA en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados.

2º) Respecto de las retenciones tributarias y de Seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal y de los restantes créditos tributarios de Derecho Público o de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial ni del privilegio general, según los artículos 90.1 y 91.2º de la Ley Concursal, el privilegio general que les confiere el artículo 91 de la citada Ley sólo se mantendrán cuando el subrogado sea un organismo público.

3º) En caso de pago por fiador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.6 se estará a la clasificación menos gravosa para el concurso entre la que correspondan al acreedor y fiador.

Por último, si el subrogado es persona especialmente vinculada con el concursado, de conformidad con lo previsto en el artículo 93, también se optará por la clasificación del crédito menos gravosa para el concurso entre la que corresponda al acreedor inicial y al subrogado.

El novedoso artículo 97 bis regula el procedimiento a seguir para la modificación de la lista de acreedores, que tal y como reitera el número uno, sólo podrá solicitarse con posterioridad a que recaiga resolución por la que se apruebe la propuesta del convenio o el plan de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

liquidación cuando concorra alguno de los supuestos indicados en el artículo 97.4.

El procedimiento diseñado es muy simple. Los acreedores deberán solicitar a la administración concursal la modificación pretendida y ésta, en el plazo de cinco días informará el juez sobre la solicitud por escrito. Si el informe fuera negativo se rechazará la solicitud, sin perjuicio del derecho que asiste al solicitante a promover el incidente concursal en el plazo de diez días. Si el informe fuera favorable, se dará traslado al resto de partes personadas por el término antes indicado y, si no se suscitara oposición, el Juez aprobará la modificación por auto contra el que no cabrá recurso, mientras que si se suscitase oposición, resolverá por auto susceptible de recurso de apelación.

En cuanto a los efectos de la modificación, el artículo 97 ter prevé que tal circunstancia no afectará a la validez del convenio ni a las operaciones de liquidación o pago realizadas con anterioridad a la presentación de la solicitud o, tras ella, hasta su reconocimiento por resolución firme. No obstante, a petición del solicitante el juez del concurso podrá adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar la efectividad de la resolución judicial o mediante la ejecución provisional de la resolución aprobar las siguientes medidas:

a) Admisión provisional de la modificación, en todo o en parte, a los efectos del cálculo del voto previsto en el artículo 124.

b) Que las operaciones de pago de la liquidación o convenio incluyan las modificaciones pretendidas. No obstante, estas cantidades se conservarán depositadas en la masa activa hasta que sea firme la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

resolución que decida sobre la modificación pretendida, salvo que se garantice la devolución por aval o fianza.

De la lectura del artículo citado, se desprende que el prelegislador, en aras de la celeridad, establece que las solicitudes de modificación no afectan a la continuación de las fases de liquidación o convenio. Ahora bien, con la finalidad de no perjudicar los legítimos intereses de aquéllos, a través de la adopción de medidas cautelares o mediante la ejecución provisional, se pretende evitar los eventuales perjuicios que se puedan derivar de la aplicación de la regla general.

#### **i) Adopción de propuestas de convenio.**

##### **1. TRAMITACIÓN ESCRITA DEL CONVENIO.**

El Anteproyecto modifica los apartados 1, 2 y 5 del artículo 115 bis LC, dedicado a la tramitación escrita del convenio, con un doble objeto: reducir los plazos de esta tramitación y trasladar al Secretario judicial una competencia que hasta la fecha correspondía al Juez del concurso. Efectivamente, el plazo para la presentación de adhesiones o votos en contra de las propuestas de convenio se reduce de 90 días a dos meses. También queda correlativamente reducido a un mes en lugar de sesenta días el plazo para presentar propuestas de convenio por parte del propio deudor y de acreedores que superen ciertos porcentajes de pasivo (a las que se refiere el artículo 113.2 LC). Esta modificación va en la línea de agilizar el procedimiento concursal y representa una reducción de plazos prudente, puesto que el tiempo del que dispondrán acreedores y deudor para emitir sus adhesiones o voto en contra o para formular propuestas de convenio continuará siendo razonable. En este punto, por tanto, la reforma traerá consigo una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

agilización del procedimiento y un previsible ahorro de costes, sin que ello redunde en un perjuicio para las partes.

Por lo que hace a la competencia para verificar si la propuesta de convenio presentada alcanza la mayoría legalmente exigida, el carácter objetivo de esa constatación de carácter empírico justifica su atribución al Secretario, al objeto de descargar al Juez de tareas que no exigen de un análisis de contenido, sino de un estricto pero simple cómputo de adhesiones o votos en contra. La modificación de este apartado se sitúa pues en la línea de los cambios que se operaron en la legislación procesal por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuya idea inspiradora era la de atribuir a los Secretarios judiciales la competencia sobre todas aquellas decisiones procesales que no afecten a la función estrictamente jurisdiccional. Lo llamativo es que esta Ley previó modificar el apartado 5 del artículo 115 bis LC respecto de la redacción originaria que a éste le había dado el artículo 10.8 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, sin que se alterase entonces la atribución al Juez de la competencia para verificar si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida, y para proclamar a continuación el resultado mediante providencia.

Más allá de las modificaciones del artículo 115 bis LC, deben tenerse en cuenta los cambios que se prevé introducir en los artículos 128.3 y 131.1 LC, en sede de aprobación judicial del convenio. En ambos casos se trata de ligeras enmiendas de redacción para dar cabida a los casos de tramitación escrita de propuestas de convenio, o para simplificar la redacción actual. Así, en el primero de esos preceptos se contempla sustituir la expresión “la propuesta de convenio aceptada por la junta”, por “la propuesta de convenio aceptada por los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acreedores”, y en el segundo se pasa a hablar genéricamente del “convenio aceptado por los acreedores”, en lugar del “convenio que haya obtenido adhesiones suficientes de acreedores o que haya sido aceptado por la junta”. Un cambio de la misma naturaleza se prevé introducir en el artículo 143.1.3º LC, relativo a la apertura de oficio de la liquidación.

También debe recordarse que, por señalarlo así el proyectado artículo 191 bis.3 LC, recibirán una tramitación escrita las propuestas de convenio que se prevé que el deudor pueda presentar dando origen a la aplicación del procedimiento abreviado, conforme a lo dispuesto en el artículo 190.2 LC. Volveremos sobre ello en el epígrafe correspondiente.

## 2. ACREEDORES SIN DERECHO A VOTO.

El artículo 122 LC, que establece qué acreedores carecen de derecho de voto en la junta, es objeto de modificación para incluir, entre los exceptuados de la pérdida del derecho de voto por adquisición del crédito *inter vivos* tras la declaración de concurso, a las “entidades sometidas a supervisión financiera”. De esta forma se abre una vía a la compra de créditos concursales, que tradicionalmente ha estado vetada o desincentivada mediante el recurso de negar al adquirente el derecho de voto en la junta, pero que en ocasiones puede tener consecuencias positivas tanto para la solución conservativa del concurso como para la mejor satisfacción de los acreedores. No obstante, para evitar abusos, el Anteproyecto levanta la prohibición de voto sólo cuando el adquirente es una entidad sometida a supervisión financiera, de modo que se permite el “mercado de créditos” cuando se trata de inversores especializados en valorar créditos en situaciones concursales y con experiencia en la negociación de convenios que, al haber adquirido presumiblemente un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

número elevado de créditos, se beneficiarán de las economías de escala derivadas de ostentar un interés económico suficiente para justificar una activa participación en el procedimiento, todo lo cual puede aumentar las posibilidades de una reorganización eficiente. Igualmente, el adquirente con la condición de entidad sometida a supervisión financiera estará probablemente más dispuesto a aceptar capital del deudor en crisis en lugar de numerario, lo cual favorece las posibilidades de reorganización.

Pese a la valoración positiva que merece esta novedad, no puede dejar de señalarse que el concepto de “entidades sometidas a supervisión financiera” no resulta demasiado preciso desde el punto de vista técnico. Parece evidente que a quienes trata de favorecer la modificación en proyecto es a las entidades cuyo objeto consista en la financiación de otras, siempre que por su parte estén sometidas a un régimen [externo] de supervisión. Acaso los términos de la ecuación deberían invertirse, de forma que el precepto se refiriera a “entidades financieras sometidas a supervisión”. Eso nos conduciría a un concepto próximo al de “entidades de crédito”, que aparecen definidas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, las cuales están sujetas al régimen de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como, en su caso, al de supervisión del Banco de España, conforme al artículo 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

3. MAYORÍAS NECESARIAS PARA LA ACEPTACIÓN DE PROPUESTAS DE CONVENIO.

El vigente artículo 124 LC establece, en materia de mayorías





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, una regla general (el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso) y una excepción para los supuestos de convenios con esperas breves para el pago íntegro o de pago inmediato con quitas pequeñas, supuestos en los que es suficiente una mayoría inferior (voto a favor de una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra). En ambos casos, conforme al párrafo final del artículo, “a efectos del cómputo de las mayorías de cada votación, se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta”. Esto significa que los acreedores privilegiados sólo pueden manifestar su voto favorable a la propuesta, mas no su voto en contra, o mejor dicho: aunque esta clase de acreedores manifiesten su oposición a una determinada propuesta de convenio, su voto contrario no será computado a los efectos de verificar si se alcanza o no la mayoría necesaria. Y es que, por definición, a los acreedores privilegiados el convenio no les afecta, a menos que voten a favor de éste. Así se corrobora en el artículo 123 LC, que el Anteproyecto no prevé reformar. Según su primer apartado, aunque los acreedores privilegiados asistan a la junta y participen en las deliberaciones, no se les tendrá en cuenta para el quórum de constitución ni quedarán sometidos a los efectos del convenio que en su caso resulte aprobado. Y conforme a su apartado segundo, los efectos del convenio sólo se extenderán a tales acreedores cuando éstos hubieren votado a favor de la propuesta que a la postre haya sido aceptada por la junta y aprobada por el juez.

Sobre este telón de fondo, el Anteproyecto prevé modificar tan sólo el segundo párrafo del artículo 124 LC, y únicamente en cuanto a dos extremos. Recuérdese que este párrafo en su versión actual señala lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de tramitación escrita los acreedores contrarios a estas propuestas deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos de los artículos 108 y 115 bis de esta Ley”.

La primera de las modificaciones servirá para puntualizar, en el segundo inciso del precepto, que la posibilidad de manifestar el voto en contra a esa clase de propuestas mediante el sistema equivalente al de las adhesiones, no sólo se aplicará “en los supuestos de tramitación escrita”, sino también “en los de propuesta anticipada”. Probablemente ello iba de suyo, desde el momento en que el propio precepto se remite en la parte final a los artículos 108 y 115 bis, que se encuentran en sede de propuesta anticipada y de tramitación escrita respectivamente, pero la modificación no sobra, pues clarifica la reforma ya operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que si bien eliminó la excepción que respecto de las propuestas anticipadas de convenio contenía el artículo 124.II LC en la original redacción de 2003 [a las cuales aplicaba en todo caso la regla de la mayoría consistente en el voto favorable de la mitad del pasivo ordinario], no había redactado en consonancia este segundo párrafo del artículo 124 LC.

