

Alberto Sala Reixachs
Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol
José Machado Plazas
Pau Vila Florensa

Coordinadores

PROCESO CONCURSAL

[BOSCH]

Consulte en la Web de Editorial Bosch (www.digital.bosch.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2013, **De los autores**

*
Para la presente edición:
© 2013, **Editorial Bosch, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
<http://www.bosch.es>

Primera edición: mayo, 2013

ISBN: 978-84-9790-300-4
Depósito legal: B. 12646-2013
Diseño, Preimpresión e Impresión Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

“Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra”.

AUTORES – ARTÍCULOS COMENTADOS

Jaume ALONSO-CUEVILLAS SAYROL. *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona*
Arts. 25, 25 bis y 25 ter

Rodrigo CABEDO GREGORI. *Auditor-Censor jurado de cuentas y Administrador concursal*
Arts. 82-83

Jordi CASSERRAS GASOL. *Abogado y Administrador concursal*
Arts. 26-39, 76, 85, 89, 92-97 ter

María Elisa ESCOLÀ BESORA. *Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Abogada*
Arts. 49-54

Fernando GARRIGA ARIÑO. *Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona. Abogado*
Arts. 199-230

Isaías GONZÁLEZ GARCÍA. *Titulado mercantil. Administrador Concursal*
Arts. 74-75

Juan HOLGADO ESTEBAN. *Secretario Judicial. Juzgado Mercantil de Tarragona*
Arts. 183-186

Claudia JONES. *Investigadora. Universidad de Barcelona*
Art. 198

José MACHADO PLAZAS. *Catedrático habilitado de Derecho mercantil. Abogado y Administrador concursal*
Arts. 166, 172, 176-182

Miguel Ángel MANZANO RODRÍGUEZ y Esther JIMÉNEZ MARTÍN. *Abogados y Administradores concursales*
Arts. 84, 163-165, 167-171, 172 bis-175

2. Efectos del Auto

La conclusión del concurso supone el archivo de las actuaciones y la terminación o acabamiento del procedimiento (artículo 176 1º y 2º de la LC).

Al auto de conclusión del concurso se le dará la difusión y publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley y contra la resolución que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno (artículo 177.1). Los efectos de la conclusión del concurso serán el cese de las limitaciones de la facultad de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, salvo los que se contengan en sentencia firme en el Título Sexto (178.1 LC). Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid de fecha 19 de febrero de 2007, autos 43/2004 (EDJ 2007/34983) “... como lo hace el artículo 141 LC —contempla como causa de conclusión del concurso la firmeza del Auto que declare el cumplimiento del convenio. Por tanto, no le correspondía al Auto que declaraba íntegramente cumplido el convenio tener la eficacia de poner fin al concurso, sino que era necesario que ulteriormente, transcurridos los términos fijados legalmente y con la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley, se decidiera sobre la conclusión del concurso de la entidad D, S.L. Que las cosas son así se desprende con claridad del texto del art. 141 LC”.

CAPÍTULO II DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

SECCIÓN I De la apertura de la fase de liquidación

Artículo 142. Apertura de la liquidación a solicitud del deudor, del acreedor o de la administración concursal.

1. El deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento.

Dentro de los diez días siguientes a la solicitud el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación.

2. El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación.

Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación.

3. En caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 2.4, 15, 19, 40.1, 40.2, 43.2, 43.3, 49, 56.1 y 2, 100.3, 142, 142.2, 142.3, 143, 143.1.5º, 153.2, 154.4, 155, 183.5º, 190.3, 191.3, 197.4, 197.6, disp. adic. 1ª y disp. trans. 1ª

II. COMENTARIOS

1. Estructura de la fase de liquidación

La fase de liquidación se integra en la sección quinta del procedimiento de concurso, que comprende también todo lo relativo al convenio (art. 183.5º LC).

La LC estructura la fase de liquidación en cuatro secciones: 1ª. Apertura (quién la puede solicitar, en qué casos, apertura de oficio, auto de apertura) (arts. 142 a 144 LC); 2ª. Efectos de la apertura (sobre el concursado, sobre los créditos y otros efectos) (arts. 145 a 147 LC); 3ª. Formas y plazo de liquidación de los bienes y derechos de la masa activa del concurso (con sujeción a un plan preestablecido o conforme a las normas legales de aplicación supletoria) (arts. 148 a 153 LC); y, 4ª. Pago a los acreedores concursales como resultado de la liquidación (arts. 155 a 162 LC). El art. 154 alude también al pago de los créditos contra la masa, que puede tener lugar antes de la apertura de la fase de liquidación.

Las normas de liquidación de los arts. 142 a 162 LC se aplican también a los procedimientos concursales anteriores a la vigencia de la propia Ley concursal (disp. adic. 1ª y disp. trans. 1ª, ap. 2º LC, y STS de 21 mayo de 2012, véase “doctrina jurisprudencial”).

2. Finalidad de la fase de liquidación

La LC no define cuál es el propósito de la liquidación concursal, pero por su estructura y contenido de este capítulo revela que la finalidad es liquidar la masa activa para satisfacer con lo obtenido el pago a la masa pasiva. Liquidación de bienes y derechos del concursado (masa activa) y pago a los acreedores concursales (masa pasiva) son las dos operaciones propias de la fase de liquidación en la LC.

Antes de la apertura de la liquidación, la LC dispone ciertos supuestos en que la administración concursal puede enajenar bienes y derechos de la masa activa. Están ligadas a la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 43.3 LC). En los supuestos no previstos, la enajenación debe estar autorizada por el juez del concurso (art. 43.2 LC). En todo caso, esta enajenación tiene fines conservativos de la empresa del concursado, no liquidativos de los créditos de los acreedores concursales.

La excepción son los bienes y derechos afectos a un crédito con privilegio especial. Como regla general los acreedores pueden ejecutarlos separadamente para satisfacer su crédito, incluso antes de la liquidación (art. 155 LC). No obstante, el juez del concurso puede paralizar la ejecución si considera que son bienes o derechos afectos o necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 56.1 y 2 LC).

3. El alzamiento de la suspensión de pagos

La declaración de concurso tiene el efecto de la suspensión de pagos a los acreedores del concursado anteriores a la declaración; deben personarse ante el Juez del concurso para reclamar sus pagos pendientes e integrarse en la masa pasiva del concurso, como acreedores "concursoales" (art. 49 LC).

La apertura de la liquidación hace cesar esta suspensión de pagos para cumplir la finalidad esencial del concurso, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (ap. II Exp. motivos LC). Los pagos se realizarán conforme a las normas imperativas de los arts. 155 a 162 LC.

4. La anticipación de la liquidación

Lamentablemente, hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores, sin haber conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores (Exp. motivos Ley 38/2011).

La suspensión de pagos que comporta el concurso y la prioridad que sobre ellos tienen los acreedores contra la masa resulta contraproducente para los intereses de los acreedores concursales. De ahí que las sucesivas reformas de la LC hayan previsto anticipar la liquidación, en otras palabras, acabar rápidamente con la suspensión de pagos vinculada a la declaración de concurso. El Real Decreto-Ley 3/2009 reformó la LC para introducir la denominada liquidación anticipada (derogado art. 142 bis LC) y la Ley 38/2011, en la misma línea, ha desarrollado el procedimiento abreviado que permite que el deudor presente un plan de liquidación al solicitar la declaración de concurso (arts. 190.3 y 191.3 LC).

5. La controvertida cesión de bienes en pago a los acreedores

De acuerdo con el derecho de quiebras anterior, era posible un convenio liquidatorio según el cual el deudor entregaba, reservándose la propiedad, su patrimonio íntegro a los acreedores para la satisfacción de sus créditos, respetando el principio de la *par conditio creditorum* (Vilarrubias, p. 285). Las normas de liquidación de la LC

terminan con esta opción a través de normas imperativas sobre la forma en cómo se ha de liquidar la masa activa y pagar a los acreedores.

Una cuestión controvertida es si cabe cancelar créditos concursales mediante la entrega —no la venta— en pago de bienes y derechos del concursado. La adjudicación en pago está prohibida en la fase común (art. 100.3 LC) y un sector doctrinal mantiene reservas sobre su legalidad también en la liquidación, aunque la LC no la prohíbe expresamente. Otros autores mantienen la legalidad de la cesión en pago.

La Ley 38/2011 ha reformado la LC y permite que el juez del concurso autorice la cesión en pago de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (art. 154.4 LC). Para el resto de acreedores, persiste la inseguridad jurídica. La realidad demuestra que a veces es la única manera de que los acreedores concursales satisfagan parte de su crédito.

En nuestra opinión, no es justo que se entreguen bienes invendibles a beneficencia o a destrucción y esté prohibido dárselos en pago a los acreedores. El intérprete ha de atenerse al texto de la norma, evitando deducir prohibiciones del silencio del legislador. Creemos que la cesión en pago puede ser autorizada por el juez si es útil para lograr la finalidad esencial del concurso: la satisfacción de los acreedores con respeto a la *par conditio creditorum*.

6. La apertura de la liquidación a solicitud del deudor

El texto vigente del art. 142 LC ha sido redactado conforme a la Ley 38/2011. La novedad principal ha sido eliminar los supuestos restrictivos en que el deudor podía pedir la liquidación y señalar que "el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento". Lo podrá hacer durante la tramitación de la fase común e incluso con la solicitud de concurso voluntario (arts. 190.3 y 191.3 LC).

Esta facultad legal de solicitar la liquidación en cualquier momento concede al deudor el control último de su proceso concursal. Podrá utilizarla como elemento de presión para conseguir un convenio en mejores condiciones, pues los acreedores pueden preferirlo a una liquidación normalmente ruinosa para ellos. Los acreedores concursales también pueden negarse a admitir un convenio y precipitar así la liquidación.

El deudor también puede rechazar de plano un convenio con sus acreedores. La ley no puede obligar al deudor a acordar un convenio con sus acreedores para continuar una actividad profesional o empresarial que ya no quiere desempeñar. El concursado tiene derecho a salir del mercado y poner su patrimonio a disposición de los acreedores impagados. Ello con independencia de si su empresa pudiera ser viable; la LC prioriza para este caso la liquidación unitaria para la cesión en globo de la empresa o de alguna de sus unidades productivas.

7. La apertura de la liquidación a solicitud de la administración concursal

Otra novedad de la Ley 38/2011 es la inclusión del derecho de la administración concursal a solicitar la apertura de la fase de liquidación, si bien sólo en caso de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 142.3 LC). En los demás supuestos, la liquidación “voluntaria” es una facultad que conserva el concursado, aunque desde la declaración de concurso tenga suspendidas o intervenidas sus facultades de disposición y administración de sus bienes (arts. 40.1 y 40.2 LC).

8. La liquidación necesaria por imposibilidad de cumplir el convenio

La Ley 38/2011 no ha alterado la norma de la liquidación “necesaria” en caso de que el deudor sepa que no puede cumplir los pagos comprometidos en el convenio y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. En esta hipótesis, la solicitud de la liquidación es una obligación para el deudor; presentada la misma, el juez dictará auto abriendo la liquidación (art. 142.2, ap. 1º LC). La LC no prevé el traslado a la administración concursal, ni el derecho de oposición de los acreedores. En todo caso, el juez del concurso debe dictar una resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio (art. 143.1.5º LC) y, como las resoluciones judiciales, debe estar debidamente motivada. No olvidemos que algunos acreedores pueden no estar de acuerdo con la resolución del convenio y formular recurso de apelación (art. 197.4 LC). En todo caso, el recurso no suspende la apertura de la liquidación, salvo que así lo decida el juez del concurso (art. 197.6 LC).

Durante la vigencia del convenio, los acreedores tienen la facultad (no obligación) de solicitar la liquidación si acreditan la existencia de alguno de los hechos que fundamentan una declaración de concurso (art. 2.4 LC). Se dará a la solicitud el trámite previsto en los arts. 15 y 19 LC y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El AAP *Illes Balears*, Sección 5ª, de 26 de febrero de 2010 (citado por Cobo Plana, en Diario Concursal Premium), reconoce que la infracción de las quitas o esperas estipuladas en el convenio es causa de su resolución por incumplimiento: “doctrinalmente ha sido discutida la consagración legal de la posibilidad atribuida al deudor de provocar la apertura de la fase liquidatoria con la sola constatación por su parte de la imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas tras la aprobación del convenio, pues el tenor literal del precepto parece dar a entender que constriñe al órgano judicial a dictar auto por el que se abrirá la fase de liquidación (“presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación”), siendo mayoritaria la postura que sostiene la necesidad de que por parte del Juez

del concurso se proceda a la consideración y precedente valoración del comportamiento del deudor y su posible incidencia en una situación que, provocada por él mismo, supusiera un evidente fraude del interés de los acreedores, en detrimento de una mejor expectativa de cobro de sus créditos que pudiera propiciar la solución del concurso mediante convenio, pero sin dejar de tomar en consideración que el carácter esencial que en el convenio concursal tiene la espera (o la quita) impone que el incumplimiento total o parcial de los plazos pactados para el cumplimiento de la obligación afectada por la quita o la espera o por el resto de los efectos del convenio debe ser considerado, en todo caso, como incumplimiento de gravedad o esencial”. El auto judicial coteja los resultados del ejercicio y considera que no han sido los esperados, insuficientes para hacer frente a los pagos corrientes y al primer vencimiento del plazo convenido para pago de los créditos ordinarios. De modo que, acreditado el incumplimiento del convenio, el juez del concurso decretó la apertura de la fase de liquidación.