La segunda de las modificaciones que se prevé introducir en el artículo 124.II LC no es ni mucho menos tan pacífica, ni sus razones aparecen evidenciadas. Consiste en suprimir el término «ordinario» en el pasaje “será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo



*ordinario* superior a la que vote en contra”. De esta forma, el término de referencia para el cómputo de esta mayoría pasa a ser la totalidad del pasivo y no sólo el ordinario. Ello supone una importante alteración con respecto a la actual regulación, no precisamente favorable a la adopción de una solución convenida al concurso, ni tampoco dirigida a potenciar la *par condicio creditorum* (como, sin embargo, la Memoria dice que se trata de hacer con la reforma: pág. 24). Al tomar como referencia al pasivo en su conjunto –es decir, incluidos los acreedores privilegiados– para determinar si existen a favor de determinada propuesta más votos a favor que en contra, es obvio que se está propiciando que el voto de los acreedores privilegiados también se compute cuando sea contrario a la propuesta, a diferencia del sistema vigente en el que sólo se computa cuando sea favorable. Ello es completamente ilógico porque carece de sentido que se compute el voto contrario de un acreedor al que por definición el convenio no va a afectar (vid. artículo 123.2 LC, cuya reforma, insistimos, no se prevé), y hace más difícil para los acreedores ordinarios alcanzar la mayoría suficiente, dado que la base de cálculo se amplía y con ella la de los posibles votantes en contra. Hasta ahora el voto de los acreedores privilegiados sólo podía favorecer a los ordinarios que deseen votar a favor de determinada propuesta de las descritas en el artículo 124.II LC. A partir de ahora, si el Anteproyecto prospera en sus actuales términos, podría también obstaculizar la aprobación de esa propuesta. Por lo demás, si la modificación a la que nos referimos se mantuviera en la versión definitiva de la Ley, sería inconsecuente seguir manteniendo como aplicable a los dos supuestos de mayorías descritos en el artículo 124 LC, la del párrafo primero y la del párrafo segundo, la regla de cierre del párrafo tercero de ese mismo artículo. Al referirse dicha regla a la posibilidad de que los acreedores privilegiados que voten a favor de una propuesta se consideren incluidos en el pasivo *ordinario* del concurso, y al planearse ahora que el párrafo segundo del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo deje de hablar de pasivo ordinario para pasar a hablar solamente de pasivo, la regla en cuestión sólo conservaría su aplicabilidad para los supuestos contemplados en el párrafo primero del artículo 124 LC, en el que debería entonces pasar a residenciarse, por razones sistemáticas.

#### **j) Eficacia del convenio.**

El Anteproyecto modifica de forma relevante la redacción del vigente artículo 133 LC, dedicado al comienzo y alcance de la eficacia del convenio. El vigente artículo 133.1 LC prevé que frente a la regla general de adquisición de plena eficacia del convenio desde la fecha de la sentencia que lo aprueba, es posible que, en supuestos en los que dicha sentencia sea recurrida, el juez adopte un acuerdo de suspensión que afecte total o parcialmente a la eficacia del convenio. El Anteproyecto, que traslada esta previsión al futuro artículo 197.5.II LC, relativo al recurso de apelación contra las sentencias que aprueban un convenio, introduce una nueva regla en el artículo 133 LC, de acuerdo con la cual el Juez, por razón del contenido del convenio, puede acordar retrasar su eficacia a la fecha en que la aprobación del mismo alcance firmeza. Es decir, ya no será preciso que se haya producido un recurso frente a la sentencia aprobatoria del convenio para que la eficacia del mismo pueda quedar en suspenso, sino que en atención a las posibles consecuencias negativas derivadas de la ejecución de un convenio que acaso pueda ser exitosamente recurrido, el Juez podrá suspender cautelarmente la eficacia hasta que se produzca la efectiva firmeza de la sentencia aprobatoria, bien por haberse resuelto los recursos contra la misma, bien por haber transcurrido el plazo sin que se produzcan tales recursos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En el tercer apartado del proyectado artículo 133 LC se dispone que los administradores concursales, pese a su cese, podrán seguir cumpliendo una serie de funciones, no sólo las que les atribuya el convenio y lo relativo a la sección de calificación del concurso, como indica el vigente artículo 133.2.II LC, sino también la continuación de los incidentes en curso y la solicitud de ejecución de las sentencias y autos dictados en los mismos.

Como novedad, el Anteproyecto indica expresamente (artículo 133.4 LC en proyecto) que el convenio podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales “el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna”. Acerca de esta previsión, debe señalarse que los artículos 107 y 115 LC prevén que la administración concursal emita una evaluación sobre la propuesta anticipada u ordinaria de convenio, evaluación que los acreedores y el Juez toman en consideración a la hora de manifestar su posición sobre el convenio. Si bien la evaluación de la administración concursal se referirá a la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen, no conviene desatender el posible conflicto de intereses que podría generarse a los administradores concursales que deban evaluar una propuesta de convenio en la que se establezca la asignación a los mismos de ciertas funciones remuneradas para la fase de cumplimiento del mismo.

#### **k) La fase de liquidación.**

##### **1. APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.**

Señala la Exposición de Motivos que “una importante novedad” de la reforma es “la anticipación de la liquidación”, de tal forma que esta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fase pueda abrirse “tan pronto como el deudor solicite su apertura”, por tanto sin necesidad de que haya concluido la fase común del concurso. Esta novedad –continúa la Exposición de Motivos– “parte de la constatación de un modelo demasiado rígido de la Ley Concursal”.

La novedad en cuestión se refleja en los cambios que se prevé introducir en el artículo 142.1 LC. De un modelo en el que la liquidación puede ser solicitada por el deudor con la solicitud de concurso voluntario, o en determinados momentos durante la tramitación de la fase común del concurso, en este caso bajo ciertas condiciones, se pasa a un modelo en el que “el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento”, debiendo el Juez dictar auto abriendo la fase de liquidación dentro de los diez días siguientes a la solicitud del deudor.

Esta facultad del deudor de pedir la liquidación en cualquier momento del procedimiento no queda sujeta al cumplimiento de ninguna condición, y en particular la de que el deudor no haya formulado una propuesta de convenio, que es lo que en la regulación actual obstaculiza que el deudor pueda pedir la liquidación durante la fase común de concurso (vid. artículo 142.1.2º, 3º y 4º LC). Incluso en el caso de que la propuesta hubiese sido presentada por los acreedores y no por el deudor, el vigente artículo 142.1.4º LC obliga al deudor a solicitar la liquidación en un perentorio plazo de cinco días, a contar desde la presentación de dicha propuesta. Algo similar ocurre en el régimen de la propuesta de liquidación anticipada del vigente artículo 142 bis LC [añadido por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, y que el Anteproyecto prevé derogar], la cual se exige que sea formulada dentro de los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal. Nada de esto se prevé mantener en el futuro artículo 142.1 LC, donde la facultad del deudor de pedir la liquidación no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se subordina al hecho de no haber presentado por su parte una propuesta de convenio, ni tampoco tiene que ejercitarse dentro de determinado plazo o margen temporal.

Al mismo tiempo, el nuevo artículo 142.1.II LC establece que, pedida la liquidación por el deudor, el Juez la decretará por auto en el término de los diez días siguientes, esto es, de forma automática y consiguiente a la petición. En la regulación actual está previsto que el auto judicial decretando la apertura de la fase de liquidación, aunque la petición del deudor al respecto se formule en fase tan temprana como la propia solicitud de concurso voluntario, se dicte dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos (artículo 142.2 LC).

La reforma proyectada permitirá pues optar en cualquier momento por la liquidación, y que el Juez la decrete sin necesidad de esperar a la elaboración del informe y del inventario y la lista de acreedores. Si se tiene en cuenta que la mayoría de los convenios acaban en liquidación y que es muy frecuente que, desde el principio, se advierta que ésta será la solución del concurso, parece que se ha de valorar positivamente la introducción de esta novedad, que servirá para ahorrar costes durante la fase común y evitará que los activos se devalúen con el paso del tiempo. No obstante, la razón de ser de esta previsión se debilita si se tiene en cuenta que, como hemos visto, el prelegislador también prevé aumentar de manera considerable las facultades de la administración concursal para realizar actos de disposición sobre bienes y derechos de la masa activa durante la fase común (vid. proyectado artículo 43.2 LC).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por otro lado, si bien no se ve inconveniente en que las operaciones de liquidación den comienzo sin aguardar a contar con el inventario y la lista de acreedores, lo que parece necesario demorar hasta la aprobación definitiva de este último documento son las operaciones de pago. En este sentido cabe proponer la introducción en el futuro artículo 142.1 LC de determinadas cautelas, análogas a las actualmente previstas en el artículo 142 bis LC, el cual contempla ya la posibilidad de que el Juez acuerde abrir la liquidación con anterioridad a la resolución de las impugnaciones que contra el inventario o la lista de acreedores pudieran formularse, e incluso va más allá, al permitir al Juez que autorice el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, pero advierte: “adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación” (artículo 142 bis.2.II LC). De hecho, si la regulación en proyecto “hace ya innecesaria la distinción entre la liquidación ordinaria y la anticipada”, como señala la Memoria, y ello se debe a que el Anteproyecto “normaliza” o “generaliza” –por así decirlo– la anticipación de la liquidación, lo lógico sería rescatar en la mayor medida posible el actual régimen de la propuesta anticipada de liquidación, del artículo 142 bis LC, y trasladarlo al futuro artículo 142.1 LC.

Para terminar con el proyectado artículo 142 LC, su apartado segundo no contiene propiamente una novedad. En él se compendia, en dos diferentes párrafos, lo que en el régimen vigente aparece regulado en los apartados 3 y 4 del artículo 142 LC. En cambio el apartado 3 del artículo 142 LC en proyecto sí contiene una previsión novedosa, pues faculta a la administración concursal para que, en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, solicite al Juez la apertura de la fase





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días, debiendo resolver el Juez mediante auto dentro de los cinco días siguientes.

Como reflexión de fondo, debe señalarse que esta facilitación de la apertura de la liquidación casa mal con algunas otras medidas que el Anteproyecto incorpora, dirigidas más bien a potenciar una solución convenida al concurso, hasta el punto de que la Exposición de Motivos llega a considerar como uno de los vectores de la reforma el de favorecer la solución conservativa del concurso. Probablemente lo que sucederá con la reforma planeada es que propiciará la cohabitación de soluciones diametralmente opuestas, aplicables en función de las características del concursado, con lo que, a despecho del teórico mantenimiento de los principios de unidad de disciplina y de sistema que proclamara la originaria Ley 22/2003 en el apartado II de su Exposición de Motivos, la LC albergará *de facto* una dualidad de regímenes en su seno.

## 2. OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN.

La Sección Tercera relativa a las operaciones de liquidación ha sido objeto de las modificaciones que a continuación se detallan:

a) La presentación del plan de liquidación podrá incluirse también en el informe previsto en el artículo 75, tal y como se prevé en el ordinal cuarto del referido artículo.

b) El Anteproyecto altera el esquema seguido por la Ley Concursal, en tanto que permite al Juez del Concurso introducir modificaciones al plan o acordar la liquidación conforme a las reglas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

supletorias legales, siempre que estime convenientes tales medidas para el interés del concurso, tanto si se han formulado observaciones al plan como si no, sin necesidad de que la administración concursal formule informe sobre las observaciones efectuadas. Es evidente que el prelegislador ha pretendido atribuir al Juez mayores facultades para dilucidar lo que resulta más conveniente al interés del concurso, sin necesidad de que su decisión esté condicionada por las observaciones formuladas o por el informe de la administración concursal.

Dada la mayor amplitud de las potestades del juez del concurso, sería conveniente que se incidiera en la necesidad de motivación expresa sobre las razones por las que el órgano judicial adopta de oficio tales decisiones. Asimismo, como el artículo 148.3 no ha sido objeto de modificación, es necesario eliminar el último inciso de este artículo, ya que si la formulación de observaciones no condiciona la decisión del juez, no existe razón alguna que justifique el mantenimiento de la frase “según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas”.

También se ha de mencionar la incorporación de un nuevo número, el tres, al artículo 149. Este precepto incide sobre las reglas legales supletorias que son aplicables en defecto de plan de liquidación o cuando éste no haya sido aprobado. Dicha adición supone una mejora técnica, al establecer que *“el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados, ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 91”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por último, en lo que atañe a los informes sobre la liquidación, el artículo 152 ha sido objeto de una profunda reforma consistente en la modificación del número primero y la adición de dos nuevos números. Las novedades que incorpora son las siguientes:

a) Se impone a la administración concursal la obligación de detallar y cuantificar los créditos contra la masa que se hayan devengado y estén pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos (artículo 152.1). La medida en sí no supone gran novedad, habida cuenta que simplemente se concreta cual ha de ser el contenido del informe sobre las operaciones liquidatorias.

b) Finalizada la liquidación de bienes y derechos del concursado y la tramitación de la sección de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitados ni otros bienes y derechos del concursado. No impedirá la conclusión, el hecho de que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables, desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sea manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal. También se incluirá una completa rendición de cuentas, conforme a lo dispuesto en esta Ley (artículo 152.2).

c) Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición, se le dará la tramitación del incidente concursal. En caso contrario, el juez dictará auto declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación (artículo 152.3).



Los números adicionados están íntimamente relacionados con lo previsto en el artículo 176 bis, que versa sobre las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. Por ello, sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán al analizar dicho precepto, cabe apuntar que, a la vista de lo previsto en el número uno, párrafo segundo y número tres del artículo 176 bis se sugiere reflexionar sobre la pertinencia de suprimir los números dos y tres del artículo 152 del Anteproyecto, por coincidir, en esencia, con los números indicados del artículo 176 bis. No obstante, si se opta por mantener la adición introducida por el Anteproyecto, sería conveniente concordar su contenido con los números del artículo 176 bis antes citado, al objeto de determinar con claridad que el informe elaborado por la administración concursal se pondrá de manifiesto en la oficina judicial a todas las partes personadas por un plazo de quince días, siendo ésa la duración del plazo de audiencia a que se refiere el artículo 152.3 del Anteproyecto.

### **I) Calificación del concurso.**

El Título IV, referido a la calificación del concurso, ha sido objeto de variaciones de mayor o menor calado. Sustancialmente las modificaciones operadas obedecen al esquema que a continuación se refleja:

a) Aun cuando desaparecen del artículo 163.1 las referencias a los supuestos en los que procede la formación de la sección de calificación del concurso, las circunstancias que determinan la formación de dicha sección se recogen en el artículo 167.1. Las variaciones que se introducen versan sobre la clase de convenio que se exige para que no proceda la formación de la sección, que según el párrafo segundo del artículo 167.1 del Anteproyecto es exclusivamente el convenio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

anticipado aprobado judicialmente, mencionándose también el incumplimiento de dicho convenio anticipado como una causa de formación de la sección de calificación.

b) El artículo 164.1 redefine los requisitos que determinan que el concurso sea calificado como culpable y, sin perjuicio de mantener la estructura básica de la vigente Ley concursal, también considera trascendente, a estos efectos, la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia por parte de los apoderados generales de la personal jurídica, de hecho o de derecho, o por parte de quienes hubieran sido administradores, liquidadores, apoderados generales, de hecho o de derecho, durante los dos años anteriores a la declaración del concurso.

c) El plazo de personación de diez días que se confiere a cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo para que pueda personarse, se contará a partir del siguiente a la formación de la sección sexta y no, como el artículo 168.1 de la Ley Concursal establece en la actualidad, a partir de la última publicación, que, conforme a lo establecido legalmente, se hubiera dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la liquidación. El momento procedimental al que se refiere el artículo 168.1 del Anteproyecto tiene lugar cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167.1, párrafo tercero se encabeza la Sección con el testimonio de la resolución judicial y se incorporan a ella los testimonios de la solicitud de declaración del concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración del concurso y el informe de la Administración concursal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin embargo, al igual que en la actualidad prevé el artículo 168.1, sería adecuado que el Anteproyecto también haga mención a que el cómputo de los diez días se inicie a partir del siguiente a que se dé la debida publicidad a la formación de la sección Sexta, ya que es a partir de ese momento cuando los acreedores y demás interesados pueden tener conocimiento cabal de la formación de dicha sección.

d) Se amplia el círculo de eventuales personas afectadas por la calificación de culpabilidad y así, el artículo 172.2.1º, en concordancia con lo previsto en el artículo 164.1, prevé que dicha calificación podrá afectar a los apoderados generales, de hecho o de derecho y a los administradores, liquidadores o apoderados generales, de hecho o de derecho, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Si se atribuyera la condición de administrador, liquidador o apoderado general de hecho a alguna persona, la sentencia deberá motivar las razones por las que le atribuye esa condición.

e) La inhabilitación para administrar el patrimonio ajeno prevista en el artículo 172.2.2º, cuyo lapso temporal se establece entre dos y quince años, tomará en consideración no sólo la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio, sino también el que el afectado hubiera sido declarado culpable en otros concursos. Además, si un mismo interesado hubiera sido inhabilitado en dos o más concursos, el período de inhabilitación será el correspondiente a la suma de cada uno de ellos.

f) El artículo 172.3 del Anteproyecto contempla la exigencia de responsabilidad al cómplice respecto de la indemnización de los daños y perjuicios causados, con la novedad de que para dicha exigencia no hará falta que reúna la condición de acreedor, a diferencia de lo que dispone el vigente artículo 172.2.3º LC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La principal novedad que introduce el Anteproyecto en esta materia trae causa de la incorporación del artículo 172 bis, relativo a la responsabilidad concursal. Según la vigente Ley concursal, al amparo del artículo 172.2.3º, las personas afectadas por la calificación (administradores o liquidadores) o las declaradas cómplices, pierden cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y en su caso, deberán devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa; asimismo, también deberán indemnizar los daños y perjuicios causados.

Para el supuesto de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, según reza el artículo 173.3, el juez, mediante sentencia podrá condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o derecho de la persona jurídica cuyo concurso se declare culpable y a quienes hubieran tenido esta condición durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa.

Diferentes resoluciones judiciales han venido a distinguir entre la responsabilidad por el déficit concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal y la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por las personas a las que se refiere el artículo 172.2.3º de dicha Ley. Mientras la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en el artículo 172.2.3º tiene un eminente carácter resarcitorio, sobre la naturaleza de la responsabilidad derivada del artículo 172.3 existen diferentes criterios judiciales. La SAP de Baleares, de fecha 9/11/09 que,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a la postre, se decanta por el carácter sancionador y de responsabilidad objetiva del artículo 173.2, alineándose así con la posición mayoritaria, deja constancia en su fundamentación jurídica de las diferentes posiciones existentes.

La Memoria hace referencia expresa a la introducción del nuevo artículo 172 bis, dedicado a la responsabilidad concursal, cuya finalidad es determinar quiénes han de resultar condenados a la cobertura total o parcial del déficit del concurso, a la vez que se individualiza la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos. La iniciativa adoptada por el Anteproyecto en orden a la regulación separada de la denominada “responsabilidad concursal” merece una valoración positiva desde el punto de vista sistemático ya que, de ese modo queda netamente diferenciado su particular régimen jurídico, lo cual contribuye a evitar interpretaciones contradictorias en torno a su naturaleza jurídica, a la vez que se establecen una serie de pautas relativas a la extensión de la condena en la cobertura del déficit y, se predetermina el destino de las cantidades que se obtengan por tal concepto.

El número uno del artículo 172 bis regula tres cuestiones diferentes que, a saber, son los siguientes:

a) La exigencia de la responsabilidad concursal sólo tendrá lugar cuando la sección de calificación haya sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. La condena a la cobertura total o parcial del déficit, podrá extenderse a los administradores, liquidadores o apoderados generales de la persona jurídica afectados por la calificación. La mención relativa a los apoderados generales deviene necesaria, a la vista de las modificaciones introducidas en los artículos 164.1 y 172.2.1º. Sin





embargo se echa en falta que a diferencia de esos dos artículos no se incluya la frase “de derecho o de hecho”, cuya inclusión se estima conveniente.

b) Si el concurso ya hubiera sido declarado culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso, tanto a los hechos declarados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. Para la interpretación correcta del párrafo segundo del artículo 172 bis 1 se ha de tener en cuenta que la apertura de la fase de liquidación no determina necesariamente la exigencia de responsabilidad concursal, sino que, a partir de la concurrencia del requisito citado, el juez podrá exigir o no tal responsabilidad. Por ello, el párrafo analizado considera que para dilucidar si procede o no exigir este tipo de responsabilidad, habrá de tenerse en cuenta el requisito reglado, es decir, la apertura de la fase de liquidación motivada por el incumplimiento del convenio y, además, las causas que inicialmente determinaron que el concurso fuera calificado como culpable. La medida establecida en este apartado permite que el juez del concurso lleve a cabo una valoración global de las circunstancias determinantes de la calificación del concurso, más allá de las que ha supuesto un incumplimiento del convenio.

c) La previsión establecida en el párrafo tercero del citado número, concierne a los supuestos en los que exista una pluralidad de condenados. En estos casos, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada una de ellas, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El número dos prevé que, con carácter principal, la administración concursal estará legitimada para solicitar la ejecución de la condena. No obstante, los acreedores concursales podrán solicitar a la administración concursal que inste la ejecución y, si ésta no lo hiciere en el plazo de un mes, los referidos acreedores estarán legitimados para interesar “motu proprio” la ejecución de la sentencia en lo que a este particular se refiere. Sin alterar la estructura del esquema seguido por el prelegislador, cabe concebir un sistema menos dilatorio, en virtud del cual, a la administración concursal le corresponderá solicitar la ejecución de la sentencia; mas, si ésta no lo verifica en el plazo de un mes desde la firmeza de la sentencia, los acreedores estarán legitimados para solicitar la ejecución ante el órgano judicial, sin necesidad de instar a la administración concursal para que interese la ejecución de la sentencia.

El número tres establece que todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación, se integrarán en la masa activa del concurso, es decir, se equiparan a los bienes y derechos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Concursal.

Por último, el número cuatro prevé que quienes hayan sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

#### **m) Conclusión y reapertura del concurso.**

El Anteproyecto modifica la regulación de la conclusión del concurso en un triple aspecto: (i) se retocan las causas de conclusión del artículo 176 LC, (ii) se introduce un nuevo artículo (artículo 176 bis) que establece una serie de especialidades de la conclusión por



insuficiencia de masa activa y (iii) se modifica el artículo 178 LC, relativo a los efectos de la conclusión del concurso.

#### 1. CAUSAS DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO.

Por lo que se refiere a las causas de conclusión, lo más relevante es la eliminación de la causa del artículo 176.1.4º LC, consistente en la comprobación de la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, y su sustitución por la del proyectado artículo 176.1.3º LC, relativa a la comprobación de “la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa”. Esta reforma conecta con la referencia que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se hace a los llamados concursos sin masa, los cuales son descritos como una forma extendida de conclusión del concurso en la práctica. En paralelo se prevé suprimir los apartados 3 y 4 del artículo 176 LC, vinculados a la mencionada causa (el primero referido a la imposibilidad de dictar auto de conclusión por dicha causa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, y el segundo al informe de la administración concursal sobre la conclusión, así como al necesario trámite de audiencia a las demás partes personadas). Su contenido viene a quedar subsumido dentro del nuevo y extenso artículo 176 bis LC.

La novedosa causa que introduce el Anteproyecto en el artículo 176.1.3º LC y que reemplaza a la hasta ahora enunciada en el artículo 176.1.4º LC, remite a la distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa (artículo 84 LC), créditos estos últimos cualificados por su trascendencia para el deudor, para el concurso y para la viabilidad de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

una solución convenida al mismo, por todo lo cual merecen el trato especial que les reserva el artículo 154 LC, consistente en su satisfacción con carácter previo a los créditos concursales previa deducción de la parte de la masa activa necesaria para ello. La modificación introducida por el Anteproyecto consiste en establecer que sólo la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, podrá determinar la conclusión del concurso. Ello permite inferir, a *contrario*, que si la insuficiencia de masa activa pudiera comprometer el cobro de los créditos concursales pero no el de los créditos contra la masa, no procederá decretar la conclusión del concurso por este motivo.