El *AJM núm. 1 de Bilbao*, de 26 de septiembre de 2007 (citado por Baró en Jurisprudencia Concursal), también indica que “aunque el artículo parezca incluir un mandato imperativo, alguna ponderación judicial es necesaria para excluir arbitrariedades y abusos”. En el caso concreto, considera acreditadas las dificultades del concursado para recibir encargos por la imposibilidad de llegar a acuerdo con uno de los acreedores con privilegio especial, como es la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que procede la apertura del proceso de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio.

La *SAP Barcelona*, Sección 15ª, de 30 de junio de 2008 (LA LEY 305187/2008), señala también que si el deudor solicita la apertura de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, “primero, los acreedores, (después de) haber considerado que era posible su cumplimiento con cargo a las garantías pactadas, debían haberse opuesto a dicha declaración (...); segundo, el juez examinará de oficio la imposibilidad de cumplimiento del convenio”.

El *AAP Álava*, Sección 1ª, de 25 de abril de 2012 (citado por Cobo Plana, en Diario Concursal Premium) trata sobre un caso en que el Juzgado de lo Mercantil ofreció una motivación muy escueta de la apertura de la liquidación. Una vez repuesta en su posición la administración concursal presentó un informe más detallado de las causas de la crisis económica. Estas fueron incluidas en auto que resuelve el recurso de reposición formulado por los acreedores contra la apertura de la liquidación. La Audiencia considera que este auto sí plasma las causas por las que no puede hacer frente al pago de las deudas, de modo que no acepta el recurso de apelación formulado por los acreedores.

La *SAP Las Palmas*, Sección 4ª, de 11 de marzo de 2009 (LA LEY 63145/2009) trata de un caso singular en que el juez del concurso admite la demanda de los acreedores por incumplimiento del convenio. El juez del concurso la admite y abre la liquidación. El concursado formula apelación y durante la tramitación del recurso los acreedores perciben plena satisfacción de sus créditos fuera del proceso. La AP fija la terminación del litigio porque, después de dictada la sentencia del Juzgado, el crédito de los actores se ha abonado y éstos han manifestado carecer de interés en obtener la declaración del incumplimiento del convenio y de la resolución del convenio concursal.

La *STS de 21 mayo de 2012 (RJ/2012/6535)* ha declarado ineficaz una cláusula de liquidación de los activos de las empresas quebradas por una comisión liquidadora, por ser de aplicación las normas de liquidación de la LC y no el régimen jurídico anterior. Estima el recurso de casación “al haber negado (la AP) la procedencia de abrir la fase de liquidación conforme a las normas de la LC, el repetido Tribunal no tuvo en cuenta lo establecido en

las disposiciones de la misma Ley antes mencionadas. Es decir, tanto la adicional primera –identificada en el motivo como norma infringida–, que manda interpretar la legislación derogada a la luz del espíritu y finalidad de la vigente, pues marginan del ámbito objetivo del convenio toda liquidación del activo del deudor, por razón del carácter recíprocamente excluyente de las dos soluciones del concurso (arts. 100.3, 142.3 y 4, 143.1.5° LC). Cuanto la transitoria primera, apartado 2, que directamente impone abrir de oficio la fase de liquidación, en los términos que la propia Ley regula, una vez firme la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio”.

La *SAP Islas Baleares, Sección 5ª, de 28 de diciembre de 2012* (LA LEY 223312/2012), ratifica la condena de concurso culpable contra un anterior socio y administrador de la concursada. La condena se basa en que el apelante y otro socio y administrador “pudieron y debieron solicitar oportunamente la liquidación, según lo prevenido en el art. 142.3 de la Ley Concursal, pues conocían la imposibilidad objetiva de cumplir el convenio, y no dudaron en <venderse> las participaciones sociales antes de un mes del primer plazo comprometido con los acreedores, a 14 de marzo de 2008, simulando la entrada de un nuevo socio y administrador único quien, además de la concursada, no se ha dignado en personarse en la pieza de Calificación; y el incumplimiento ya inicial es indudable que agravaba la situación de insolvencia, y el no instar la liquidación es también supuesto de culpabilidad, máxime al cabo de 2 años de la aprobación del convenio, lo que reduce considerablemente el dividendo concursal de los acreedores. Es más, la concursada y los dos administradores (de hecho y de derecho) no acreditan qué gestiones y esfuerzos razonables hicieron para seguir con la actividad empresarial y dar supervivencia a la empresa”.

Artículo 143. Apertura de oficio de la liquidación.

1. Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en los siguientes casos:
 - 1º No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas.
 - 2º No haberse aceptado en junta de acreedores, o en la tramitación escrita del convenio, ninguna propuesta de convenio.
 - 3º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria o el tramitado por escrito sin que proceda nueva convocatoria de junta ni nueva tramitación escrita.
 - 4º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.
 - 5º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.
2. En los casos 1º y 2º del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 113, 114.3, 124, 125, 131, 140, 140.1, 142.2.2º, 164.2.3º, 192.2

II. COMENTARIOS

1. Cambios introducidos en el art. 143 LC por efecto del Real Decreto-Ley 3/2009 y la Ley 38/2011

El art. 143 LC mantiene la mayor parte de su texto originario de 2003, si bien ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 3/2009 y por la Ley 38/2011.

El Real Decreto-Ley 3/2009 modificó su apartado 1.2º para darle el redactado vigente y adecuar la LC a la “tramitación escrita del convenio” introducida en el art. 115.bis LC por el citado Real Decreto-Ley. Esta redacción está vigente desde el 1 de abril de 2009.

La Ley 38/2011 modificó el texto del apartado 1.3º también para hacer referencia a la tramitación escrita del convenio. Esta redacción está vigente desde el 1 de enero de 2012.

2. La apertura de oficio de la liquidación como solución subsidiaria al convenio

La Exposición de motivos de la LC señala que la apertura de oficio de la liquidación (art. 143 LC), así como la liquidación a solicitud del acreedor (art. 142.2.2º LC), es “siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o frustra la de convenio” (ap.VII).

En efecto, los cinco supuestos contemplados por el art. 143 LC de apertura de oficio de la liquidación están directamente relacionados con el convenio: 1º Falta de presentación de propuesta de convenio (arts. 113 y 114.3 LC); 2º Falta de aceptación de la propuesta por los acreedores (arts. 124 y 125 LC); 3º Rechazo judicial a la propuesta de convenio aceptada por los acreedores (art. 131 LC); 4º Declaración de nulidad del convenio aprobado por el juez; y, 5º Declaración judicial del incumplimiento del convenio (art. 140 LC). La LC regula de forma diferente estos cinco supuestos de apertura de oficio de la liquidación.

En los casos 1º y 2º del art. 143 LC (falta de presentación de propuesta de convenio o falta de aceptación de la propuesta por los acreedores), la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento (art. 143.2 LC).

En los casos 3º, 4º y 5º del art. 143 LC 3ª (rechazo judicial a la propuesta de convenio aceptada por los acreedores; declaración de nulidad del convenio aproba-

do por el juez; y, declaración judicial del incumplimiento del convenio), la apertura de la fase de liquidación se acordará por la propia resolución judicial que la motive (art. 143.2, segundo apartado). La apertura del concurso puede así provenir del juez del concurso o, en caso de recurso, de la Audiencia Provincial o incluso del Tribunal Supremo.

La legitimación activa para solicitar la resolución del convenio por incumplimiento corresponde a cualquier acreedor (art. 140.1 LC). Los supuestos citados en el art. 143 LC parecen un *numerus clausus* (es determinante la enumeración taxativa que realiza el legislador). Por tanto, no se contempla la declaración de oficio de incumplimiento del convenio a efectos de apertura de la liquidación.

La apertura de oficio de la liquidación por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado determina que el concurso se califique como culpable (art. 164.2.3° LC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La *SAP Madrid, Sección 28ª, de 10 de septiembre de 2009* (JUR 2009/471488) decreta la apertura de la liquidación al estimar el recurso de apelación contra un convenio ilegal: "la apreciación de infracciones legales en el contenido del convenio determina que este tribunal deba revocar la resolución aprobatoria del juzgado, debiendo quedar sin efecto todas las consecuencias derivadas de la misma, pues lo procedente era haberlo rechazado de oficio, como exige el artículo 131 de la LC. La consecuencia inherente a tal rechazo será, una vez sea firme esta resolución, la apertura de oficio de la liquidación, tal como prevé el artículo 143.1.3° de la LC, ya que en casos de esta índole no procede nueva convocatoria de junta de acreedores".

El *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 21 de octubre de 2011* (JUR 2012/3429) contiene una aplicación específica a la liquidación de la regla general conforme a la cual los incidentes no suspenden el procedimiento de concurso, salvo que el juez del concurso así lo decida (art. 192.2 LC). En este caso, se planteaba la procedencia de la declaración de resolución del contrato de compraventa: "teniendo en consideración que la apertura de la fase de liquidación debe efectuarse en los supuestos contemplados en la Ley, y en concreto se produce en este caso de oficio con arreglo a lo dispuesto en el art. 143.1ª LC, al no haberse presentado propuestas de convenio, y la elaboración del plan de liquidación va ligada inexorablemente a la apertura de la fase de liquidación, fijándose un plazo perentorio -art. 148 LC-, quedando obligado el Juez, tras los trámites preceptivos, a dictar el auto que corresponda, ello sin perjuicio de las consecuencias a que diera lugar la resolución que se dictase en el citado incidente".

Artículo 144. Publicidad de la apertura de la liquidación.

A la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación, se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 23, 23.1, 23.2, 23.3, 23.4, 24, 24.1, 24.2, 24.3, 95.2, 142, 143, 143.2, 177, 197.6
RD 685/2005
RRM: art. 320
LEC 2000: art. 150

II. COMENTARIOS

1. Comunicación de la apertura de la liquidación a las partes personadas

Para el concurso, y sólo en el marco de la apertura de la liquidación de oficio, el art. 143.2 LC señala que el auto se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento. Queda la duda de si ha de comunicarse también en caso de apertura de la liquidación a instancia del concursado, la administración concursal o de algún acreedor.

La *SAP Barcelona, Sección 15ª, de 30 de junio de 2008* (LA LEY 305187/2008) se pronuncia sobre la cuestión. Dispone que por analogía a lo dispuesto en el artículo 143.2 LC y conforme al art. 150.1 LEC, el auto de apertura de la liquidación debe ser notificado a la administración concursal, al concursado y a las demás partes personadas. Estas notificaciones pueden realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (art. 23.1 LC). El art. 150 LEC 2000 dispone en general que las resoluciones procesales se notificarán a todos los que sean parte en el proceso.

2. Recurso de apelación contra el auto de apertura de liquidación

Como regla general, el recurso de apelación contra el auto de liquidación no tiene efecto suspensivo. Sin embargo, el juez del concurso también puede acordar, de oficio o a instancia de parte, al admitir el recurso de apelación, la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión puede ser revisada por los tribunales superiores (art. 197.6 LC).

3. La publicidad del auto de la apertura de la liquidación y efectos del recurso de apelación

El art. 144 LC remite a los arts. 23 y 24 LC en materia de publicidad del auto de la apertura de la liquidación. Constituye un régimen especial de publicidad aplicable a la liquidación, por sus importantes efectos vinculados a la misma. No basta,

por tanto, la comunicación a las partes personadas en el procedimiento, sino que es preceptivo una publicidad por edictos en el tablón de anuncios (art. 23.4 LC) y una publicidad registral (art. 24 LC). Es posible, además, que el juez del concurso acuerde adicionalmente su publicidad en el *BOE* (gratuita) e incluso en otros medios complementarios.

La publicidad está vinculada a los efectos de la apertura de la liquidación. Por consiguiente, no procede cumplir estas medidas si se interpone recurso contra el auto y el juez admite los efectos suspensivos (art. 197.6 LC) (Sánchez Rus, H. y Sánchez Rus, A, p. 2328).

4. Publicidad por medio de edictos en el tablón de anuncios

El art. 144 LC pretende garantizar la publicidad informativa de la apertura de la liquidación del concurso por referencia a lo dispuesto en el art. 23 LC.