La mencionada reforma del artículo 176 LC se ve complementada con la regulación del orden de pago de los créditos contra la masa en caso de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacerlos a todos, materia que aparece desarrollada en el proyectado artículo 176 bis.2 LC. La constatación por parte de la administración concursal de la insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa dará lugar, una vez comunicada al Juez, a que aquélla no pueda proceder al pago de los créditos contra la masa conforme a la regla general (pago a su respectivo vencimiento), ni tampoco obviamente hacer uso de la facultad que el futuro artículo 84.3 LC le conferirá para que altere esa regla general cuando lo considere conveniente para el interés del concurso, pues como se ocupa de decir este último precepto, ello sólo será posible cuando se presuma “que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa”, que es justo la situación opuesta a aquélla que ahora nos ocupa. La administración concursal deberá entonces abonar los créditos contra la masa siguiendo el estricto orden de prelación que establece el nuevo artículo 176 bis.2 LC, a salvo sólo “los créditos imprescindibles para concluir la liquidación” y abonando a prorrata los que se encuentren



dentro del mismo rango. El problema es que no todos los enumerados en ese artículo 176 bis.2 LC se corresponden plenamente con créditos contra la masa, o no se corresponden en su formulación de manera perfecta con la descripción que de los créditos en cuestión se hace en el artículo 84.2 LC [ni en su redacción actual, ni en la versión resultante de la reforma proyectada]. Así, “los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago”, del ordinal 2º de este artículo 176 bis.2 LC, aparecen configurados en la Ley –incluso con esa misma literalidad– como créditos con privilegio general, al menos cuando se hayan devengado con anterioridad a la declaración de concurso (artículo 91.1º LC). Puesto que el artículo 176 bis.2.2º LC no hace ninguna especificación sobre el momento de devengo de los créditos a los que se refiere, es claro que, aunque sea en parte, su dicción alcanzaría a un tipo de créditos que son concursales y no contra la masa. Puesto que, desde un punto de vista técnico-jurídico, un crédito no puede ser categorizado, ora como crédito concursal, ora como crédito contra la masa, dependiendo de la suficiencia o insuficiencia de la masa activa para atender al pago de todos los créditos contra la masa, no quedará otro remedio al prelegislador que enmendar en este punto el artículo 176 bis.2 LC. En los ordinales 3º y 4º de este precepto también se aprecian problemas sistemáticos, aunque no de tanto alcance como el que se acaba de señalar. El punto 3º se refiere a los créditos por alimentos, pero restringiendo su alcance con respecto a la descripción que de este tipo de crédito contra la masa se hace en el artículo 84.2.4º LC: dice que se tratará del crédito por alimentos del artículo 145.2 LC (el cual se refiere al caso excepcional de que subsista el derecho de alimentos del deudor a pesar de haberse abierto la liquidación, aunque sólo para atender las necesidades “mínimas” del concursado, su cónyuge e hijos bajo su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

potestad), limitado a su vez a una cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional. Al punto 4º le sucede lo contrario. Se refiere de forma genérica a los “créditos por costas y gastos judiciales del concurso”, sin considerar que el artículo 84.2.2º LC contiene una larga enumeración de costas y gastos judiciales relacionados con el concurso, y que también aquí podría haberse trazado alguna clase de restricción cualitativa o cuantitativa.

El primer apartado del nuevo artículo 176 bis LC indica cuáles son las condiciones que, ante una situación de insuficiencia de la masa activa para proceder al pago de todos los créditos contra la masa, permitirán dar paso a la conclusión del concurso por esta causa. Será necesario que no sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, ni tampoco la calificación del concurso como culpable. Por esta misma razón, mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración o de exigencia de responsabilidad, no podrá dictarse auto de conclusión del concurso, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión [hasta aquí hay coincidencia con el régimen actual del artículo 176.3 LC], o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no alcanzaría para la satisfacción de los créditos contra la masa [esta previsión es en cambio novedosa]. No obstante, pese a darse las condiciones señaladas y haberse puesto de manifiesto que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, el precepto admite que el Juez considere que las cantidades necesarias para atender la satisfacción de tales créditos están suficientemente garantizadas por un tercero, caso en el que tampoco procederá decretar la conclusión del concurso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Alguna observación debe hacerse a propósito del proyectado artículo 176 bis.3 LC, ya que paradójicamente pospone la emisión del informe de la administración concursal a propósito de las condiciones que permiten concluir el concurso por insuficiencia de la masa activa, al momento posterior a que se haya distribuido dicha masa con arreglo al orden de prelación de créditos contra la masa previsto en el apartado anterior. Lo adecuado sería que dicho informe se aportara con anterioridad a la distribución de la masa activa, una vez constatada la insuficiencia de la misma para atender el pago de todos los créditos contra la masa. Tal y como lo configura el Anteproyecto, el informe iría dirigido a justificar la declaración no ya de *insuficiencia* sino de *inexistencia* de masa activa, puesto que en el momento de emitirse, los bienes que conforman dicha masa habrían sido objeto de distribución. El informe en cuestión, que deberá afirmar y razonar inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no hay acciones viables de reintegración de la masa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ejercicio, o que en todo caso lo que pudiera obtenerse de ellas no sería bastante para el pago de los créditos contra la masa, habrá de ponerse de manifiesto en la Oficina judicial por espacio de quince días a todas las partes personadas, que podrán oponerse a la conclusión del concurso.

Pues bien, ninguna de estas cautelas se aplicará en el novedoso supuesto contemplado en el proyectado artículo 176 bis.4 LC, conforme al cual también será posible acordar la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa en el auto mismo de declaración de concurso, “cuando el Juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

responsabilidad de terceros”. El precepto, que refleja la postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales, proclives a exigir en todo caso una previa declaración de concurso en lugar de una inadmisión por falta de activo mínimo, contiene no obstante un cúmulo de presunciones y juicios de previsibilidad que hacen demasiado insegura su aplicación (es dudoso que el Juez pueda, en fase tan inicial, hacerse una idea cabal de las acciones de reintegración o de responsabilidad que pudieran ejercitarse), y genera un fuerte contraste con los apartados anteriores en los que se prevé la aportación de un informe por la administración concursal y un plazo de audiencia a las partes para manifestar su oposición a la medida de conclusión. Afortunadamente, el prelegislador ha previsto que –excepcionalmente, porque sería el único caso en el que pudiese interponerse recurso contra el auto de conclusión del concurso (vid. artículo 177.1 LC)– el auto de declaración de concurso en el que se acuerde de forma simultánea la conclusión por insuficiencia de masa, sea susceptible de recurso de apelación. No estaría de más introducir a este respecto la correspondiente salvedad en el artículo 177.1 LC.

Finalmente, el apartado 5 y último del proyectado artículo 176 bis LC, contiene una previsión desconcertante en muchos aspectos. Dice este precepto que “[h]asta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible”, añadiendo que servirá también aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer





requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca u otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad. El principal escollo de esta disposición es que el ínterin que toma como referencia (“hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso”) es, o bien inexistente, como en los casos del apartado 4 en que la conclusión se acordará en el auto mismo de declaración del concurso, o bien inadecuado, como en los casos ordinarios de conclusión por insuficiencia de la masa activa, ya que en ellos está previsto que tras la aportación del informe al respecto de la administración concursal, se dé audiencia por quince días a las partes personadas para que puedan en su caso formular oposición. No parece apropiado que si las partes personadas han tenido ya oportunidad de manifestarse en contra de la conclusión durante el plazo de los quince días a que se refiere el apartado 3 del precepto, se les conceda todavía la facultad de intentar revertir la conclusión durante un periodo de tiempo inespecífico que culminaría en la fecha misma en que se dicte el auto de conclusión del concurso, siquiera sea por la inconcreción que ello encierra desde el punto de vista de los plazos procesales. A ese factor se une, esta vez desde la óptica de los sujetos que podrían formular la solicitud a que se refiere este apartado 5 del artículo 176 bis LC, la inseguridad que viene dada por que se identifique a tales sujetos como “los acreedores y *cualquier otro legitimado*”, sin que la norma se ocupe por tanto de trazar una determinación precisa del círculo de legitimados. Ello contrasta con el apartado 3, en el que se identifica a esos legitimados como “las partes personadas” en el procedimiento. La inseguridad va en aumento cuando, al avanzar en la lectura del precepto, descubrimos que dicha solicitud podrá basarse en “*indicios suficientes*” de que podrán ejercitarse acciones de reintegración, o en la aportación “por escrito” de “hechos relevantes *que pudieran conducir* a la calificación de concurso culpable”. A mayor abundamiento, la cautela



consistente en exigir el depósito, consignación o aval de una cantidad, se refiere a la que sea suficiente para satisfacer “los créditos contra la masa *previsibles*”. En fin, la disposición hace uso de un concepto como es el de “reanudación del concurso”, que es ajeno a nuestra legislación concursal y que, en todo caso, no resulta suficientemente descriptivo de la situación, ya que hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso éste no se encuentra paralizado ni suspendido, sino todo lo más en la fase interina de comprobación de si se da alguna causa para acordar la conclusión, y en concreto si se da la causa consistente en la insuficiencia de la masa activa.

## 2. EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO.

Las modificaciones que el Anteproyecto prevé introducir en el artículo 178 LC, relativo a los efectos de la conclusión del concurso, se limitan básicamente a la adaptación de este precepto a las nuevas causas de conclusión, al incluirse en el proyectado artículo 178.2 y 3 LC la referencia a la insuficiencia de la masa activa [también a la conclusión por liquidación, que se proyecta introducir en el artículo 176.1.2º LC]. Como principal novedad de este precepto, se prevé que, precisamente en los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa o por liquidación, la inclusión de un crédito en la lista definitiva de acreedores resulte equiparada “a una sentencia de condena firme”, de cara a que los acreedores en cuestión puedan iniciar ejecuciones singulares para el cobro de la parte de crédito restante no satisfecha. Sería técnicamente más correcto que el precepto se limitara a conferir fuerza ejecutiva a la resolución judicial que pone fin a la fase común de convenio (artículo 98 LC), a los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.9º LECiv. Fuera de esto, es obvio que, pese a la omnicomprensiva redacción del precepto (“[e]n los casos de conclusión del concurso por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

liquidación o insuficiencia de masa activa”), la ventaja que representa esa equiparación a una sentencia firme de condena no podrá hacerse efectiva más que en los casos en que el concurso haya avanzado hasta la finalización de la fase común del concurso, momento en el que se contará ya con la lista definitiva de acreedores. Por definición, ello nunca será posible en los supuestos del proyectado artículo 176 bis.4 LC, en los que está previsto que el Juez acuerde la conclusión en el mismo auto de declaración de concurso. En fin, deberá ponerse cuidado en coherencia la norma del proyectado artículo 178.2 LC con los apartados del Anteproyecto [53 a 55, que modifican respectivamente el artículo 97 LC y agregan dos nuevos artículos 97 bis y 97 ter LC] en los que se regula la posibilidad de introducir modificaciones posteriores en el texto definitivo de la lista de acreedores.

### 3. REAPERTURA DEL CONCURSO.

En relación con la reapertura del concurso, se añade un número tres al artículo 179 en virtud del cual, dentro del año siguiente a la fecha de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura al objeto de ejercitar acciones de reintegración. Dicha solicitud deberá indicar el tipo de acciones que deben iniciarse o comunicar los hechos relevantes que pudieran influir en la calificación del concurso, salvo que ya se hubiera dictado sentencia de calificación en el concurso concluido.

### **n) Normas procesales generales y sistema de recursos.**

Dentro del Capítulo Primero del Título VIII, relativo a la tramitación del procedimiento, el prelegislador modifica los números cinco y seis del artículo 184 en el sentido siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a) Solamente se prevé la condena en costas de la administración concursal en caso de temeridad manifiesta.

b) El número seis, referido a la representación y defensa de los trabajadores, establece que ésta incluye a los graduados sociales y sindicatos –tal y como también recoge la vigente Ley concursal–, pero añade que dicha representación y defensa tendrá por objeto el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales.

Dentro del apartado correspondiente a los recursos (Capítulo IV), las modificaciones operadas inciden sobre los números cuatro y cinco del artículo 197 en el sentido que a continuación se detalla:

a) En el párrafo segundo del número cuatro se indica que se considerará apelación más próxima la que corresponde frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio.

Esta adición no varía el sentido del artículo 197.4 sino que únicamente ilustra en qué momento las partes puede reproducir, vía recurso de apelación, las cuestiones resueltas al conocer de los recursos de reposición o mediante las sentencias incidentales.

b) En la sustanciación del recurso de apelación contra las sentencias que aprueban el convenio o que resuelvan incidentes concursales suscitados con posterioridad o durante la fase de liquidación, se permite que el Juez acuerde, con carácter parcial, la suspensión del convenio siempre que esta medida se haya solicitado.