El tema sobre el que se han pronunciado algunas sentencias versa sobre la remisión que el art. 144 LC realiza a la publicidad general del art. 23 LC. En particular, se ha discutido si la remisión comporta que el auto de apertura de la liquidación debe ser publicado en el Boletín Oficial del Estado y en un diario, como disponía el anterior redactado del art. 23.3 LC, o si basta la publicidad por medio de edictos en el tablón de anuncios del Juzgado del art. 23.4 LC. A nivel de Audiencias, la interpretación es favorable a no exigir la publicación en el *BOE* ni en los diarios. Se basa en que la publicidad no puede ser la misma, desde el momento en que el auto de declaración y el auto de liquidación tienen unas finalidades diversas, por lo que es suficiente la publicidad por medio de edictos en los tabloneros de anuncios del Juzgado (art. 23.4 LC).

5. La posible publicación en el Boletín Oficial del Estado

En la práctica, el juez del concurso puede solicitar la publicación del auto de liquidación gratuitamente en el "Boletín Oficial del Estado" (*BOE*). Es una opción, pero no una obligación, como hemos visto. La gratuidad es una novedad de la disp. trans. 2ª del Real Decreto-Ley 3/2009, que contiene una importante referencia a la publicidad. Desde su entrada en vigor (1 de abril de 2009), las publicaciones que se remitan al *BOE* contempladas en los arts. 23.1 (declaración de concurso), 95.2 (presentación del informe de la administración concursal), 144 (resolución de la apertura de la liquidación) y 177 LC (conclusión del concurso y archivo de las actuaciones), tendrán carácter gratuito.

Ello se condiciona a que la publicación se acuerde por el Juez del concurso y que haya insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa. La publicación en el *BOE* evita las molestias vinculadas a la visita al Juzgado para la consulta constante al tablón de anuncios.

Sin embargo, la publicidad a la que la LC atribuye efectos es la del tablón de anuncios, por lo que la falta de publicación del auto de liquidación en el *BOE* no es motivo de impugnación.

6. Publicidad registral

En virtud del mismo art. 144 LC, por referencia al art. 24 LC, se requiere la pertinente constancia registral del auto de apertura de la liquidación en los registros jurídicos de personas y de bienes. El objetivo es hacer público la afectación de todos los bienes y derechos del concursado al procedimiento concursal. La inscripción del auto de apertura de la liquidación se realiza en el Registro Civil (si el concursado es una persona física o natural) (art. 24.1 LC) o en el Registro Mercantil u otro Registro de personas jurídicas (arts. 24.2 y 24.3). La inscripción en estos registros públicos reviste a lo inscrito del carácter de verdad oficial, de manera que el Estado protege al tercero que confía en la apariencia tabular (Exp. de motivos del RD 685/2005). La remisión del art. 144 LC al art. 24 LC se completa con lo dispuesto en este RD 685/2005, que modifica el Reglamento del Registro Mercantil en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales (art. 320 RRM).

El efecto fundamental de la anotación registral es impedir el acceso al Registro de actos dispositivos que no se ajusten al procedimiento de liquidación del patrimonio del concursado, sean otorgados por el deudor o por la administración concursal (Sánchez Rus, H. y Sánchez Rus, A., p. 2332).

7. Publicidad complementaria (web de registradores mercantiles, web concursal y otros)

Una cuestión que se plantea es si el juez puede acordar publicidad adicional para el auto de liquidación, más allá de lo dispuesto en los arts. 23 y 24 LC. Dependerá del tipo de publicidad complementaria, pero si no se vulneran derechos de intimidad u honor o de protección de datos, no parece que haya problema legal. Así, el juez puede considerar oportuna, por las condiciones del concurso, una publicidad complementaria a la prevista en la LC con carácter imperativo (tablón de anuncios y publicidad registral).

Esta publicidad complementaria puede justificarse en que la Exposición de motivos de la LC señala que las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros (ap. IV). Este principio se manifiesta en derecho positivo en el art. 23.2 LC, que permite que el juez, en el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, acuerde, de oficio o a instancia del interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso.

Algunos juzgados remiten la publicación de la apertura de la liquidación a webs especializadas, como el portal gestionado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, donde se puede consultar información registral sobre las sociedades inscritas en los registros que están en situación concursal (http://www.registradores.org/Publicidad_Concursal.jsp).

Los jueces de lo mercantil de Cataluña, de acuerdo con su Seminario de 2011, indican que los administradores concursales deben dar publicidad de los planes de liquidación en Web Concursal (<http://www.webconcurstal.com>).

8. El Registro Público Concursal (pendiente de puesta en funcionamiento)

El Real Decreto-Ley 3/2009 dispone la creación del llamado Registro Público Concursal, cuyo objeto es “dar publicidad y difusión de carácter público a través de un portal en Internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, de todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de la LC” (disp. adic. 3ª del Real Decreto Ley 3/2009). En el mes de octubre de 2012, este Registro Público Concursal no está tampoco operativo.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El citado *AAP Barcelona, Sección 15ª, de 3 de mayo de 2007* (AC 2008/154), rechaza la apelación por indefensión formulada por los acreedores contra el auto de liquidación no publicado en el BOE ni en un diario, como sí era exigible para el auto de declaración del concurso: «esta misma publicidad general [referida a la de declaración de concurso] ya no es estrictamente necesaria en el caso del auto de apertura de la fase de liquidación, en atención a los fines que persigue la publicidad en este caso. El interés de esta publicidad es triple: primero, informar a todos los afectados, sobre todo a los acreedores, de que se procederá a la liquidación de todo el activo del deudor, y que en consecuencia los pagos se harán conforme a las reglas previstas en los arts. 154 y ss. LC; segundo, informar de los efectos propios de la apertura de la liquidación (cese del pago de los alimentos, disolución de la sociedad o persona jurídica, suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, vencimiento anticipado de los créditos sujetos a término...); y tercero, dar comienzo al plazo de diez días para que “cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo” pueda personarse en la sección 6ª, “alegando cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”. Ninguno de los dos primeros fines justificaría la necesidad de una publicación como la propia de la declaración de concurso, ninguno afecta directamente al ejercicio de un derecho subjetivo por los interesados destinatarios del anuncio. Y, aunque el tercero de los fines pudiera parecer que sí afecta directamente al ejercicio de un derecho subjetivo, la personación en la pieza de calificación, en realidad no es así, en atención al significado que esa personación tiene en el art. 168 LC, que se limita a poner en conocimiento circunstancias relevantes para la calificación y no supone la posibilidad de ejercitar directamente por dichos interesados la acción de calificación, reservada por el art. 169 LC a la Administración

Concursal y al Ministerio Fiscal. Por otra parte, si los interesados saben que una vez declarado el concurso, del que se les informa personalmente, si son acreedores, y por medio de los anuncios en la prensa oficial y privada de la provincia, la apertura de la fase de liquidación se anunciará por edictos colgados en el tablón de anuncios del Juzgado, o bien se personarán si están muy interesados, como así hicieron los apelantes, o bien acudirán a consultar dicho tablón con cierta regularidad, para estar al tanto de la fase en que se encuentra el concurso».

El *AAP Madrid, Sección 28ª, de 29 de junio de 2006* (AC 2006\1885), tampoco dejó sin efecto el auto de apertura de la liquidación del concurso no publicado en los medios de publicidad por causas imputables a la propia concursada apelante.

El *AJM núm. 1 de A Contña, de 5 de diciembre de 2006*, también consideró que no concurrían razones especiales que justificasen la obligación de publicar los edictos anunciando la apertura de la fase de liquidación en el BOE y en un diario provincial.

El *AJM núm. 1 de Bilbao, de 7 de junio de 2007*, señala que los requisitos de publicidad que dispone el art. 144 LC se extienden a la colocación del edicto en los establecimientos de la concursada.

SECCIÓN II De los efectos de la liquidación

Artículo 145. Efectos sobre el concursado.

1. La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley.

Cuando en virtud de la eficacia del convenio, y conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 133, los administradores concursales hubieren cesado, el juez, acordada que haya sido la apertura de la liquidación, los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros.

2. Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.

3. Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 40.2 y 3, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 60, 133.2 y 3, 145.1, ap. 2º, 145.2, 145.3, 178.2
LSC: arts. 361, 372
LEC 2000: 605 y ss.

II. COMENTARIOS

1. Suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por el concursado a favor de la administración concursal

La declaración de concurso y la apertura de la liquidación no suponen por sí solas la privación de sus propiedades, por lo que el deudor continúa siendo el propietario de su patrimonio.

No obstante, la apertura de la liquidación tiene el efecto legal de suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por el concursado. Estas facultades las asume por primera vez la administración concursal o, simplemente, las continúa asumiendo si ya le habían sido atribuidas conforme a los arts. 40.2 y 3 LC. Si ha habido convenio y los administradores concursales fueron cesados (arts. 133.2 y 3 LC), el juez del concurso los repondrá en el ejercicio del cargo o nombrará a otros (art. 145.1, ap. 2º LC).

Tras la apertura de la liquidación, el proceso concursal se dirige a la realización de los bienes y derechos del concursado para pagar a sus acreedores concursales. La Ley encarga esta tarea a la administración concursal (Beltrán, p. 1084).

2. La suscripción de contratos de compraventa por la administración concursal y sistemas judiciales de liquidación del activo

La administración concursal tiene plena legitimidad para suscribir el contrato de venta de los bienes y derechos del concursado, con los mismos efectos como si lo hubiera hecho el propietario en concurso (en aplicación del art. 145.1 LC). La administración concursal puede así suscribir bien un único contrato privado de venta de la masa activa del concurso, que incluya una lista de los activos y derechos objeto de transacción, bien varios contratos sobre bienes y derechos específicos hasta completar la venta de la empresa o unidad productiva.

En caso de liquidación de todos o parte de los activos mediante procedimientos judiciales de enajenación, como la subasta judicial, la venta directa o a través de empresa especializada, esto determina que sean habituales los documentos públicos de adjudicación de los activos adquiridos (autos, decretos del Secretario Judicial, etc.), que sirvan como título de adquisición frente a terceros y, especialmente, a efectos registrales.

3. Efectos de la apertura de la liquidación sobre el concursado persona física. La extinción del derecho de alimentos a cargo de la masa activa y sus excepciones

El art. 145.2 LC dispone que si el concursado es una persona física, la apertura de la liquidación produce la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa. En el texto original de la LC de 2003 no se contemplaba ninguna posibilidad de mantenerlos. Tras la reforma operada en este precepto por la Ley 38/2011, el concursado persona física mantendrá el derecho de alimentos con cargo a la masa activa, si es imprescindible para mantener las necesidades del propio concursado o su cónyuge, pareja de hecho o descendientes. Es un derecho de alimentos a cargo de la masa activa, si hay bienes bastantes, que le reconoce el art. 47 LC y que el art. 144 LC, ahora modificado, no extingue como el derecho anterior.

4. El problema del supuesto del salario como único bien de la persona física. Bienes inembargables

El legislador no ha dado una respuesta específica a los supuestos en que el concursado persona física, tras la liquidación operada en el procedimiento concursal, sólo mantiene su salario.

En un tema tan importante debería haber una solución legal, pero al mismo tiempo no permitiría otras opciones que la flexibilidad del concurso puede prever. El convenio, y no la liquidación, puede ser la forma más adecuada para dar una respuesta.

El legislador parece que no opta por mantener abierto *sine die* el concurso, pues el concursado queda privado de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio y la administración concursal en el ejercicio de sus funciones de forma indefinida. La LC contempla la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, quedando el deudor responsable del pago de los créditos restantes. Caben ejecuciones singulares, mientras no se determina la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso (art. 178.2 LC). Como señala la Exposición de motivos de la LC, la continuación de la actividad patrimonial del concursado habrá podido reflejarse tanto en la aparición de activos como de nuevos pasivos, lo que en caso de reapertura habrá de tenerse en cuenta en la actualización del inventario y de la lista de acreedores (ap. IX).

En todo caso, el límite son los bienes inembargables que por ley se le reconoce al deudor (véanse arts. 605 y ss. LEC 2000 y su aplicación por el AJM núm. 1 de Bilbao, de 30 de septiembre de 2009, LA LEY 187074/2009).

5. Efectos de la apertura de la liquidación sobre el concursado persona jurídica. Conservación de la capacidad procesal del concursado

El efecto claro y terminante del auto de apertura de la liquidación concursal es la disolución de la persona jurídica y el cese de sus administradores societarios (art. 145.3 LC y, para las sociedades de capital, art. 361 LSC). Si la sociedad ya estaba disuelta previamente, la liquidación se realizará a partir de este momento conforme a la LC (art. 372 LSC) y los liquidadores serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3 LC).

El texto original del art. 145.3 LC disponía que la resolución que abriese la liquidación del concursado persona jurídica contendría la de la declaración de su disolución si no estuviese acordada y en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley. La reforma operada por la Ley 38/2011 en este precepto añade “sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”. Es una aclaración pertinente a la vista de posibles conflictos de interés entre la administración concursal y el concursado, por ejemplo, en materia de recursos o de calificación.

Antes de la reforma, algunas sentencias ya habían alertado del riesgo de indefensión que suponía entender que la LC privaba al concursado de capacidad procesal. En consecuencia, aceptaban la continuidad de la representación de la sociedad concursada a cargo de los administradores societarios en el procedimiento de concurso (AJM núm. 4 de Madrid, de 28 de septiembre de 2005, LA LEY 186702/2005; SAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de enero de 2009, LA LEY 17614/2009). En todo caso, Los tribunales han interpretado de forma reiterada el art. 145.3 LC, de manera que la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal corresponden a la administración concursal, de conformidad con el art. 54.1 LC (AAP Ciudad Real, Sección 2ª, de 23 de junio de 2008, LA LEY 159785/2008, SAP Málaga, Sección 6ª, de 20 de enero de 2011, LA LEY 178154/2011).

Esta regla es igualmente aplicable a la persona física concursada, aunque la LC sólo lo explicita para la persona jurídica.

6. Mantenimiento de otros efectos desde la declaración del concurso

La apertura de la liquidación no afecta a los efectos vinculados a la declaración de concurso y hasta su conclusión, recogidos en los arts. 49 a 60 LC y que pesan sobre el concursado. Se trata de las posibles limitaciones sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor (art. 41 LC); el deber de colaboración e información del deudor (art. 42 LC); la conservación de libros y documentos del deudor (art. 45 LC); o la redacción de las cuentas anuales del deudor (art. 46 LC).

Otras normas deben interpretarse de la forma que sea necesaria para hacer realidad los fines liquidatorios, como la conservación y administración de la masa

activa (art. 43 LC) o la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art. 44 LC), si persiste todavía al abrirse la liquidación. Por sí sola, la apertura de la liquidación no interrumpe esta actividad del concursado (Beltrán, p. 1084). De hecho, su continuación puede ser adecuada para una mejor liquidación (por ejemplo, venta en bloque de una unidad productiva para obtener un mejor precio).

Tratándose del concursado de una persona jurídica son aplicables las normas generales del art. 48 LC, según ha quedado ampliado por la Ley 38/2011, en la medida en que no se opongan a normas especiales de la liquidación.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El AAP Barcelona, Sección 15ª, de 6 de mayo de 2008 (LA LEY 135444/2008), niega que la pendencia de un recurso de apelación contra el auto de declaración del concurso impida la liquidación de la sociedad mercantil, pese a la irreversibilidad que esto tiene sobre la concursada: “En esa tesitura, el Juez del concurso, de oficio y/o a instancia de parte, hubiera podido suspender la tramitación del concurso como consecuencia de la apelación del auto de concurso. Decisión que ciertamente hubiera sido más prudente pues, amén de lo que supone la disolución de la sociedad por virtud del art. 145.3 LC, las operaciones de liquidación impedirían restablecer la situación anterior a la declaración de concurso caso de revocarse como consecuencia de la estimación de la apelación. Pero como quiera que ello no ha sido objeto de discusión en el auto recurrido, y aun considerando la Sala más prudente la suspensión del procedimiento concursal, no se advierte que el auto recurrido haya incurrido en una infracción legal que justifique su revocación: mientras no constara la suspensión del procedimiento concursal, la declaración de oficio de la fase de liquidación como consecuencia de la falta de aportación de propuestas de convenio es correcta”.

Con carácter previo a la modificación del art. 145.3 LC por efecto de la Ley 38/2011, algunas sentencias ya habían mantenido la continuidad de la representación de la sociedad concursada a cargo de los administradores societarios en el procedimiento de concurso.

El AJM núm. 4 de Madrid, de 28 de septiembre de 2005 (LA LEY 186702/2005) indica con mucha claridad lo siguiente: “El recurso planteado por la administración concursal suscita el problema de la representación procesal del concursado persona jurídica una vez abierta la fase de liquidación. Aunque el artículo 145.3 de la Ley Concursal (en relación con el art. 48.1 del mismo texto) prevea, alcanzada esa fase, el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la Constitución. Teniendo en cuenta que, entre otras cosas, todavía está en trámite la sección de calificación (donde está prevista, en caso de imputación de culpabilidad, la intervención separada del propio deudor –artículo 170.2 de la LC–) y que quienes han venido siendo los responsables de la concursada pueden enfrentar, en ese y en otros aspectos, sus intereses con los de la administración concursal (que vela por los de la masa y no por los de la concursada), no puede sino concluirse que existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del

proceso a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC)”.

La SAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de enero de 2009 (LA LEY 17614/2009), también avanzó expresamente la solución aportada por la Ley 38/2011: “No puede suponer que a partir de entonces la administración concursal sustituya a quienes hasta ahora habían sido administradores de la sociedad en la representación procesal de la concursada dentro del concurso, pues ello vaciaría de contenido el art. 184.2 LC, que legitima al deudor concursado a intervenir como parte en el procedimiento concursal y, por extensión, en todos sus incidentes, especialmente en aquellos en que a priori se le reconoce interés directo para ser parte, por ejemplo en los incidentes de reintegración como demandado (art. 72.2 LC) y en la calificación concursal para oponerse a la formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal (arts. 170.2 y 171.2 LC)”.

La apertura de la liquidación por sí sola no determina la extinción de la relación de alta dirección del que también era administrador de la sociedad concursada. (AAP Asturias, Sección 1ª, de 8 de julio de 2009 (LA LEY 122245/2009).

Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales.

Además de los efectos establecidos en el capítulo II del título III de esta Ley, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 87, 88, 153.1, 159, 167
 CCom 1885: art. 883 (derogado)
 CC: art. 1129
 RD 1850/2004: art. 9.2

II. COMENTARIOS

1. El vencimiento anticipado de los créditos aplazados contra el concursado

El vencimiento anticipado se produce con la apertura de la liquidación, no con la declaración del concurso. En la regulación anterior, también el art. 883 del Código de Comercio de 1885 señalaba que se tenían por vencidas a la fecha de la declaración de quiebra las deudas pendientes del quebrado. La suspensión de pagos no era suficiente para producir este efecto.

La norma del vencimiento anticipado del art. 146 LC persigue dotar a los acreedores de la facultad de reclamar sus créditos inmediatamente, cualquiera que

fuera el plazo estipulado para su exigibilidad. Se trata de una manifestación en sede concursal del principio general reconocido en el art. 1129 CC: el deudor pierde su derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída su obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

Naturalmente, el beneficio legal del vencimiento anticipado tiene su limitación en el propio procedimiento concursal; los pagos que se realicen de su crédito surgen de su condición de acreedor concursal y de acuerdo con el régimen de la propia liquidación concursal.

2. Conexión del art. 146 LC con el art. 159 LC en materia de descuento por pago anticipado

Este precepto se completa con el art. 159 LC, sobre el descuento correspondiente en caso de pago anticipado de créditos concursales.

3. Exclusión de aplicación a los créditos condicionales

El art. 146 LC hace referencia sólo a los créditos concursales aplazados, no a los créditos condicionales, por lo que la apertura de la liquidación no produce el vencimiento anticipado de los créditos sometidos a condición suspensiva o resolutoria. De hecho, los créditos condicionales tienen un régimen especial previsto en el art. 87 LC. (Domínguez Luelmo, p. 1142).

4. Apertura de la liquidación y fianzas a favor del concursado

Es común en la práctica que el fiador de un crédito de la sociedad concursada sea el administrador o uno de los socios mayoritarios (Valpuesta, p. 408). La doctrina considera que el vencimiento de la obligación principal como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación no supone el vencimiento anticipado para la fianza (con cita de otros autores, Perdices, pp. 109-110).

Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales han señalado que si bien la declaración en concurso del fiado no es suficiente para que el acreedor pueda exigir el importe al fiador, basta el incumplimiento o la apertura de la liquidación concursal del fiado para que ello sea posible (art. 146 LC) (véase “doctrina jurisprudencial”).

5. La conversión en dinero de créditos consistentes en otras prestaciones

En relación a la conversión en dinero de los créditos que consistan en otras prestaciones (hacer o no hacer), resulta de aplicación el art. 88 LC que establece las normas para computar los créditos en dinero.

Este precepto ha sido argumentado por la doctrina para justificar la prohibición legal de pagar *in natura* a los acreedores, mediante la dación en pago de bienes de la masa activa. En nuestra opinión, esta interpretación va más allá de lo dispuesto por el legislador; el art. 146 sólo establece la necesidad de cuantificar en dinero el crédito debido. Las obligaciones o los créditos no dinerarios se han de convertir en obligaciones o créditos dinerarios o pecuniarios (Blasco, p. 29). A continuación, la administración concursal abonará, si es posible, el importe en dinero y, según nuestra interpretación, también mediante daciones en pago (véase comentario al art. 142 LC de esta obra).

En cualquier caso, la conversión en dinero es aplicable a todos los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa (Tomillo y Gozalo, p. 2357).

6. Inicio del cómputo para liquidar

A partir de la apertura de la fase de liquidación, comienza a contar el año del que dispone la administración concursal para finalizarla (art. 153.1 LC).

7. Sistema de retribución de los administradores concursales en fase de liquidación

La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por 100 de la retribución aprobada para la fase común (art. 9.2 RD 1860/2004).

8. Coordinación entre la liquidación y la calificación

En cambio, la apertura de la fase de liquidación no produce ya la formación de la sección de la calificación por efecto de la reforma introducida por la Ley 38/2011 (anterior redacción del art. 163 LC). La formación de la sección sexta se ordena ahora en la resolución judicial que apruebe el convenio, el plan de liquidación u ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias (art. 167 LC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La SAP Cuenca, de 11 de noviembre de 2011 (LA LEY 224196/2011): “hasta el vencimiento de la obligación que avala, o hasta que conforme al art. 146 LC se declare el vencimiento de todas las obligaciones pendientes, si es que llega a la liquidación, el fiador no es deudor. No opera, a contrario sensu, el artículo 87.5 de la Ley Concursal, porque no hay obligación de éste, y en dicho supuesto, el banco tiene por lo tanto un crédito no vencido contra el deudor principal, y un crédito contingente frente al fiador solidario, condicionado a que concurra o no la contingencia”. La SJM núm. 1 de Pontevedra, de 25 de mayo de 2010 (LA LEY 297931/2010), reproduce estas palabras y añade que “nos encontramos ante un crédito sometido a condición suspensiva, el eventual incumplimiento del deudor principal, es decir, el supuesto del art. 87.3 LC. Es posible, como acontecería de alcanzarse un convenio, que antes del vencimiento de la obligación principal pueda atenderse ésta íntegramente, y no surja la obligación del fiador solidario”. Previamente, la SAP Jaén, Sección 1ª, de 25 de enero de 2010 (LA LEY 22210/2010), había declarado también que “la Caja tiene por tanto un crédito no vencido contra el deudor principal y un crédito contingente frente al fiador solidario, condicionado a que concurra o no la contingencia. No ostenta un crédito contra el fiador solidario hasta que la obligación del deudor principal no haya vencido, y además se incumpla. La obligación del fiador es accesoria y sólo opera si se incumple la principal, lo que no consta en las actuaciones porque no ha vencido ni se ha incumplido”. Si también el avalista es declarado en concurso, un supuesto habitual en grupos de sociedades, el acreedor no tiene un crédito contingente contra el avalista de los previstos en el art. 87.3 LC, sino con la clasificación que proceda.

La SAP Illes Balears, Sección 5ª, de 27 de febrero de 2012 (LA LEY 25534/2012), trata del tema habitual de concurso de constructores o promotores inmobiliarios que habían recibido previamente solares con la promesa de entregar pisos a los interesados. El contrato de permuta no es cumplido por el concursado y los afectados reclaman la terminación de la obra o la devolución del solar. Resulta necesario que la prestación in natura se compute en dinero: “Es por todo ello que procede calificar el crédito del accionante como ordinario (art. 89.3) y por consistir el mismo una prestación in natura, computarse en dinero, concretamente en 295.000 euros, que es el valor dado a la contraprestación (vivienda y local) en la propia escritura, conforme determinan los artículos 88.3 y 146 de la Ley concursal y sin derecho al devengo de los intereses que se reclaman (art. 59)”. La SAP A Coruña, Sección 4ª, de 13 de enero de 2011 (LA LEY 11464/2011), considera también como acreedor ordinario a quien entregó una parcela a la constructora en concurso. En este caso, el acreedor la había comprado previamente y su crédito concursal se cuantifica en el precio pagado, incluyendo el IVA.

Artículo 147. Efectos generales. Remisión.

Durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 40, 49, 50, 50 bis, 54, 56.1, 57, 57.3, 58, 59.1, 59.2, 60, 61.2, 69, 71 a 73, 148, 149, 153

II. COMENTARIOS

1. Principio de continuidad durante la liquidación de los efectos de la declaración de concurso

El art. 147 LC no ha sido modificado desde la aprobación de la LC en 2003.

La fase de liquidación está compuesta por un período más o menos duradero en función de las diferentes circunstancias del concurso que, en principio, ha de durar un año, salvo justa causa que justifique su prolongación (art. 153 LC).

La remisión que realiza el art. 147 LC en el marco de la liquidación concursal tiene lugar sólo a favor de las normas contenidas en los arts. 40 a 73, sobre los efectos de la declaración del concurso.