## **ñ) El procedimiento abreviado.**

### **1. CONSIDERACIONES GENERALES.**

La Exposición de Motivos explicita que la reforma “simplifica y agiliza el procedimiento concursal” mediante, entre otros elementos, el impulso y la regulación de un “verdadero” procedimiento abreviado. El objetivo declarado es evitar la demora en la tramitación del procedimiento concursal, y con ello eludir las consecuencias negativas derivadas de la disminución progresiva del valor de los bienes del concursado y del consiguiente aumento de los costes.

El Anteproyecto formula una nueva redacción del Capítulo II del Título VIII de la LC, modificando los dos artículos que configuran actualmente dicho Capítulo (artículo 190, relativo al ámbito de aplicación necesaria y artículo 191, referido al contenido), e introduciendo otros dos de nuevo cuño (los proyectados artículos 191 bis y ter LC).

La Memoria indica que el procedimiento abreviado (o “simplificado”, según terminología que también emplea aquella) figuraba entre los principales aspectos identificados desde el inicio de los trabajos de reforma como de obligada modificación, por ser “uno de los grandes vacíos” de la LC. El valor estratégico del procedimiento abreviado, desde una perspectiva teórica, es evidente: su objetivo en el diseño originario de la LC era eludir los problemas de excesiva duración y coste del procedimiento concursal ordinario. La importancia práctica de este procedimiento ha resultado también manifiesta: conforme a los datos aportados por la Memoria, los procedimientos abreviados suponen (tras la ampliación de su ámbito de aplicación llevada a cabo por el Real



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo) el setenta y ocho por ciento del total de concursos tramitados. No obstante, los pretendidos beneficios de este procedimiento no han sido alcanzados, puesto que, como la Memoria también reconoce, la duración de un procedimiento abreviado sólo acorta en dos o tres meses la del procedimiento ordinario, que como media se extiende hasta 25 meses.

En el diseño original de la LC, el procedimiento abreviado permitía reducir los plazos previstos por la ley a la mitad, así como limitar el número de administradores concursales a uno. La Memoria parte de la insuficiencia de estas diferencias respecto del procedimiento ordinario y defiende un procedimiento abreviado que va más allá de reducciones de plazos y que descansa sobre una regulación detallada de los trámites del concurso que pueden comprimirse, manteniendo otros intactos, así como sobre una reorganización de funciones entre los órganos del concurso, con vistas a reducir la que se califica como “excesiva judicialización del concurso”.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Frente a la actual regulación del artículo 190 LC, que establece un ámbito necesario de aplicación, obligando al Juez a aplicar este procedimiento cuando se den los elementos subjetivos y objetivos establecidos en su apartado 1 (deudor autorizado a presentar balance abreviado y estimación inicial del pasivo que no supere los diez millones de euros), el proyectado artículo 190 LC establece como facultativa para el Juez la aplicación del procedimiento abreviado cuando se den una serie de circunstancias vinculadas al menor volumen económico relativo del deudor (apartado 1) o a la existencia de una propuesta anticipada de convenio o propuesta de convenio con transmisión íntegra de activo y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pasivo (apartado 2), y como obligada en supuestos de liquidación con compra de unidad productiva o con cese de actividad y ausencia de contratos de trabajo (apartado 3).

Además de atribuir al Juez la capacidad de valorar cuándo un concurso reviste una menor complejidad que justifique el recurso al procedimiento abreviado –a diferencia de la regulación vigente–, el Anteproyecto reduce a la mitad el importe del pasivo que permite acudir a este procedimiento (una estimación inicial que no supere los cinco millones de euros), e incluye como otros elementos a valorar por el Juez, el número de acreedores incluidos en la lista presentada por el deudor (menos de cincuenta) y la valoración de los bienes y derechos (también inferior a cinco millones de euros). Asimismo, en el caso de deudores personas naturales, se indica al Juez que valore su posible condición de garante de deudas o de administrador de alguna persona jurídica. Los nuevos elementos introducidos por el Anteproyecto en el artículo 190.1 LC merecen en principio una valoración positiva, puesto que detallan de una forma más precisa los factores que permiten identificar aquellos concursos que, por implicar una menor complejidad económica, facultan al Juez para decidir su tramitación a través del procedimiento abreviado. Los elementos de nuevo cuño parecen reflejar, además, la experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la LC, evitando así tramitar como procedimientos abreviados concursos con escaso pasivo pero con gran número de pequeños acreedores, o aquéllos con una estimación inicial de pasivo de pequeño volumen relativo pero con una valoración elevada de bienes y derechos, o en fin aquéllos en los que el deudor persona física puede ser responsable adicionalmente de las deudas de una persona jurídica.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Como sucede en el actual artículo 190.2 LC, el Anteproyecto prevé (futuro artículo 190.4 LC) que el Juez puede en cualquier momento de la tramitación del concurso, en atención a la eventual modificación de las circunstancias previstas y a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario y viceversa. Ello sirve de paliativo a las dudas que en otro caso podría plantear el que uno de los elementos de juicio para el Juez sea el número de acreedores incluidos en la lista presentada por el deudor, pues de otro modo esta previsión supondría un incentivo para que el deudor no incluyera en dicha lista a todos los acreedores que lo son. Ahora bien, lo que resulta dudoso de la reforma proyectada es que esa conversión la decida el Juez de oficio, o a instancia del deudor o de la administración concursal, mientras que actualmente puede realizarse en general “a instancia de parte”, por ejemplo un acreedor. El razonable objetivo de evitar posibles entorpecimientos de un procedimiento destinado a no prolongarse en exceso en el tiempo, por parte de algunos acreedores, no debería alcanzarse al precio de reducir las garantías procesales de todos éstos.

Aparte de las modificaciones ya comentadas para los supuestos de concursos de previsible escasa complejidad conforme a criterios objetivos, relativos al monto del pasivo, bienes y derechos y número de acreedores, el artículo 190.2 LC prevé la posibilidad de aplicar también el procedimiento abreviado cuando el deudor haya presentado una propuesta de convenio –anticipada o no– que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. Por su parte, el proyectado artículo 190.3 LC configura como necesaria la aplicación del procedimiento abreviado cuando el deudor, junto a la solicitud de concurso, aporte un plan de liquidación que contenga una propuesta vinculante de compra de la unidad productiva en





funcionamiento, o bien hubiera cesado por completo en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo. El Anteproyecto parece presumir que en estos casos el concurso poseerá una menor complejidad, si bien ello puede no ser así en algunos casos en los que, a pesar de darse los requisitos que le norma describe, la existencia de un elevado número de acreedores puede hacer de la determinación del pasivo una operación muy costosa.

### 3. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

La vigente regulación del artículo 191 LC limita las peculiaridades del procedimiento abreviado a dos aspectos: la reducción de los plazos previstos por la LC, como regla a la mitad, salvo el plazo relativo a la presentación de informe por la administración concursal, y la reducción de la administración concursal a un único miembro. Se prevé que el Juez puede mantener plazos distintos o decidir sobre la existencia de una administración concursal plural cuando las circunstancias lo justifiquen. La regulación en proyecto establece un listado mucho más extenso y complejo de las consecuencias procedimentales derivadas de aplicar el procedimiento abreviado, extendiéndose más allá de los plazos y de la configuración subjetiva de la administración concursal.

Lo primero que llama la atención de la regulación proyectada en este aspecto es que elimina la posibilidad de que el Juez decida mantener en el procedimiento abreviado la misma ordenación de algunos plazos y del órgano concursal prevista para el procedimiento ordinario. El nuevo artículo 191.2 LC obliga a que en todo caso la administración concursal se integre por un único miembro, desapareciendo la facultad del Juez para apreciar en el caso concreto motivos que justifiquen decidir lo contrario (por eso mismo los artículos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

191.3, 191.5 y 191.7 LC en proyecto deberían tal vez referirse al “administrador concursal” en lugar de a “la administración concursal”, como ya sucede en el resto de menciones del nuevo artículo 191 LC). Otro tanto ocurre con la fijación de los plazos especiales para el procedimiento abreviado, los cuales no admiten alteración por parte del Juez (vid. proyectado artículo 191.3, 4 y 7.II LC). Esta regulación resulta coherente con el mayor papel otorgado al Juez en la fase previa, en cuanto a la decisión de si el procedimiento debe tramitarse como ordinario o como abreviado, de tal manera que es él quien valora inicialmente la concurrencia o no de los elementos que el Anteproyecto define como relevantes para optar por una u otra forma de tramitación, pero una vez decidida la aplicación del procedimiento abreviado, ésta conlleva un régimen necesario en materia de plazos y de configuración de la administración concursal. Todo ello, no obstante, con la salvaguarda de poder transformar el procedimiento abreviado en ordinario (y viceversa), cuando el Juez advierta, de oficio o a requerimiento del deudor o de la administración concursal –ya no de los acreedores– tal necesidad (vid. proyectado artículo 190.4 LC).

Así pues, el Anteproyecto opta por declarar la aplicabilidad de las reglas previstas para el procedimiento ordinario en todo lo no regulado expresamente para el procedimiento abreviado, para a continuación establecer una serie de especialidades. Estas especialidades son de tres tipos: (i) las referidas a los plazos, (ii) las relativas al procedimiento para corregir errores en la lista de acreedores y en el inventario, y (iii) una serie de especialidades que repercuten en el reparto de tareas entre el Juez y el Secretario judicial.

Por lo que hace a los plazos, no sólo se acortan de manera relevante con respecto al procedimiento ordinario, sino que se modifica



también el *dies a quo* para computarlos. Así, el administrador concursal deberá presentar su informe en el plazo de un mes [en lugar de dos], y el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro del plazo de quince días [en el procedimiento ordinario este documento se presenta junto con el informe de la administración concursal], en ambos casos a contar desde la fecha de publicación de la declaración de concurso [en el ordinario la fecha de inicio de cómputo es la de aceptación del cargo de la administración concursal]. El problema con esta última previsión es que, puesto que el administrador concursal tiene un plazo de cinco días para presentarse en el Juzgado y aceptar su cargo, además de acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil (artículo 29.1 LC), computar los plazos para emitir su informe y para presentar el inventario desde la fecha de publicación de la declaración de concurso, en lugar de la fecha de aceptación del cargo, reduce aún más *de facto* esos plazos, abocando prácticamente a su incumplimiento. El prelegislador debería reflexionar si los plazos que establece para los trámites descritos son realistas, a la luz de la situación de los Juzgados de lo Mercantil y de las capacidades de un solo administrador concursal.

Otra especialidad relevante en materia de plazos es la referida a la presentación de propuestas de convenio, que sólo podrá hacerse a lo sumo hasta cinco días después de la presentación del informe del administrador concursal (artículo 191.6 LC). Esto acorta enormemente las posibilidades de presentar tales propuestas, que en el procedimiento ordinario pueden formularse hasta la terminación de la fase común (artículo 113.1 LC), e incluso con posterioridad, una vez efectuada la convocatoria de la junta y hasta cuarenta días antes de su celebración (artículo 113.2 LC). Ello significa que en el procedimiento abreviado, aunque no se hubiese pedido por el deudor la apertura de la liquidación, no será necesario abrir la fase de convenio para comprobar si se



presentan propuestas del tipo descrito en el artículo 113.2 LC, evitando así el gasto y la dilación de tiempo que supone convocar la junta y esperar hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la junta para constatar que no se presenta ninguna propuesta. Gracias a la reforma en trámite, en la mayoría de los casos, que son los concursos que se tramitan por el procedimiento abreviado, acabada la fase común sólo se abrirá la de convenio si previamente se ha presentado una propuesta. Con el añadido de que el Anteproyecto prevé acortar también los plazos para la convocatoria de la junta, pues el proyectado artículo 191.6 LC ordena que la fecha para la celebración de la junta de acreedores se fije dentro de los treinta días siguientes a la admisión a trámite de la propuesta presentada. Todas estas previsiones supondrán una efectiva reducción de la duración de la fase común, y evitarán la demora en la apertura de la fase de liquidación cuando sea evidente que no hay auténticas opciones para una solución convenida al concurso, supuesto que el deudor no haya pedido la apertura de la liquidación conforme al artículo 142.1 LC.