Estas normas vinculadas a la declaración del concurso continúan siendo de aplicación durante la fase de liquidación concursal, en cuanto no se opongan a las normas específicas de la liquidación de los arts. 142 a 162. El legislador establece así un principio de continuidad durante la liquidación de los efectos de la declaración de concurso contenidos en el título III de la Ley, en la medida que sean compatibles con las normas especiales de la liquidación. Es una manifestación del principio de unidad del procedimiento concursal (Beltrán, 1081).

2. Efectos sobre los acreedores

Los efectos del concurso sobre los acreedores (arts. 49 a 60 LC) se mantienen durante el período de liquidación de la masa activa del concurso. Los acreedores concursales siguen integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las previstas en las leyes (art. 49 LC). Como resultado, persisten los efectos de la paralización, acumulación o imposibilidad de ejercicio de nuevos juicios declarativos por los acreedores fuera del procedimiento concursal y las normas sobre el ejercicio de acciones del concursado (arts. 50 y 54 LC), se prohíbe la compensación (art. 58 LC), se suspende el derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa (art. 59 bis LC) y se interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración (art. 60 LC).

En materia de intereses, se mantiene durante la liquidación la suspensión del devengo de intereses desde la declaración de concurso, con las excepciones para los créditos con garantía real que son exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía y los créditos salariales (art. 59.1 LC). Si tras la liquidación resultara rema-

mente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional (art. 59.2 LC).

3. Efectos sobre los contratos del concursado

La apertura de la liquidación no determina por sí sola la interrupción de la actividad empresarial o profesional que viniera ejerciendo el concursado. Los contratos del concursado con terceros necesarios para esta actividad (trabajo, arrendamientos, seguros, suministros, agencias comerciales, etc.) no se extinguen tampoco con el auto de liquidación. Sin embargo, hay que atender a la viabilidad o no de la continuidad de la empresa y su posible enajenación en bloque a un tercero. Si no es factible, se pueden resolver los contratos en vigor (art. 61.2 LC), así como no rehabilitar contratos que no sean necesarios para la continuidad de la empresa del concursado (art. 69 LC). Hay normas especiales para los contratos de trabajo (arts. 148 y 149 LC).

4. Preclusión del derecho de los acreedores con privilegio especial a iniciar procedimientos de ejecución separada y sujeción a la ejecución colectiva

Otro efecto de la apertura de la liquidación está recogido en el art. 57 LC.

Los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado las acciones de ejecución de las garantías reales perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado.

Las actuaciones que hubieran sido iniciadas previamente a la declaración del concurso y hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración del concurso se reanudarán acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada (art. 57.3 LC). Se refiere a aquellos bienes que, por estar afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado, el juez del concurso haya paralizado la ejecución o realización de la garantía (art. 56.1 LC).

4. Viabilidad de interponer acciones de reintegración de bienes y derechos del concursado

En relación a los efectos sobre los actos perjudiciales de la masa activa, durante la fase de liquidación continúan siendo posibles las acciones de reintegración de bienes o derechos que han salido del patrimonio del concursado por actos o contratos realizados por el concursado en el período sospechoso previo a la declaración del concurso (arts. 71 a 73 LC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El *ATS, Sección 1ª, de 30 octubre de 2012* (RJ 2012\10417) trata sobre una cuestión de competencia objetiva, suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid y el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas, a iniciativa del primero, y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior en que ha recaído sentencia firme de aprobación del convenio. El TS indica que “debe resolverse, conforme dictamina el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas... no encontrándonos en este supuesto con una acción “contra el patrimonio del concursado”, sino ante un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que no hay un demandante y un demandado propiamente dichos, al no existir controversia y no ser de aplicación el art. 50 del mismo texto concursal... Además de lo afirmado, ha de tenerse en cuenta que BEGAR ya no se encuentra en concurso propiamente dicho, habiéndose de estar a lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, y ponerlo en relación con lo establecido en el art. 143.2 y con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley como dispone el art. 147, lo que permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio”.

SECCIÓN III De las operaciones de liquidación

Artículo 148. Plan de liquidación.

1. En el informe al que se refiere el artículo 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración.

El secretario acordará poner de manifiesto el plan en la Oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente.

2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la

liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

3. Asimismo, el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas.

4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 64, 75.2.4º, 82.5º, 143.1.1º, 149, 150, 154, 155.3

LEC 2000: arts. 640 y 641

LEC 1881: art. 1358

II. COMENTARIOS

1. Cambios introducidos en el texto originario del art. 148 LC

El art. 148 LC ha sufrido varias modificaciones desde su redacción original. Como consecuencia de la aprobación de las enmiendas introducidas por la Ley 13/2009 y la Ley 38/2011.

La Ley 13/2009 sustituye el término “secretaría del juzgado” por “oficina judicial” y dispone que el secretario judicial, en vez del juez, acordase la publicidad del plan de liquidación del concursado. Su Exposición de motivos señala que trata de que los jueces se dediquen a funciones jurisdiccionales, descargándoles de funciones de otra naturaleza.

La Ley 38/2011 admite que el informe que la administración concursal debe presentar al juez del concurso pueda incluir ya el plan de liquidación (art. 75.2.4º LC), antes incluso de que el juez acuerde la apertura de la fase de liquidación. Es una manifestación de la voluntad del legislador de anticipar la liquidación y evitar la minoración del valor de los bienes del concursado, que son algunos de los objetivos que la Exposición de motivos de la Ley 38/2011 pone de manifiesto.

La Ley 38/2011 reconoce que el juez tiene la última palabra en relación al contenido del plan de liquidación; la redacción original del art. 148.2 LC distinguía la intervención judicial según hubiese o no habido observaciones al plan. Ahora queda claro que no hay obligación judicial de aprobación automática del plan elaborado por la administración concursal.

La Ley 38/2011 aclara que la obligación de seguir el procedimiento del art. 64 LC es sólo aplicable cuando el plan de liquidación pueda afectar a un colectivo de trabajadores de la empresa concursada (art. 148.4 LC).

2. La obligación de la administración concursal de liquidar la masa activa conforme a un plan aprobado judicialmente

Normalmente si se abre la liquidación es porque no hay bienes y porque la empresa del concursado no es viable. De haber bienes, el juez del concurso aprueba un plan de liquidación que fija los sistemas de enajenación del patrimonio del concursado.

La obligación de la administración concursal es proceder a la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso de acuerdo con el plan de liquidación aprobado por el juez del concurso y de conformidad con las normas imperativas del art. 148 LC. Para ello, llevará a cabo los actos de enajenación que sean necesarios, sin necesidad de una aprobación *ad hoc* del juez del concurso, incluyendo si es factible en su caso la venta global o parcial de la empresa del concursado.

3. Notificación (no consentimiento) del plan de liquidación al deudor, a los acreedores concursales y a los representantes de los trabajadores

La administración concursal ha de cumplir su obligación legal de liquidación en la forma más conveniente a los intereses del concurso, también sin necesidad de consentimiento ni del deudor, ni de los acreedores concursales, ni de los representantes de los trabajadores de la empresa en concurso. El art. 148 LC sólo prevé la notificación de la apertura judicial de la liquidación al concursado, a la administración concursal y a las partes personadas en el procedimiento (art. 143.1.1° LC), pero no del plan de liquidación (AAP Barcelona, Sección 15ª, de 16 de julio de 2008, JUR 2008, 314627), ni de los actos concretos de enajenación.

Estos interesados sólo pueden hacer alegaciones y propuestas de modificación a la propuesta de plan. Es una limitada manera de satisfacer los intereses legítimos del concursado en que la liquidación se realice de la forma más efectiva; de los acreedores en la expectativa de cobro; y, de los trabajadores en el mantenimiento del empleo en la empresa del concursado.

4. Contenido del plan de liquidación

En cuanto al contenido del plan de liquidación, la LC no fija una estructura predeterminada ni impone tampoco una documentación complementaria (Beltrán, p. 1090). Debe ser un programa de actuación, específico para cada concurso, contar con la autorización judicial y que sea conocido por todos los afectados (Zubiri de Salinas, pp. 180-181).

El plan habría de incluir al menos las formas de enajenación (con previsión de alternativas si no funcionan), términos de pago y, en su caso, garantías ofrecidas por los interesados, así como una programación de gastos y costes de la liquidación.

El plan de liquidación puede incluir la compraventa de todo o parte del activo a algún ofertante determinado. Si hay varios dispuestos a la adquisición, la administración concursal debe, en el marco de sus obligaciones legales, proponer la oferta que mejores condiciones económicas ofrezca a los acreedores.

El plan de liquidación puede contemplar que la administración concursal haga la oportuna publicidad de la oferta (competidores, webs especializadas, etc.).

5. Bienes y derechos objeto de enajenación

El plan de liquidación puede alcanzar a todos los bienes y derechos del concursado o sólo a algunos, pues quizá tampoco haya que vender todos los activos para satisfacer los créditos contra la masa y los créditos concursales.

Varias sentencias de Audiencias Provinciales también han interpretado que el plan de liquidación puede contemplar que el comprador adquiere el bien con subrogación del gravamen y se subroga en la obligación del concursado.

El plan de liquidación puede incluir bienes del concursado gravados con garantía real a favor de un tercero (art. 155.3 LC y AAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007, JUR 2008, 127523; AAP Barcelona, Sección 15ª, de 18 de mayo de 2009, JUR 2009, 409714 y AAP La Rioja, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2009, JUR 2009, 303474).

Sin embargo, el plan de liquidación no puede incluir bienes o derechos cuyo dueño es un tercero distinto del concursado, por ejemplo, en arrendamiento financiero (AAP Castellón, Sección 3ª, de 4 de mayo de 2009, JUR 2009, 332199). En este caso, estos bienes ajenos pueden integrarse en el plan de liquidación, pero deberá hacerse constar expresamente que no se transmite la propiedad, sino única y exclusivamente su posesión y el contrato que la permite (para una solución igual en el inventario, véase art. 82.5 LC).

6. Sistemas de enajenación de la masa activa en el plan de liquidación

No parecen plantear en principio inconvenientes legales algunas de las cláusulas comunes en los planes de liquidación que prevén la venta directa de los activos, como la exigencia de depósito de una fianza al interesado, la venta a la oferta por un importe más elevado y la entrega de los activos en los plazos acordados con el comprador.

Alternativamente a la venta directa, el plan de liquidación puede prever otros sistemas de enajenación, como la subasta judicial o notarial o sistemas mixtos por razón del tipo de activos (por ejemplo, subasta pública de lotes de ciertos bienes

y venta directa de otros) u otros que pueda idear la administración concursal en interés del concurso. A falta de un comprador global sobre los bienes y derechos de la masa activa del concurso, la liquidación fragmentaria puede estar prevista con carácter subsidiario en el plan de liquidación. El plan de liquidación puede prever la contratación de una empresa especializada para el auxilio a la administración concursal (lo admite el art. 641 LEC 2000). Supone un coste adicional pues hay que retribuir a la empresa especializada con cargo de la masa, pero puede ser absolutamente imprescindible cuando los bienes de la concursada tengan difícil salida en el mercado por su alta especialización.

El plan de liquidación también puede disponer expresamente que la realización del activo se hará conforme al conjunto de reglas supletorias del artículo 149 LC, a varias o a alguna de ellas o a los procedimientos de enajenación forzosa de la LEC 2000 (AAP Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010, JUR 2010, 328973, y SAP Lugo, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2009, JUR 2009, 468760).

7. Otras menciones usuales del plan de liquidación

En la práctica, es habitual la inserción en el plan de liquidación de una cláusula por la cual el comprador se compromete a aceptar los activos adquiridos en la situación física, jurídica y administrativa en que se encuentran, con renuncia expresa a cualquier acción de reclamación por cualquier concepto derivada de la entrega y del estado de los bienes en venta, incluyendo el saneamiento por vicios ocultos.

Los planes de liquidación usualmente incluyen una lista con la identificación de los deudores y el saldo favorable a favor del concursado y su oferta de enajenación. También es habitual que la administración concursal indique en el plan de liquidación las gestiones que ha realizado y realizará, incluidas las acciones judiciales, para el cobro de los impagados. Asimismo, si sobre algún derecho de crédito se ha promovido ya una cuestión litigiosa, podrá enajenarse con el carácter de litigioso, quedando el adquirente a resultas del litigio (art. 150 LC).

En interés del concurso, la administración concursal verificará los términos en que la subrogación en las licencias del concursado, en su caso y si es así, el plan de liquidación aprobado judicialmente debe hacer constar que la adjudicación comprende la cesión al adjudicatario de todas las licencias de actividad y funcionamiento concedidas por las Administraciones Públicas a la concursada (AAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007, JUR 2008, 127523). Al contrario, cuando no sea posible la subrogación o el plazo de las licencias del concursado pueda suponer alguna restricción para el vendedor, también deberá hacerse constar en el plan de liquidación o en los sistemas supletorios de liquidación (SAP Lugo, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2009, JUR 2009, 468760).

La flexibilidad de la compraventa privada permite la valoración en el plan de la aceptación de pagos aplazados y, en este caso, la aportación de garantías.

8. Precio de los bienes y derechos del activo

El plan de liquidación puede prever la oferta por la empresa o unidad productiva global por un precio determinado y, subsidiariamente, indicar el precio por elementos para el caso en que no sea posible la enajenación de los bienes en su conjunto y haya que proceder a la realización aislada de todos los elementos que forman la masa activa.

En todo caso, estos precios dispuestos por la administración concursal, con la supervisión judicial, constituyen una oferta, que nadie está obligado a aceptar. Como la administración concursal ha de velar por la satisfacción de los acreedores con el precio de venta obtenido, la oferta puede señalar que los activos se adjudicarán a aquellos ofertantes que presenten el importe más elevado. También se fija a veces un mínimo como valor estimado de realización del total de los bienes a liquidar o de algunos de ellos (por ejemplo, inmuebles) (AAP Baleares, Sección 5ª, de 5 de febrero de 2007, JUR 2007, 323467). No obstante, en casos de absoluta ruina, habitual en estas circunstancias, el valor final de realización de los bienes suele ser el que el tercero esté dispuesto a pagar, teniendo en cuenta la situación de los activos, su uso prolongado o falta del mismo, su obsolescencia y la falta de ofertas.

No parece que haya inconveniente en que el plan disponga la donación de determinados activos cuya enajenación resulte probadamente inviable o cuando hayan fracasado todos los sistemas previstos en el plan de liquidación para conseguir un comprador (AAP Madrid, Sección 28ª, de 16 de julio de 2010, AC 2010, 1383).

9. La prioridad por la venta de la unidad productiva y sus límites en la función solutoria del concurso

La enajenación global del conjunto de establecimientos del empresario concursado o de alguno de ellos es una forma de realización del activo del concurso que goza de prioridad en la Ley concursal siempre que sea factible (art. 148.1 LC). Si la empresa todavía está en funcionamiento, esta forma de realización del activo puede permitir su mantenimiento o conservación como fuente de riqueza y empleo y, al mismo tiempo, quizás conseguir un mayor valor en la venta y así favorecer también a los acreedores.

El legislador opta por un sistema de quiebra-organización, rechazando el de quiebra-liquidación, favoreciendo incluso en fase de liquidación el mantenimiento de la unidad productiva (Blasco, pp. 47-48).

Sin embargo, cuadrar el interés público en que los acreedores sean satisfechos con el interés público en la conservación de la empresa en crisis y otros derivados, como el de mantenimiento del empleo, puede ser una ecuación muy compleja, en cuanto hacer realidad cada interés puede llevar a soluciones contradictorias.

A tenor del artículo 148 LC, relativo al plan de liquidación, el legislador no establece ninguna obligación legal a cargo de la administración concursal y, en

última instancia, del juez del concurso, de valorar la continuidad de la empresa en crisis en el plan de liquidación. Sólo debe tener en cuenta si ello es o no factible técnicamente y si ofrece o no mejores condiciones económicas para los acreedores.

La doctrina mayoritaria considera que la maximización de los intereses de los acreedores del concursado es la responsabilidad legal de los órganos del concurso en la fase de liquidación, por lo que si la enajenación global no ofrece mejores condiciones económicas para los acreedores deberá optarse por la liquidación fragmentaria, aunque ponga fin a la actividad empresarial. La venta de la unidad productiva en bloque como sistema para asegurar la conservación de la empresa es una aspiración del legislador, siempre y cuando no contradiga la finalidad esencial del concurso, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (Exposición de motivo LC, apartado II). En cambio, otros autores consideran que el derecho concursal moderno trata de proteger no sólo los intereses de los acreedores, sino el mantenimiento de la empresa en crisis y una serie de derechos colectivos que comprenden, incluso de modo preferente, la salvaguarda de los puestos de trabajo.

En nuestra opinión, los trabajos preparatorios de la LC confirman que la voluntad del legislador en la redacción del artículo 148 LC no era cambiar la naturaleza jurídica del concurso como proceso de ejecución colectiva o universal de los bienes del deudor destinado a satisfacer en todo lo posible a los acreedores, sino sólo admitir, siempre que sea factible, que la empresa se pudiese vender total o parcialmente en fase de liquidación. La introducción de esta posibilidad ya constituía una novedad con respecto a las normas de liquidación del Código de Comercio de 1829 que, aunque en desuso, imponían la liquidación de los bienes del quebrado, de forma individual y en atención a su naturaleza. La LC derogó el artículo 1358 LEC 1881, que remitía al primer Código de Comercio.

La enajenación global puede realizarse mediante compraventa privada realizada por la administración concursal o por aplicación de los mecanismos de ejecución forzosa de los arts. 640 y ss. LEC 2000.

La enajenación o adjudicación judicial de la totalidad o parte de una empresa en liquidación concursal presenta unas características especiales relacionadas con la naturaleza jurídica de su objeto. El plan de liquidación debe aclarar qué bienes están incluidos en la oferta y, además, si algunos están gravados con un derecho real, qué sucede con los embargos sobre bienes del concursado o qué ocurre con los bienes de tercero aún en posesión del concursal. También debe conocer qué derechos de crédito comprende la oferta, como concesiones, patentes, marcas, licencias, créditos contra terceros, etc.

La liquidación persigue la realización de bienes y derechos que integran la "masa activa" del concurso (art. 148 LC). Por tanto, el adquirente de la unidad productiva percibe activos, no pasivos. Esto significa que, por ley (con la excepción que puede existir para las deudas laborales), el comprador no sucede universalmente al concursado en el pago de los créditos concursales. Tampoco se subroga en el pago de los créditos contra la masa, para cuya satisfacción la administración concursal ya hará las pertinentes deducciones de la masa activa (art. 154 LC).

En la situación de crisis económica actual, la venta en globo es ilusoria en muchas ocasiones. La liquidación fragmentaria, individualizada por lotes o por componentes aislados, aparece como la única solución factible para intentar obtener algún dinero en la liquidación y repartirlo entre los acreedores. El plan de liquidación no prevé la prioritaria enajenación de la empresa o de alguno de sus establecimientos sino la venta de los últimos bienes restantes. Muchos ya han sido enajenados durante el concurso en base al derogado artículo 43.2 LC, por ser innecesarios al no existir actividad de empresa y para evitar su costosa conservación o por correr riesgo de deterioro o depreciación.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Las Audiencias Provinciales interpretan también que el legislador favorece esta forma global de realización del activo por delante de la realización individual de los bienes y derechos del concursado (entre otras, véase *AAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007, JUR 2008, 127523, AAP Madrid, Sección 28ª, de 29 de junio de 2006, AC 2006, 1885, y de 16 de julio de 2010, AC 2010, 1383, SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 8 de enero de 2010, JUR 2010, 83332, AAP La Rioja, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2009, JUR 2009, 303474; AAP Cáceres, Sección 1ª, de 14 de marzo de 2007, JUR 2007, 264697*).

Varias Audiencias Provinciales han reconocido de forma expresa que la liquidación de la masa activa del concurso tiene como finalidad el reparto de lo obtenido entre los acreedores. Su realización debe hacerse en las mejores condiciones económicas posibles para ellos, sin sacrificar su interés preeminente en aras de un interés general o de carácter social (*SAPA Coruña, Sección 4ª, de 9 de abril de 2010, AC 2010, 1220; AAP Barcelona, Sección 15ª, de 18 de mayo de 2009, JUR 2009, 409714; AAP Barcelona, Sección 15ª, de 1 de junio de 2006, JUR 2009; SAP Lugo, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2009, JUR 2009, 468760; AAP Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007, AC 2009, 2148; AAP Baleares, Sección 5ª, de 5 de febrero de 2007, JUR 2007, 323467, entre otras*).

De interés especial el *AAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008\127523)*, que concilia los intereses de los acreedores con la continuidad de la empresa en crisis, ya que la conservación de los puestos de trabajo evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos laborales, al tiempo que genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado. Una opinión similar mantiene el *auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 14-10-2008 (EDJ 2008/301850)*, al señalar que la única oferta de compra recibida garantiza la continuidad de la actividad industrial, con el mantenimiento de setenta y cinco puestos de trabajo (lo que evitará las consiguientes indemnizaciones por despido).

Los Jueces de lo Mercantil de Catalunya, en seminario de 23 de marzo de 2011, hicieron públicos los criterios comunes sobre el plan y operaciones de liquidación.

"La regla general prevista en los arts. 148.1 y 149.1 LC es la venta conjunta de los bienes que integran las unidades productivas, sólo se deben vender los bienes aisladamente cuando esta opción sea más beneficiosa para los intereses del concurso porque se pueda obtener de esta forma un mejor resultado para pagar a los acreedores".

"Un conjunto de bienes formarán parte de una unidad productiva siempre que, pudiendo ser destinados a una actividad empresarial, su venta conjunta tenga mayor valor que su

venta individual, por lo que no es imprescindible para hacer esta valoración que continúe efectivamente la actividad productiva, bastará que sea posible reanudarla”.

“Para justificar el criterio de venta de la unidad productiva sería conveniente que la administración concursal en su plan de liquidación pudiera indicar no sólo las expectativas de precio a obtener, sino también el impacto o incidencia que pudieran tener en el concurso las ofertas que permitieran una minoración de los créditos contra la masa —si hay subrogación de contratos de trabajadores no habrá extinciones, también se podrá computar la parte del crédito laboral que asume el FOGASA—; también deberá exponerse con claridad si la venta de la unidad productiva incide en el crédito con privilegio especial por subrogación en los contratos pendientes o por los acuerdos particulares que el comprador pueda alcanzar con el acreedor de dicho privilegio. En definitiva, el valor de la venta de la unidad productiva se debe considerar en su aspecto positivo —mayor precio— y en su aspecto negativo —reducción del pasivo y, por lo tanto, mejora de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios—.”

“La administración concursal debe de justificar las gestiones realizadas para la venta de inmuebles (del concursado). Por ello, las gestiones para la venta directa de los inmuebles no debería prolongarse más de seis meses e iniciarse desde el mismo momento en que la administración concursal tome posesión de su cargo durante la fase común, con el fin de que el plan de liquidación pueda recoger ofertas o reducir a un mínimo el proceso de venta directa, por ejemplo, 15 días o un mes. En los casos en los que el concursado pide la liquidación con la solicitud de concurso o cuando carece de actividad productiva, la administración concursal sabe que deberá asumir el proceso de liquidación, por lo que al tiempo que prepara el informe debe preparar el plan de liquidación. Con este último fin debe de iniciar a la mayor brevedad posible las gestiones necesarias para la venta de bienes y en especial los inmuebles. Es indudable que puede realizar por sí mismo estas gestiones, pero también puede acudir a los profesionales que en el mercado se ocupan de la venta de este tipo de bienes, pactando una comisión justa. Lo que no tiene sentido es iniciar esas gestiones con la aprobación del plan de liquidación y retrasar de forma innecesaria la subasta de los inmuebles. El plan de liquidación debe de recoger las operaciones concretas de liquidación propuestas por la administración concursal después de haber efectuado un proceso público. Por ejemplo, si el administrador concursal ha encargado a un API la venta de inmuebles durante seis meses en la fase común y se han obtenido algunas ofertas, éstas se pueden realizar mediante la autorización individual de la operación o mediante su inclusión en el plan de liquidación. Pero si durante ese período no se ha obtenido ninguna oferta, no tiene sentido prever nuevamente en el plan de liquidación otro plazo para la venta directa, prolongando innecesariamente la liquidación. En este último caso, parece que lo más razonable sería acudir a la subasta o a la dación en pago de acuerdo con la entidad financiera”.

De especial interés es el caso de la sucesión de empresa a efectos laborales en caso de venta de la empresa o unidad productiva. En concreto, se plantea si el plan de liquidación del art. 148 LC puede disponer la venta global o parcial de la empresa del concursado sin sucesión de empresa a efectos laborales. Sobre esta cuestión, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 223110/2011), aborda el supuesto de hecho en que el ofertante de una unidad productiva se obligó a adquirir los bienes y los contratos de los trabajadores en vigor, pero a condición de que hubiese homologación judicial de la compraventa y que no hubiese sucesión de empresa. El juez del concurso acordó en auto que el adquirente no quedaba subrogado en las deudas de Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Tributaria, excluyendo, a esos efectos, la sucesión de empresa. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia recuerda que el juez del concurso “no aceptó la petición

evitar los efectos de la subrogación en el campo de los derechos laborales, porque entre otras cosas, este tipo de decisión no está amparada de forma expresa por la LC. En consecuencia, la adquirente no sólo debe respetar los derechos laborales de todos los trabajadores que estuvieren vinculados con la empresa adquirida, sino y además, debe responder con esta de forma conjunta y solidaria de todas obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieren sido satisfechas (artículo 44.3 TRET)”.

Artículo 149. Reglas legales supletoria.

1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2ª En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64.

3ª Los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155.