Con respecto al procedimiento para corregir errores en la lista de acreedores y en el inventario, la Memoria lo define como “una de las piezas clave de la reforma” en lo relativo al procedimiento abreviado. La regulación propuesta permite que el Secretario judicial dé traslado de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores al administrador al día siguiente de su presentación, sin incoar incidente. El administrador concursal dispondrá de diez días para comunicar al Juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma. Parece claro que se excluye la posibilidad de que la oposición pueda ser formulada por cualquier interesado, concentrándose en la administración concursal la facultad de propiciar el incidente, pues sólo en caso de que la administración concursal se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

oponga a la impugnación deducida, se dará traslado al deudor y al resto de partes afectadas para que contesten a la misma. De esta forma, la eliminación de un importante número de incidentes producidos de forma automática conforme al régimen vigente, se conseguirá al precio de sacrificar garantías procesales de posibles interesados, con el agravante de que tal sacrificio pueda ser a la postre inútil, si a pesar de toda la celeridad que sobre el papel puede proporcionar el reformado procedimiento abreviado, no se dotan los medios adecuados que sirvan a paliar la actual congestión de los Juzgados de lo Mercantil.

Contiene también el artículo 191.5 LC en proyecto una novedad similar a la del proyectado artículo 96.4 LC, a propósito de la posibilidad de ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, cuando las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores afecten a menos del 20% del activo o del pasivo. El texto prácticamente es el mismo en ambos casos, salvo porque el artículo en sede de procedimiento abreviado omite decir que en tal caso el Juez podrá ordenar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la efectividad de las impugnaciones. Aparte de las consideraciones que se han hecho *supra* al analizar el artículo 96.4, cabe cuestionar que la especialidad en esta materia del procedimiento abreviado consista en la supresión de la facultad del Juez de ordenar medidas cautelares. Una alternativa más plausible, si es que se considera que en este punto debe trazarse una diferenciación entre ambos tipos de procedimiento, sería prever que en el caso del abreviado se puede proceder a la apertura de la fase de convenio o de liquidación, aunque las impugnaciones afecten a un porcentaje del activo o del pasivo más elevado que el que finalmente se fije para el procedimiento ordinario.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por último, en lo tocante al reparto de funciones entre el Juez y el Secretario judicial, la principal novedad se localiza en el proyectado artículo 191.7 LC. En él, frente a la regulación del procedimiento ordinario (artículo 114.3 LC, que no se prevé modificar), se dispone que será el Secretario judicial y no el Juez quien abrirá de inmediato la fase de liquidación si no se presentase en el plazo legal previsto ninguna propuesta de convenio. Hay que recordar que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ya modificó el artículo 114 LC, relativo a la admisión a trámite de las propuestas de convenio, para conferir al Secretario judicial y no al Juez la potestad de rechazar la admisión a trámite de cualquier propuesta de convenio cuando estuviese solicitada la liquidación por el concursado (artículo 114.1 LC). Esa reforma, no obstante, dejó intacta la competencia del Juez para, de oficio, acordar la apertura de la fase de liquidación. Es más, el propio Anteproyecto, en el nuevo artículo 191 ter LC, prevé otorgar al Juez, y no al Secretario, la competencia para acordar de inmediato la apertura de la fase de liquidación cuando ésta haya sido solicitada por el deudor conforme a lo previsto en el apartado 2 [debería decir 3] del artículo 190 LC, por contraste con el artículo 191.7 LC, que contempla una situación similar (ausencia de propuestas de convenio, en este caso por haber solicitado el deudor *ab initio* la liquidación). En suma, se echa en falta en la Memoria la justificación de la previsión de esta variante en el reparto de competencias entre Juez y Secretario para el procedimiento abreviado, que si bien puede estar plenamente justificada, sobre todo teniendo en cuenta el carácter debido de la apertura de la liquidación en ausencia de propuesta de convenio, no fue introducida por el legislador con motivo de la reforma de este artículo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, siendo así que el prelegislador tampoco considera ahora apropiado llevar esa solución al procedimiento ordinario.



#### CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

#### 4. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN CASO DE PRESENTACIÓN DE PROPUESTA DE CONVENIO O DE PLAN DE LIQUIDACIÓN.

Los proyectados artículos 191 bis y 191 ter LC desarrollan las especialidades del procedimiento abreviado cuando, respectivamente, el deudor haya acompañado a su solicitud de concurso una propuesta de convenio o un plan de liquidación, tal y como se prevé a su vez en los apartados 2 y 3 del proyectado artículo 190 LC. Con respecto a esos artículos, aparte de la observación que se acaba de hacer en el epígrafe anterior sobre lo poco coherente de atribuir al Juez la facultad para acordar la apertura de la liquidación cuando el deudor la hubiese pedido con su misma solicitud de concurso, procede sobre todo hacer algunas indicaciones acerca del procedimiento descrito en el artículo 191 bis LC. En él se señala que el administrador concursal deberá evaluar la propuesta presentada por el deudor en el plazo de diez días, contados desde la publicación de la declaración de concurso. Además de lo ya dicho sobre las perniciosas consecuencias de fijar este *dies a quo* en lugar de la fecha de aceptación del cargo, se añade aquí el factor de que la propuesta presentada por el deudor no tiene por qué tener carácter de propuesta anticipada, ni por tanto haber sido presentada junto con la declaración de concurso (vid. el proyectado artículo 190.2, en contraste con el 190.3 LC), por lo que lo lógico sería computar el plazo para emitir la evaluación de la propuesta por el administrador concursal a partir de la fecha en que la misma se hubiera presentado por el deudor.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 191 bis LC otorga al Juez un plazo de tres días, contados desde la presentación de la evaluación por el administrador concursal, para dictar auto admitiendo a trámite o rechazando la propuesta presentada. Sabido es que en el procedimiento ordinario la evaluación de la propuesta subsigue a la admisión a trámite



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la misma (artículos 107.1 y 115.1 LC), lo cual parece tener sentido también para el procedimiento abreviado, por lo que debe aconsejarse reconsiderar en este aspecto la reforma en proyecto: una cosa es que en el procedimiento abreviado se recorten los plazos o se supriman algunos trámites, y otra diferente es que se invierta el orden lógico de los mismos.

Por otro lado, el proyectado apartado 3 del artículo 191 bis LC, en el que se establece que la aceptación de la propuesta de convenio se realizará en su caso por escrito, dice que los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor, podrán hacerlo hasta cinco días después de la fecha de presentación del “informe” [obviamente se refiere a la “evaluación” de la propuesta] del administrador concursal. De nuevo se detecta un problema relevante con el *dies a quo* para el cómputo de este plazo, porque es el mismo que se emplea para computar el plazo que tiene el Juez para admitir a trámite o rechazar la propuesta. Parece más razonable que el plazo con que cuenten los acreedores para manifestar su aceptación o no de la propuesta, comience a correr una vez ésta haya sido, en su caso, admitida a trámite por el Juez. De otro modo el margen para efectuar la aceptación de una propuesta sobre cuya admisión a trámite ya se haya manifestado el órgano judicial, podría quedar reducido a un lapso tan exiguo como el de dos días, lo que parece excesivo incluso para un procedimiento abreviado.

Para finalizar, el apartado 4 del artículo 191 bis LC dispone, en su primer párrafo, que “el Secretario judicial proclamará el resultado de las adhesiones concediendo a los interesados un plazo de diez días para oponerse a la aprobación del convenio”. Se echa en falta algo más de precisión en este precepto, pues en rigor la concesión de un plazo para





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

oponerse a la aprobación del convenio sólo será procedente cuando el resultado proclamado por el Secretario sea la aprobación del convenio, en virtud de las adhesiones formuladas al mismo. El que nos hallemos ante la regulación de un procedimiento abreviado no significa que la regulación en sí deba sufrir también alguna clase de abreviación o amputación. Los principios de legalidad y de seguridad jurídica exigen que las disposiciones legales sean completas y contengan descripciones precisas de los supuestos de hecho y de sus consecuencias jurídicas. En el caso que nos ocupa, lo correcto sería que el precepto contuviera una dicción análoga a la del artículo 115 bis.5 LC, cuya reforma también se prevé (“el Secretario judicial verificará si la propuesta de convenio presentada alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto”), a lo que se podría añadir, con inspiración en el apartado 6 del artículo 115 bis LC, “si la mayoría resultase obtenida se concederá a los interesados un plazo de diez días para oponerse a la aprobación del convenio”. Aparte de ello, el precepto omite especificar el plazo con que contará el Secretario judicial para verificar si se ha obtenido o no la mayoría legalmente exigida, el cual debería ser objeto de concreción.

El segundo párrafo del proyectado artículo 191 bis.4 LC contiene una previsión que creemos innecesaria, relativa a la posibilidad de que el Juez, en caso de oposición al convenio aprobado por los acreedores, requiera al impugnante que preste caución para cubrir los daños y perjuicios que puedan derivarse de la demora en la aprobación del convenio. Semejante posibilidad estaría ya contemplada en el artículo 129.4 LC, aplicable al procedimiento abreviado en tanto éste no prevea una expresa regulación al respecto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**o) Otras modificaciones [cambios en disposiciones adicionales y finales de la LC].**

a) La nueva Disposición adicional segunda bis LC incide en el régimen jurídico aplicable a los concursos de las entidades deportivas que participen en competiciones oficiales. Para estos casos, se prevé la aplicación de las especialidades que contemple la legislación deportiva y sus normas de desarrollo y, en todo caso, la aplicación de la Ley Concursal no impedirá la aplicación de la legislación deportiva reguladora de la participación en las competiciones. Tal y como refleja la Memoria, las previsiones de esta Disposición adicional se proyectan hacia el futuro, en función del desarrollo de la legislación especial aplicable a las entidades deportivas.

b) La proyectada Disposición adicional Cuarta LC se inserta en el contexto de los acuerdos de refinanciación y su objeto fundamental es delimitar el régimen jurídico aplicable a la homologación de dichos acuerdos. Dada su importancia se transcribe el contenido de dicha Disposición adicional.

*“Cuando el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del apartado 6 del artículo 71 sea suscrito por acreedores financieros que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo en el momento de la adopción del acuerdo, el deudor lo podrá poner en conocimiento del Juez competente para su declaración en concurso, solicitando su homologación si concurren las mayorías anteriormente referidas y no suponen un sacrificio desproporcionado para los acreedores de esa misma clase que no lo suscriben o apoyan, a los efectos de extender el contenido de espera del acuerdo de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*refinanciación también a los acreedores no participantes o disidentes, excepción hecha de los acreedores dotados de garantía real.*

*Con la solicitud de homologación se podrá solicitar igualmente la paralización de ejecuciones singulares que el tribunal adoptará, en su caso, previa ponderación de las circunstancias concurrentes.*

*En el plazo de diez días hábiles desde la presentación de la solicitud de homologación, aquellos acreedores de esa misma clase que hubieran sido cometidos por el deudor en el cómputo del pasivo podrán presentar su oposición solicitando su inclusión a efectos del cómputo del pasivo o alegando sobre la desproporción del sacrificio.*

*Solicitada la homologación no podrá solicitarse otra para el mismo deudor en el plazo de un año”.*

Con carácter previo a formular las consideraciones que se estiman oportunas sobre el contenido de dicha disposición, resulta conveniente esclarecer el ámbito de aplicación de la citada Disposición adicional.

La Memoria considera que la homologación de los acuerdos de refinanciación se inserta dentro del conjunto de medidas tendentes a favorecer los acuerdos extrajudiciales, dotándoles de una mayor seguridad jurídica y eficacia

El acuerdo de refinanciación debe ser logrado dentro del plazo a que se refiere el número tres del artículo 5 bis, siempre que se haya optado por dicho trámite. Dado que el artículo 71.6.1º contempla como requisito la aprobación del acuerdo por mayoría de tres quintos del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pasivo, mientras que la Disposición adicional cuarta se refiere a una aprobación por los acreedores financieros que representen el setenta y cinco por ciento del pasivo, sería recomendable que el prelegislador aclarase la posible contradicción entre estas dos normas.

En segundo lugar, debe hacerse notar que la redacción dada al párrafo primero de la citada Disposición adicional vincula el cumplimiento de los requisitos para la homologación del acuerdo de refinanciación con la solicitud que puede formular el del deudor. Como alternativa se sugiere que la redacción enfatice que es al juez –como es obvio– a quien corresponde constatar la concurrencia de los requisitos necesarios y, en consecuencia, aquél homologará el acuerdo sólo cuando concurren las mayorías referidas y no implique un sacrificio desproporcionado para los acreedores de la misma clase que no suscriben o apoyan el acuerdo.

El párrafo segundo prevé que con la solicitud de homologación se podrá solicitar igualmente la paralización de ejecuciones singulares que el Tribunal adoptará en su caso, previa ponderación de las circunstancias concurrentes.

Varias son las observaciones que este párrafo propicia. En primer lugar, se ha de indicar que el empleo del término “Tribunal” introduce un factor de confusión y duda respecto del órgano que, en su caso, ha de resolver sobre la solicitud de paralización de las ejecuciones singulares. Dado que la solicitud de homologación debe dirigirse al Juez competente para la declaración del concurso, –según establece el párrafo primero– una primera aproximación da pie a entender que el órgano que debe resolver sobre la paralización de dichas ejecuciones es aquél. En ese caso, debería sustituirse el término “Tribunal” utilizado por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la Ley de Enjuiciamiento civil para referirse indistintamente a los órganos unipersonales o colegiados, por el del “Juez competente para la declaración del concurso”, frase que es acorde con la terminología empleada por la Ley concursal.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta que la competencia del Juez del concurso opera a partir de la declaración del estado concursal y que la paralización de las ejecuciones individuales, según establece artículo 55.2 de la Ley Concursal, sólo tiene lugar tras la declaración del concurso .Por ello, en la medida en que la redacción utilizada puede suscitar dudas respecto del órgano judicial competente para adoptar esa decisión, pues también sería posible entender la que la paralización a que se refiere el párrafo segundo debe ser acordada por el Juez que conoce de la ejecución singular, se sugiere regular el aspecto enunciado con mayor claridad y precisión, al objeto de despejar cualquier incertidumbre sobre este particular.

También se recomienda mejorar la redacción del párrafo tercero, habida cuenta que sólo se prevé que sean los acreedores omitidos por el deudor en el cómputo del pasivo quienes puedan deducir oposición, sin tener en cuenta que los acreedores discrepantes o que no apoyan el acuerdo también pueden verse afectados por la homologación, según se recoge en el párrafo primero, y tienen plena legitimidad para alegar que el acuerdo supone un sacrificio desproporcionado para sus intereses.

Por último, se ha de poner de manifiesto que, salvo la referencia relativa a la formulación de oposición en el plazo de diez días por los acreedores omitidos, el Anteproyecto prescinde de cualquier clase de indicación sobre el procedimiento a seguir para la homologación del acuerdo y, en su caso, para la paralización de las ejecuciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

singulares. La ausencia de regulación sobre este aspecto genera incertidumbres que deben ser remediadas mediante la adecuada regulación del procedimiento a seguir.

c) La nueva Disposición adicional sexta LC, remite a lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio lo que ha de entenderse por grupo de sociedades.

d) El apartado 93 del Anteproyecto confiere una nueva redacción al artículo 13.2º del Código de Comercio (disposición final segunda, apartado 1, LC), en cuya virtud se prohíbe ejercer el comercio o tener intervención directa administrativa o económica en las compañías mercantiles a *“los declarados en concurso, mientras no hayan obtenido la rehabilitación o estén autorizados, en virtud de un convenio aceptado por la junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento, entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a la expresada en el convenio”*.

e) El apartado siguiente viene a otorgar una nueva redacción al artículo 164 de la Ley General Tributaria. El precepto viene referido a la concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de tributos con otros procedimientos de ejecución, sean éstos singulares o universales, judiciales o no judiciales. En lo que concierne a los procedimientos concursales, los aspectos más significativos son los siguientes:

i) Cuando el procedimiento de apremio concorra con otros procesos o procedimientos concursales, será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que el embargo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

ii) En caso de concurso de acreedores, se aplicará lo dispuesto en la Ley Concursal y, en su caso, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo, siempre que se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa.

Por último, el número cuatro del citado artículo establece que el carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales, no obstante lo cual, ello no impide que aquélla pueda suscribir los convenios y acuerdos previstos en la legislación concursal, así como acordar con el deudor unas condiciones singulares de pago que no podrán ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial, todo ello, de conformidad con los términos previstos en la legislación concursal y sin más requisitos que la autorización del órgano competente de la Administración tributaria.

f) En materia laboral, se añade un nuevo apartado tres a la disposición final decimocuarta que conlleva la modificación del número tres del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Concretamente, la modificación estatuye que a los efectos del abono por parte del Fondo de Garantía Salarial de las cantidades que resulten recogidas a favor de los trabajadores, se tendrá en cuenta las siguientes reglas:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1ª.- Los créditos de los trabajadores deberán aparecer incluidos en la lista de acreedores o reconocidos como deudor de la masa por el órgano del concurso competente para ello, en cuantía igual o superior a la que se solicita del fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la obligación de aquéllos de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo de Garantía Salarial en la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuera inferior a la solicitada o a la ya percibida.

2ª.- Las indemnizaciones a abonar a cargo del Fondo de Garantía Salarial, con independencia de las que puedan pactar en el proceso concursal se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

3ª.- En todo caso, la indemnización a abonar a cargo del Fondo de Garantía Salarial, se reducirá en las cantidades que, por cualquier concepto derivado del acuerdo extintivo, hubiera sido percibida por los trabajadores.

Las medidas primera y tercera tratan de evitar la eventualidad de un enriquecimiento injusto a costa del Fondo de Garantía Salarial, de modo que los trabajadores no podrán percibir a cargo del fondo mayor cantidad que la reconocida en el seno del concurso, deduciéndose la parte que hubieran percibido por cualquier concepto, y la regla segunda veta la posibilidad de que las indemnizaciones superen el tope legal establecido en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, aunque en el seno del concurso se hayan establecido indemnizaciones por cuantía superior





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

g) En el párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley de Navegación Aérea se suprime el inciso relativo a la falta de ejercicio del derecho de separación de la aeronave previsto en la Ley Concursal.

## VI. CONCLUSIONES.

**PRIMERA.-** A la luz del examen efectuado, cabe concluir que, en líneas generales, el Anteproyecto está bien orientado para alcanzar los tres grandes objetivos que la reforma se propone, a saber la agilización y simplificación del procedimiento concursal, la profundización en las alternativas al concurso a través de los institutos preconcursales, y la compleción o rectificación de diversos aspectos de la actual regulación que se habían demostrado generadores de problemas prácticos y dudas interpretativas. Pese a la incidencia positiva que una aplicación exitosa de esta Ley ahora en proyecto cabe esperar que tenga, por todo ello, en la facilitación y reducción de la carga de trabajo de los órganos judiciales con competencias en materia concursal, debemos insistir en que los problemas que aquejan a estos órganos no se resuelven únicamente con reformas del procedimiento, puesto que su actual congestión deriva más bien de la saturación de asuntos y la falta de medios que padecen. De ahí que debamos aprovechar la ocasión para reiterar la necesidad de dotar adecuadamente a esos órganos. Adicionalmente, se recomienda explorar otras fórmulas alternativas de índole preconcursal, las cuales podrían venir de la mano de un mecanismo de autocomposición de los intereses en conflicto, como es la mediación, la cual puede resultar especialmente útil en los casos de insolvencia de particulares. Ello también podría redundar en un alivio de la carga de trabajo que soportan los órganos judiciales con competencia en materia concursal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**SEGUNDA.-** Al objeto de acomodar la redacción del número dos del artículo 5 bis LC con el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que atañe a la distribución de competencias entre los Jueces y Magistrados y los Secretarios judiciales, se recomienda sustituir la referencia al Juez como órgano receptor y, a su vez, encargado de dejar constancia de la solicitud formulada por el deudor a que se refiere dicho precepto, por la del Secretario judicial, dado que tras la recepción de dicha solicitud, el artículo 5 bis.2 solamente prevé que sin más trámite, se dejará constancia de la comunicación presentada por el deudor.

**TERCERA.-** Acerca de las reformas que afectarán a la administración concursal, cabe hacer las siguientes observaciones finales:

a) La instauración de un criterio de selección de los administradores concursales técnicos basado en la específica formación en materia concursal, aunque puede favorecer el nombramiento como administrador concursal de profesionales con un perfil especializado que tenían difícil reunir el requisito de los cinco años de ejercicio profesional efectivo, puede ir en detrimento de la selección de sujetos con una trayectoria mínima de dedicación efectiva en el desempeño de la profesión de que se trate.

b) La reforma del artículo 27 LC dirigida a admitir la posibilidad de designar como administrador concursal a una sola persona jurídica que agrupe en su seno a profesionales con cualificación técnico-jurídica y técnico-económica, debe coherenciarse con lo preceptuado en el artículo 28.4 LC, sobre incompatibilidades y prohibiciones, y en el artículo 30 LC, sobre representación de las personas jurídicas nombradas administradores concursales.



c) En cuanto a la obligación de nombrar auxiliares delegados, debe valorarse positivamente la facultad de que el nombramiento de este tipo de auxiliares pueda imponerse a la administración concursal por el Juez. No obstante, el modelo debería ser el de dejar un margen de discrecionalidad al Juez para que valore la procedencia o no de nombrar auxiliares delegados, sin que la norma imponga de manera necesaria, también para el Juez, el nombramiento obligatorio de tales auxiliares en determinados casos tasados.

d) La nueva facultad de la administración concursal para realizar actos de disposición sobre bienes y derechos de la masa activa antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la liquidación, siempre que sean necesarios para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso, supondrá una disminución de la capacidad del Juez del concurso para incidir en la toma de decisiones relativas a la enajenación o gravamen de esos bienes, sin que la Ley vaya a proporcionar una guía lo bastante objetiva para asegurar que esos actos de disposición no redunden en una disminución del valor de la masa activa. Para paliar este riesgo, se recomienda introducir en el proyectado artículo 43.2 LC la exigencia de que la decisión de la administración concursal deba adoptarse en estos casos con aquiescencia de todos sus miembros.

**CUARTA.-** La regla que posibilita que el Juez del concurso divida en dos tramos (uno con carácter de crédito contra la masa, y el otro de crédito ordinario) los créditos por alimentos contra el concursado impuestos por resolución judicial anterior a la declaración de concurso, no cumple correctamente la finalidad a la que probablemente se endereza. Lo lógico –y lo coherente con lo dispuesto en el artículo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

84.2.4º LC– sería que se tomase en todo caso como referencia el dato de si el devengo de esos créditos es anterior o posterior a la fecha de declaración de concurso, y ello con independencia de que la deuda de alimentos en sí tenga origen en una resolución anterior al concurso, ya que es claro que ésta puede dar lugar a que se sigan generando créditos por alimentos constante concurso, los cuales merecen ser considerados créditos contra la masa en su integridad.

**QUINTA.-** Con la finalidad de despejar cualquier tipo de duda interpretativa que pudiera surgir, se recomienda que los números dos y tres del artículo 50 LC reflejen de manera categórica que desde el inicio hasta la finalización del procedimiento concursal, ningún órgano judicial admitirá a trámite las demandas, a cuyo través se ejerciten cualquiera de las acciones a que se refieren los números antes indicados.

**SEXTA.-** En lo tocante a los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo (artículo 64 LC), cabe concluir lo siguiente:

a) El párrafo segundo del artículo 64.2 del Anteproyecto permite que el Juez del concurso pueda, de oficio o a instancia de la administración concursal, acordar la intervención de los sindicatos más representativos, en vez de la comisión designada democráticamente por los propios trabajadores que carecen de representación legal. Tal medida, supone privar a los trabajadores del derecho que les confiere el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en orden a optar por uno u otro tipo de representación en los expedientes para las modificaciones sustanciales, suspensiones o despidos de carácter colectivo. Por ello, se sugiere suprimir el último inciso del artículo 64.2, al no haber motivo para que se aparte de lo previsto en la legislación laboral.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) El párrafo segundo del artículo 64.8 del Anteproyecto establece que el plazo de un mes para suscitar el incidente concursal, se computará desde que los trabajadores conozcan o puedan conocer el auto dictado por el Juez del concurso. Esta previsión genera dudas y ambigüedades de cara a la determinación del momento en que se comenzará a computar dicho plazo, por lo que se propone la inclusión de una fórmula que determine el momento concreto en que se entenderá que los trabajadores han tenido acceso al contenido de dicha resolución.