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

3. 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 o unidad 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 90.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 148, 155.4, disp. final 5ª

LEC 2000: arts. 4, 634 a 680

ET: arts. 33, 44

II. COMENTARIOS

1. Cambios introducidos en el art. 149 LC por la Ley 38/2011

El texto vigente del art. 149 LC mantiene su redactado original de la aprobación en 2003, con dos modificaciones introducidas por la Ley 38/2011.

La regla 2ª del art. 149.1 aclara su aplicación sólo cuando las operaciones de liquidación afecten a un colectivo de trabajadores.

El art. 149.3 LC ha sido introducido por la Ley 38/2011. Declara expresamente que la transmisión en bloque, por lotes o de forma aislada de los bienes de la masa activa se realizan libres de cargas, con la excepción de créditos concursales que gocen de privilegio especial conforme al art. 90 LC.

El legislador introduce así seguridad jurídica en un tema controvertido. La adquisición de bienes y derechos en liquidación concursal tiene lugar libre de cargas, ya que la traba (por ejemplo, sobre un inmueble a favor de un organismo público) no crea un derecho real ni un privilegio especial en el concurso (en este sentido, véase AAP Barcelona, de 15 de mayo de 2009, JUR 2009, 409768). La ubicación de este precepto en las reglas supletorias no impide, en nuestra opinión, su aplicación general también a aquellos casos en que se aprueba un plan de liquidación, al no ser posible crear más privilegios que los que reconoce la Ley concursal.

2. La liquidación conforme a las normas legales supletorias. Carácter vinculante si resultan aplicables

Las reglas de liquidación del activo del concursado previstas en el artículo 149 LC no son vinculantes para la administración concursal y, en última instancia, para el juez del concurso, al redactar y aprobar respectivamente el plan de liquidación. Tienen carácter dispositivo y ceden ante otras opciones de liquidación previstas en el plan, tal y como confirma el propio título del precepto («reglas supletorias»), el tenor del precepto («de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que

no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas») y la Exposición de motivos de la LC (apartado VII).

Las reglas supletorias del art. 149 LC se aplican en el supuesto poco habitual en que no se apruebe un plan de liquidación, cuando así lo disponga el juez del concurso en el plan aprobado o en lo que no hubiere previsto el plan aprobado (supuesto más frecuente o probable). En cualquier caso, si estas normas supletorias rigen la liquidación, son de cumplimiento obligatorio.

3. La función del juez del concurso en caso de liquidación conforme a las reglas supletorias

El art 149 LC atribuye al juez las decisiones esenciales sobre la disposición del patrimonio del concursado, en detrimento de la administración concursal: determinar si es más conveniente para los intereses del concurso la venta unitaria de la empresa o establecimientos del concursado o la liquidación aislada de sus componentes (la administración concursal sólo informa) (art. 149.1.1º LC); decidir en caso de enajenación de la empresa cuál de las ofertas presentadas cumple mejor los criterios legales de continuidad de la empresa, mantenimiento del empleo y satisfacción de los acreedores (art. 149.1.3º LC); y, en este supuesto, resolver si el adquirente se subroga o no en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por FOGASA (art. 149.2 LC).

En todo caso, las operaciones de liquidación conforme a las normas supletorias las deberá llevar a cabo la administración concursal como órgano liquidador, con la especialidad de que no se realizará conforme al plan de liquidación, sino conforme a las reglas supletorias y los términos que acuerde el juez del concurso.

4. Sistemas de realización de la masa activa conforme a las reglas supletorias

El método de realización de las unidades productivas es la pública subasta (art. 149.1.1ª LC). No obstante, no es una subasta en sentido estricto de adjudicación a la mejor postura, pues hay que tener en cuenta los criterios del art. 149.1.3ª LC (continuidad de la empresa, mantenimiento del empleo y satisfacción de los acreedores). La subasta del art. 149 LC es un tipo de concurso o subasta *sui generis*. Si la subasta queda desierta, el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa, lo que constituye una excepción al régimen de ejecución forzosa individual contemplado en la LEC 2000, que no admite la venta directa. El juez del concurso, si falla la subasta, también podría optar por otros sistemas, como la venta a través de persona especializada.

Agotadas las especialidades, la LC se remite a las disposiciones establecidas en la LEC 2000 para el procedimiento de apremio. Sus arts. 634 a 680 serán aplicables a la realización de los demás bienes y derechos del concursado. Asimismo, en lo no previsto en la LC, resulta aplicable supletoriamente lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4 LEC 2000 y disposición final 5ª LC). Sin embargo, la aplicación de modo automático de las normas de la LEC 2000 pueden generar problemas procesales e, incluso, ser contrarios a la finalidad y objetivo de la LC y quebrar el principio de *par conditio creditorum* (Fernández Seijo, p. 178).

Los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se realizan conforme a lo dispuesto en el art. 155.4 LC (art. 149.1.3ª LC). Como se analiza al tratar este art. 155 LC, es controvertido si es posible la enajenación de estos bienes o derechos en forma distinta si así se dispone en el plan de liquidación.

5. La prioridad por la venta de la unidad productiva en las reglas supletorias

Las reglas supletorias previstas en el artículo 149 LC priorizan, también con sujeción a la mejor satisfacción de los acreedores, la venta en bloque del activo del empresario en concurso frente a la liquidación fragmentaria.

La primera regla relacionada con la venta de la unidad productiva de la empresa del concursado está recogida en el artículo 149.1.1ª LC. El precepto prioriza la enajenación global o parcial de la empresa del concursado. Según el AAP Barcelona, Sección 15ª, de 16 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 180618), este precepto antepone claramente la venta de empresa o de unidades productivas a la enajenación aislada o en lotes de los elementos del activo. Sin embargo, el art. 149.1.1º LC impone al juez optar por la liquidación fragmentaria del activo del concurso si lo cree más conveniente para los "intereses del concurso". Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, hay varios intereses concurrentes en el concurso, pero el interés primordial y preeminente es el de los acreedores en que el concurso sea útil para cobrar lo impagado por el deudor.

La segunda regla supletoria la recoge el art. 149.1.3ª, ap. 2º LC. Una vez tomada la decisión judicial de que la enajenación global es más conveniente para los intereses preeminentes del concurso, el juez considerará con preferencia las ofertas que conjuguen la continuidad de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los acreedores. El Congreso de los Diputados no admitió que este precepto, extraído de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), fuese incluido en el artículo sobre el plan de liquidación. Su redacción plantea dudas sobre qué interés concurrente en el concurso es preeminente, al citar la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo antes que la satisfacción de los acreedores. En nuestra opinión, hay que entenderlo en su contexto como regla supletoria, esto es, como cláusula de cierre del sistema.

Sólo será aplicable en defecto de plan de liquidación y siempre y cuando el juez no haya estimado más conveniente para los acreedores la liquidación fragmentaria.

6. La sucesión de empresa a efectos laborales

La redacción del actual artículo 149.2 LC tiene su origen en la fase parlamentaria de tramitación del Proyecto de Ley concursal. El Grupo Canario propuso en su enmienda núm. 637 una modificación del artículo 148 del Proyecto sobre las reglas supletorias de liquidación (actual artículo 149 LC) para precisar que, en caso de enajenación global o parcial de la empresa del concursado, resultaba de aplicación el régimen de sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esto significa la sucesión en los contratos laborales y la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas laborales pendientes de pago. Sin embargo, la enmienda incluía también dos elementos para flexibilizar esta sucesión empresarial y asegurar que no entorpecería la viabilidad de la empresa y el mantenimiento del empleo. Primera, el juez tendría la posibilidad de acordar que el adquirente no se subrogase en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (por ejemplo, AJM Santander 14-10-2008 (EDJ 2008/301850)). Además, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrían suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo. El Informe sobre el proyecto de ley concursal de la ponencia compuesta por todos los grupos parlamentarios aceptó esta enmienda y así fue aprobado el vigente artículo 149 LC.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Tesorería General de la Seguridad Social ha planteado la reclamación para que el adquirente de empresa en liquidación concursal también se subrogue en las deudas del concursado con este organismo público. Le ha dado la razón el AJM de Santander 14 de octubre de 2008 (EDJ 2008/301850). Sin embargo, según opinión de algunas Audiencias Provinciales, la enajenación global o parcial de la empresa del concursado se considera una sucesión de empresa "a efectos laborales" y en los términos decididos por el legislador (art. 149.2 LC): no incluye las deudas de la Seguridad Social:

La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Autos de 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 127523), y de 16 de diciembre de 2009 (JUR 2010/18068) ha desestimado esta petición en base a los siguientes argumentos: a) el régimen general del TRLGSS queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma especial es la concursal, que ha sido expresamente promulgada bajo el principio de unidad legal para que sea esta Ley la única que regula el concurso de acreedores y sus efectos; b) si la enajenación de una empresa o unidad productiva se produce en fase de liquidación de

un concurso, es lógico que sea el Juez del concurso quien aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa; c) la venta de empresa o de una unidad productiva (incluida en un lote aparte) no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada de los distintos elementos de la masa activa; d) la ley concursal parte de la premisa de que la enajenación de empresa o unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es, el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva; e) la liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para, con lo obtenido, pagar a los acreedores, según las reglas de pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. Los acreedores no tienen derecho a cobrar de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, pues de otro modo se alteraría la *par condicio creditorum*; y, f) el artículo 149.2 LC regula la única excepción a este principio general de que la transmisión de empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. El AAP Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (JUR 2010, 328973), ha añadido en el mismo sentido que la citada regla supletoria del artículo 149.2 LC habla de sucesión de empresa a efectos laborales, no menciona a la Seguridad Social.

En espera de que se pronuncie el Tribunal Supremo sobre esta cuestión relativa específicamente a las deudas del concursado con la Seguridad Social, puede traerse a colación su sentencia de 30 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 360786) sobre la muy controvertida calificación de determinados créditos tributarios del artículo 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) y su coordinación con lo dispuesto en la LC. El Alto Tribunal considera preeminente la calificación de créditos de la LC porque “se promulgó con el fin de contener —como objetivamente contiene— una regulación exhaustiva del concurso, incluidas las excepciones al principio de igualdad de trato de los acreedores, mediante el reconocimiento a alguno de la facultad de cobrar con preferencia a los demás”.

Si el Tribunal Supremo mantiene este criterio si esta controversia llega a casación, creemos que tendrá que compartir la posición de las citadas Audiencias Provinciales de Barcelona y Pontevedra. Puede deducirse que el Alto Tribunal no aceptará que el adquirente se subroge en las deudas de Seguridad Social asumidas por el concursado al no estar ello previsto en la LC y no reconocer más privilegios a los acreedores ni excepciones al principio de igualdad de trato entre ellos que los exhaustivamente admitidos por la propia LC.

En relación a los créditos tributarios, la cuestión está resuelta por ley. El art. 42.1 LGT dispone expresamente que la subrogación en las deudas tributarias no procede frente a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.

La STSJ Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2012 (LA LEY 175335/2012), rechaza la competencia del Juzgado de lo Social para mandar la ejecución de una sentencia a favor de un trabajador de la empresa en concurso, despachándola con carácter solidario frente a la tercera empresa que adquirió una unidad productiva: “estando vivo el procedimiento concursal todo lo relativo a la ejecución del crédito que ostenta el ejecutante debe ser resuelto y decidido dentro del proceso concursal, por el Juez de lo Mercantil que es el que tiene la competencia, de conformidad con las previsiones del artículo 55.2 en relación con el artículo 8.3 de la Ley Concursal”.

Artículo 150. Bienes y derechos litigiosos.

Los bienes o derechos sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida cuestión litigiosa podrán enajenarse con tal carácter, quedando el adquirente a las resultas del litigio. La administración concursal comunicará la enajenación al juzgado o tribunal que esté conociendo del litigio. Esta comunicación producirá, de pleno derecho, la sucesión procesal, sin que pueda oponerse la contraparte y aunque el adquirente no se persone.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 36, 82.4, 149 y disp. final 3ª

CC: arts. 1291.4º, 1535

LEC 2000: art. 17

II. COMENTARIOS

1. Concepto de bienes y derechos litigiosos

El art. 150 LC, que no ha sufrido modificaciones desde la redacción original de la LC, se refiere tanto a bienes como a derechos integrados en la masa activa del concurso. Por ejemplo, puede consistir en un bien sobre el que se discute su propiedad. Sin embargo, el caso más habitual son los derechos de crédito que el concursado reclama judicialmente frente a terceros.

En la determinación de los bienes o derechos litigiosos de la masa activa del concurso, tiene un papel esencial el inventario de la masa activa que ha de elaborar la administración concursal. El inventario ha de incluir una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar al contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones, se informará sobre la viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales (art. 82.4 LC).