**SÉPTIMA.-** El artículo 72.2 del Anteproyecto solamente confiere legitimación a la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria y demás acciones de impugnación de los acuerdos de refinanciación. Dado que el artículo 71.6 garantiza sobradamente la eficacia de dichos acuerdos, siempre que cumplan con los requisitos contenidos en el precepto citado, al objeto de no impedir que los acreedores discrepantes puedan obtener la debida tutela judicial de sus pretensiones, se recomienda que, de conformidad con lo establecido con carácter general para las restantes impugnaciones, los referidos acreedores puedan impugnar los acuerdos de refinanciación, siempre y cuando no lo haga la administración concursal.

**OCTAVA.-** El otorgamiento de la condición de créditos contra la masa, en un cincuenta por ciento de su cuantía, a aquellos créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, así como de los créditos concedidos en el marco de un convenio para financiar el plan de viabilidad, cuando se produzca la ulterior apertura de la fase de liquidación (artículo 84.2.11º LC) va a suponer, más allá de que se pudieran proponer otras fórmulas alternativas, un incentivo notable para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la concesión de nuevo crédito al deudor concursado, lo que redundará en el incremento de posibilidades de éxito de las soluciones conservativas del concurso. En la misma línea se sitúa la concesión a la administración concursal de la capacidad de alterar la regla general de pago de los créditos de la masa conforme a sus respectivos vencimientos, siempre que lo estime conveniente para el interés del concurso y prevea que la masa activa será suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa.

**NOVENA.-** En lo que se refiere a la posibilidad de que la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial con vistas al pago de tal clase de créditos, pueda realizarse no sólo por subasta o venta directa, sino también mediante “cesión en pago o para el pago” al propio acreedor privilegiado o a persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el crédito en cuestión, incluso si es a solicitud del propio acreedor privilegiado, o por haberse acordado así en un convenio, el Informe considera lo siguiente:

a) Este régimen puede resultar beneficioso para el acreedor privilegiado en cuestión pero quizás no tanto para los acreedores ordinarios y el propio concursado, ya que eliminará la posibilidad de aportar a la masa activa numerario sobrante en caso de realización del bien por un valor superior al del crédito de que se trate.

b) Se trata de una importante excepción a la regla del artículo 100.3 LC, la cual impide que puedan aprobarse propuestas de convenio que prevean “la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos”. De ahí que se recomiende introducir alguna salvedad al respecto en ese precepto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) Puesto que el Anteproyecto dispone que esta solución sólo podrá aplicarse cuando “con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial”, es claro que la operación tendrá necesariamente carácter *pro soluto*, lo que excluye la opción de que se trate de una “cesión para pago”, por lo que debería eliminarse esta expresión.

**DÉCIMA.-** En cuanto a las reformas relativas a la adopción de propuestas de convenio, se concluye que:

a) La reducción, en los casos de tramitación escrita, del plazo para presentación de adhesiones o votos en contra de las propuestas de convenio, así como del plazo para presentar propuestas de convenio por parte del propio deudor y de acreedores que superen ciertos porcentajes de pasivo, se mantiene dentro de unos márgenes razonables. Esta reforma traerá pues consigo una agilización del procedimiento y un previsible ahorro de costes, sin que ello redunde en un perjuicio para las partes.

b) El Informe también valora la reforma del artículo 122 LC, a fin de exceptuar de la regla de pérdida del derecho de voto por adquisición del crédito *inter vivos* tras la declaración de concurso, a las “entidades sometidas a supervisión financiera”, en el entendimiento de que ello puede tener consecuencias positivas tanto para la solución conservativa del concurso como para la mejor satisfacción de los acreedores.

c) Por el contrario, se recomienda una mayor reflexión sobre la reforma del artículo 124.II LC, relativo a la aprobación de propuestas de convenio con una quita reducida o una espera poco dilatada. En particular es problemática la previsión de que la mayoría simple que en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

tales casos resulta suficiente, se compute tomando como referencia la totalidad del pasivo del concurso, en lugar del pasivo ordinario –como hasta ahora–, pues ello supondría dar valor al posible voto contrario emitido por acreedores privilegiados, lo cual carece de sentido, ya que el convenio sólo afecta a este tipo de acreedores cuando hayan votado favorablemente a la propuesta finalmente acogida.

**UNDÉCIMA.-** Merece una valoración positiva la previsión de permitir al deudor optar en cualquier momento por pedir la apertura de la liquidación, con el consiguiente mandato al Juez de que la decrete sin necesidad de esperar a la finalización de la fase común, pues ello puede servir para que en muchos convenios se ahorren costes y se evite que los activos se devalúen. Ahora bien, se recomienda introducir en el proyectado artículo 142.1 LC la previsión de que, cuando el Juez decrete la apertura de la liquidación, a petición del deudor, en un momento anterior a la resolución de las impugnaciones contra el inventario o la lista de acreedores, pueda aquél adoptar las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar la efectividad de tales impugnaciones y la de los créditos contra la masa de previsible generación. En general, puesto que el Anteproyecto “normaliza” o “generaliza” la anticipación de la liquidación, sería aconsejable rescatar en la mayor medida posible el actual régimen de la propuesta anticipada de liquidación, del artículo 142 bis LC, y trasladarlo al futuro artículo 142.1 LC.

**DUODÉCIMA.-** En la novedosa regulación de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, y el consiguiente pago de los créditos contra la masa conforme al orden de prelación estatuido en el proyectado artículo 176 bis.2 LC, el Informe hace una advertencia en particular sobre los enumerados en el ordinal 2º de ese artículo





(“créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago”), pues tales créditos aparecen configurados en la Ley –incluso con esa misma literalidad– como créditos con privilegio general, al menos cuando se hayan devengado con anterioridad a la declaración de concurso (artículo 91.1º LC). Ello obligaría a introducir alguna enmienda en el precepto, al menos para hacer una especificación sobre el momento de devengo de los créditos a los que se refiere. Asimismo, se llama la atención sobre la posibilidad de que la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa sea decretada por el Juez en el auto mismo de declaración de concurso, por entender que esa decisión se configura como basada en una suma de presunciones y juicios de previsibilidad que hacen demasiado insegura la aplicación en la práctica de este supuesto.

**DÉCIMATERCERA.-** En cuanto al procedimiento abreviado, el Informe llega a las siguientes conclusiones básicas:

a) Con carácter general, los nuevos elementos introducidos por el Anteproyecto en el artículo 190.1 LC merecen una valoración positiva, pues detallan de forma más precisa los factores que permiten identificar aquellos concursos que, por implicar una menor complejidad económica, facultan al Juez para decidir su tramitación a través del procedimiento abreviado. Los elementos de nuevo cuño parecen reflejar, además, la experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la LC.

b) La regulación propuesta evita la incoación por defecto de un incidente concursal para el caso de que se hayan presentado impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, facultando a la administración concursal para que pueda decidir directamente si acepta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o no tales impugnaciones. Ello eliminará un importante número de incidentes producidos de forma automática conforme al régimen vigente, aunque al precio de sacrificar garantías procesales de posibles interesados, con el agravante de que tal sacrificio pueda ser a la postre inútil, si a pesar de toda la celeridad que sobre el papel puede proporcionar el reformado procedimiento abreviado, no se dotan los medios adecuados que sirvan a paliar la actual congestión de los Juzgados de lo Mercantil.

c) La reducción del plazo para la presentación de propuestas de convenio, frente a los márgenes previstos en el procedimiento ordinario, tiene la virtud de que en los concursos que se tramitan por el procedimiento abreviado, que son la mayoría, no sea necesario abrir la fase de convenio acabada la fase común, si previamente no se ha presentado una propuesta, con el añadido de que el Anteproyecto prevé también acortar los plazos para la convocatoria de la junta.

d) Algunos otros de los plazos fijados en el procedimiento abreviado, y sobre todo el *dies a quo* de los mismos, deberían revisarse, pues se corre el riesgo de que ciertos trámites deban verificarse dentro de términos muy exiguos y poco realistas.

e) De igual modo, se aconseja repensar el orden en que se disponen algunos de los trámites de este procedimiento (v. gr. evaluación de la propuesta de convenio por el administrador concursal *versus* resolución del Juez sobre admisión o no a trámite de dicha propuesta), que resulta opuesto al que se aplica en el procedimiento ordinario sin apreciarse razones para esa inversión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

f) Se acusa cierta falta de precisión en la descripción de algunos de los trámites, como si el prelegislador entendiese que la regulación de un procedimiento abreviado debe ser también abreviada ella misma, con posible resentimiento de los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

g) Se aconseja repensar la coherencia del reparto de funciones entre el Juez y el Secretario judicial que se deriva del proyectado artículo 191.7 LC, a la luz de cómo se articula ese mismo reparto para el procedimiento ordinario en el artículo 114.3 LC.

**DÉCIMACUARTA:** Sería conveniente que en la proyectada Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal se efectúen ciertas modificaciones sobre los aspectos que a continuación se detallan:

a) Se sugiere reflexionar sobre la necesidad de permitir que los acreedores que no suscriben o apoyan el acuerdo puedan formular oposición –al igual que los acreedores omitidos por el deudor en el cómputo de su pasivo–, al objeto de alegar lo que estimen pertinente sobre la desproporción del sacrificio que se les impone.

b) El párrafo primero de la citada Disposición adicional vincula el cumplimiento de los requisitos para la homologación del acuerdo de refinanciación con la solicitud que el deudor puede dirigir al Juez. Como alternativa se sugiere que la redacción enfatice que es al Juez -como es obvio- a quien corresponde constatar la concurrencia de los requisitos necesarios y, en consecuencia, aquél homologará el acuerdo sólo cuando concurren las mayorías a que se refiere el citado primer párrafo y no implique un sacrificio desproporcionado para los acreedores de la misma clase que no suscriben o apoyan el acuerdo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) La referencia al “Tribunal” contenida en el párrafo segundo suscita dudas respecto del órgano judicial competente para adoptar la decisión de paralizar la ejecución singular. Dado que la solicitud de homologación debe dirigirse al Juez competente para la declaración del concurso, –según establece el párrafo primero– una primera aproximación da pie a entender que el órgano que debe resolver sobre la paralización de dichas ejecuciones es aquél. En ese caso, debería sustituirse el término “Tribunal” utilizado por la Ley de Enjuiciamiento civil para referirse indistintamente a los órganos unipersonales o colegiados, por el del “Juez competente para la declaración del concurso”, frase que es acorde con la terminología empleada por la Ley concursal.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta la competencia del Juez del concurso opera a partir de la declaración del estado concursal y que la paralización de las ejecuciones individuales, según establece artículo 55.2 de la Ley Concursal, sólo tiene lugar tras la declaración del concurso. Por ello, en la medida en que la redacción utilizada puede suscitar dudas respecto del órgano judicial competente para adoptar esa decisión, pues también sería posible entender la que la paralización a que se refiere el párrafo segundo debe ser acordada por el Juez que conoce de la ejecución singular, se sugiere regular el aspecto enunciado con mayor claridad y precisión, al objeto de despejar cualquier incertidumbre sobre este particular.

d) Dado que el artículo 71.6.1º contempla como requisito la aprobación del acuerdo de refinanciación por mayoría de tres quintos del pasivo, mientras que la Disposición adicional cuarta se refiere a una aprobación por los acreedores financieros que representen el setenta y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cinco por ciento del pasivo, sería recomendable que el prelegislador aclarase la posible contradicción entre estas dos normas.

e) Por último, se ha de poner de manifiesto que, salvo la referencia relativa a la formulación de oposición en el plazo de diez días por los acreedores omitidos, el Anteproyecto prescinde de cualquier clase de indicación sobre el procedimiento a seguir para la homologación del acuerdo y, en su caso, para la paralización de las ejecuciones singulares. La ausencia de regulación sobre este aspecto genera incertidumbres que deben ser remediadas mediante la adecuada regulación del procedimiento a seguir.

Es todo cuanto tiene que informar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

**Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil once.**