La naturaleza litigiosa de un bien o derecho deriva de la existencia de una reclamación judicial que lo tenga por objeto. El concepto de litigio debe entenderse de forma restrictiva, en el sentido de que debe tratarse de un bien o derecho sobre el cual hay entablada una acción judicial. La mera reclamación extrajudicial no convierte un bien o derecho en litigioso, pues no hay un “juzgado o tribunal que esté conociendo del litigio” (art. 150 LC). El Código Civil, en la misma línea, considera que un crédito es litigioso desde que se conteste una demanda relativa al mismo (art. 1535 CC).

El litigio sobre un bien o derecho de la masa activa del concurso puede haberse iniciado previamente a la declaración del concurso, o tratarse por ejemplo, de una acción de reintegración entablada por la administración concursal. Lo esencial es su

condición de objeto litigioso de un proceso judicial y su transmisión en el marco de la liquidación concursal.

2. La enajenación con el carácter de bien o derecho litigioso

El art. 150 LC dispone que los bienes o derechos litigiosos se enajenen “con tal carácter”.

Por seguridad jurídica de los adquirentes, por ejemplo, del derecho de crédito del concursado, estos deben conocer de la situación judicial en que se encuentran. No en vano, se producirá la sucesión procesal del concursado a favor del adquirente. De modo que es preceptivo que el plan de liquidación que elabore la administración concursal y también, en su caso, cuando se emplee alguno de los medios supletorios de liquidación del art. 149 LC; dejen claro la condición de litigioso.

Es habitual, de hecho, que la administración concursal indique en el plan de liquidación las gestiones que ha realizado y realizará, incluidas las acciones judiciales, para el cobro de impagados. Si sobre algún derecho de crédito se ha promovido ya una demanda judicial, podrá enajenarse con el carácter de litigioso, quedando el adquirente a resultas de tal litigio (art. 150 LC).

3. Consecuencias de la enajenación de un bien o derecho de la masa activa sin el carácter de litigioso

La LC no prevé las consecuencias del incumplimiento de la obligación de la administración concursal de advertir el carácter litigioso de un bien o derecho de la masa activa.

En aplicación de las reglas generales del Código Civil, el contrato será rescindible cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente (art. 1291.4º CC).

La enajenación de un bien o derecho de la masa activa sin advertir tal carácter de litigioso, naturalmente, constituye un incumplimiento de las obligaciones legales de la administración concursal, que responderá frente al deudor y los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por omisión de las obligaciones legales (art. 36 LC).

Tal enajenación es rescindible de conformidad con la regla general (art. 1291.4º CC), a menos que se considere autorizada por el juez del concurso al aplicar el plan de liquidación o la liquidación conforme a las reglas supletorias.

4. Efectos de la enajenación de un bien o derecho litigioso

La regulación de la transmisión de bienes o derechos litigiosos por parte del art. 150 LC presenta especialidades con respecto al régimen general de sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso del art. 17 LEC 2000. El art. 150 LC excluye expresamente que la contraparte pueda oponerse a esta sucesión procesal. De hecho, la disp. final 3ª LC dispuso la introducción del núm. 3 del art. 17 LEC, según el cual, la sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado.

Finalmente, vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho (art. 1535 CC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El *AAP Girona, Sección 1ª, de 2 de noviembre de 2009 (LA LEY 271705/2009)* trata sobre la cesión de un crédito realizado con anterioridad a la declaración de concurso. La AP señala que no es de aplicación el art. 150 LC y sí la regla general del art. 17 LEC que le permite negar la sucesión procesal por insolvencia del cesionario.

Artículo 151. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa.

1. Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso.
2. Los que infringieren la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, reintegrarán a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieren adquirido y el acreedor administrador concursal perderá el crédito de que fuera titular.
3. Del contenido del auto por el que se acuerde la inhabilitación a que se refiere el apartado anterior se dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198.

I. CONCORDANCIAS

LEC 1881: art. 1359 (derogado)
 CCom 1829: art. 1089 (derogado)
 CCom 1885: art. 267
 CC: arts. 6.3, 1459.2

II. COMENTARIOS

1. El comprador o adjudicatario de bienes o derechos en liquidación concursal.

La adquisición de una empresa, establecimiento o unidad productiva del concursado en fase de liquidación concursal está abierta a cualquier persona con capacidad y que no incurra en prohibición legal. La LC no contiene ninguna exclusión respecto de las personas que pueden presentar ofertas y adquirir activos del concursado, en compraventa privada o mediante procedimiento judicial. La única excepción son los propios administradores concursales (art. 151 LC, que no ha sufrido cambios desde su aprobación en 2003), prohibición comentada en el siguiente apartado.

No parece haber ningún problema legal en que la propuesta del plan de liquidación que somete la administración concursal al juez consista en la compraventa de todo o parte del activo a algún ofertante determinado. Si hay varios dispuestos a la adquisición, la administración concursal debe, en el marco de sus obligaciones legales, proponer la oferta que mejores condiciones económicas ofrezca a los acreedores. La decisión final sobre la oferta elegida corresponde al juez cuando hay alegaciones del concursado, de los acreedores o de los representantes de los trabajadores. Como regla general, será el mejor postor o el que en atención a la oferta realizada resulta de mejor satisfacción de los acreedores, por ejemplo, porque evita mayores gastos para la masa al no despedir trabajadores.

Los compradores pueden ser personas vinculadas a la propia empresa concursada. Como aquellos trabajadores o ex trabajadores que crean que hay posibilidad de reactivación o continuidad de la empresa. Interesados en aprovechar sus conocimientos en una actividad que conocen bien, pueden constituir una sociedad, como una laboral o una cooperativa, que adquiera los activos y derechos de la concursada, y gestionar directamente la empresa.

Si la sociedad concursada se integra en un grupo de sociedades, la sociedad dominante o una filial del grupo pueden valorar la adquisición de sus activos, pues la LC no prohíbe esta operación, ni exige el consentimiento de los acreedores. Esta compra puede ser muy rentable para el grupo de sociedades. Por un lado, una sociedad del grupo puede adquirir en propiedad los activos normalmente a un precio más reducido debido a la depreciación atribuible a la propia situación de concurso. Por otro lado, no adquiere los pasivos de la sociedad concursada, que son precisamente los causantes de su ruina (véanse AAP Barcelona, Sección 15^a, de 29 de noviembre de 2007, *JUR* 2008, 127523, y AJM Bilbao, núm. 1, de 30 de marzo de 2007, *AC* 2007, 729). Naturalmente, con estas condiciones legales, la fusión por absorción de la sociedad concursada no resulta del menor interés para el grupo de sociedades. La absorción, si es viable, es más arriesgada porque supone no sólo la transmisión del activo, sino también del pasivo de la concursada a la sociedad absorbente.

Por la especialización de la actividad mercantil de la concursada, lo habitual es que la adquisición global o fragmentaria de los activos corresponda a un empresario del mismo sector. Por su experiencia en el ramo quizá sea capaz de gestionar mejor el negocio que el concursado y extraer el mayor rendimiento a la empresa o unidad productiva (véase, por ejemplo SAP Lugo, de 13 de octubre de 2009, *JUR* 2009/468760). Si adquiere activos aislados, puede aprovecharlos de una forma más eficaz que otra persona ajena a ese sector económico sería capaz de hacer (por ejemplo, una maquinaria muy especializada). Cuando el concurso sea debido a una crisis generalizada en un sector del tráfico, el problema reside en que los competidores tampoco suelen estar en el mejor momento para ampliar su cartera de activos con los de la concursada y menos pagar por ellos un precio razonable que satisfaga a los acreedores.

2. Prohibición de adquirir bienes o derechos de la masa activa a la administración concursal

La prohibición de adquirir los bienes del quebrado ya pesaba sobre los síndicos en el anterior derecho concursal (arts. 1359 LEC 1881 y 1089 CCom. 1829). La finalidad es evitar que puedan adquirir los bienes y derechos del concursado en mejores condiciones que las del mercado (Beltrán, p. 1088).

La prohibición es la manifestación especial en sede concursal de la regla general dispuesta en el Código Civil según la cual los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados, no pueden adquirir los mismos, aunque sea por subasta pública o judicial, por sí ni por persona interpuesta (art. 1459.2 CC). En caso de incumplimiento, la enajenación es nula de pleno derecho (art. 6.3 CC). En el ámbito mercantil, el contrato de comisión también prohíbe la denominada "autoentrada" del comisionista (art. 267 CCom).

A ello se debe añadir la sanción de la inhabilitación para el ejercicio del cargo de administrador concursal y la reintegración a la masa, sin contraprestación alguna, perdiendo el crédito del que fuera titular (art. 151.2 LC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La *SAP Sevilla, Sección 5ª, de 9 de septiembre de 2010 (LA LEY 278098/2010)*, trata de un asunto en que una Caja de Ahorros no tuvo inconveniente en reconocer que, pese a su condición de síndico de la quiebra y a través de una sociedad participada por ella y creada al efecto, adquirió la totalidad de los activos de la quiebra. El Juzgado consideró que la prohibición impuesta a los síndicos de adquirir bienes de la quiebra no es absoluta e incondicionada, sino que hay que estar al caso concreto. En cambio, la Audiencia Provincial estima el recurso promovido por uno de los acreedores de la quebrada. Considera que "atendiendo también al espíritu y finalidad de la norma, que no solo se propone preservar el interés privado de los acreedores, para lo que bastaría, simplemente, con el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, sino también, y muy especialmente, se propone preservar el

interés público de la independencia y rectitud de los síndicos y disipar las dudas acerca de su honorabilidad, tratándose como se trata de un órgano fundamental de la quiebra, y de ahí que el artículo 151 de la Ley Concursal, que viene a reforzar la penalidad del artículo 1.089 del Código de Comercio de 1.829, determine la inhabilitación de los administradores concursales que adquieran bienes de la quiebra”.

La AP Sevilla arriba citada también se pronuncia en cuanto a la nulidad del contrato de compraventa sobre los bienes del quebrado a favor del síndico: “Y, por las mismas razones, determina la nulidad absoluta o radical de la venta efectuada, sin posibilidad de convalidación alguna, como así lo viene entendiendo la doctrina y la jurisprudencia respecto de una prohibición muy similar, como es la del apartado 5º del art. 1459 CC, que impide a los jueces, fiscales y secretarios y oficiales de juzgados y tribunales adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el tribunal en el que ejercieran sus respectivas funciones (SSTS de 11 de junio de 1966 y 7 de octubre de 1987). Y es, que no puede asimilarse la prohibición de que se trata a las de los apartados 2º y 3º del mismo artículo, relativas a los mandatarios y albaceas, respectivamente, en los que no existe el interés público apreciable en los síndicos, respecto de las que la doctrina y la jurisprudencia considera que darían lugar a la simple anulabilidad de la venta, con posibilidad de subsanación o confirmación”.

Artículo 152. Informes sobre la liquidación.

1. Cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, que detallará y cuantificará los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos. Este informe quedará de manifiesto en la oficina judicial.

El incumplimiento de esta obligación podrá determinar la responsabilidad prevista en los artículos 36 y 37.

2. Concluida la liquidación de los 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 ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

También incluirá una completa rendición de cuentas, conforme a lo dispuesto en esta ley.

3. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, 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.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 35.4, 36, 37 y 181

II. COMENTARIOS

1. Cambios introducidos en el art. 152 LC por la Ley 13/2009 y la Ley 38/2011

El art. 35.4 LC atribuye al juez del concurso la facultad de exigir en cualquier momento a la administración concursal una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso. El art. 152 LC concreta por ley los términos del control y transparencia de la administración concursal en fase de liquidación.

El art. 152 LC ha sido parcialmente modificado por la Ley 13/2009, con la única finalidad de sustituir la referencia del texto original a la “secretaría del juzgado” por el concepto vigente de “oficina judicial”.

La Ley 38/2011 mantiene la exigencia de presentación del informe y la referencia a la responsabilidad en caso de incumplimiento de los arts. 36 y 37 LC. No obstante, ha introducido cambios de gran importancia con respecto al texto original de la LC, como es la referencia a los créditos contra la masa en el informe trimestral (art. 152.1 LC), el informe final y la rendición de cuentas (art. 152.2 LC).

El art. 152 LC, tal y como ha sido modificado por la Ley 38/2011, se aplica a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor, en los que no se hubiera iniciado la liquidación ordinaria o anticipada (disp. trans. 6ª Ley 38/2011).

2. Los créditos contra la masa devengados y pendientes en el informe trimestral

Tras la reforma de la Ley 38/2011, la LC fija ahora el contenido que ha de tener el informe trimestral sobre el estado de las operaciones que ha de presentar la administración concursal. Este informe detallará y cuantificará los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos (art. 152.1 LC).

La explícita referencia legal a los créditos contra la masa ofrece seguridad jurídica a los acreedores concursales que carecen de privilegio respecto a las perspectivas de cobro. Este informe quedará de manifiesto en la Oficina Judicial para el conocimiento de los interesados.

Los informes trimestrales pueden servir de base para el establecimiento de responsabilidad de los administradores concursales (art. 36 LC). Sin embargo, la LC no prevé expresamente la posibilidad del concursado o los acreedores de impugnar o realizar observaciones a los informes trimestrales, sino sólo a la rendición final de cuentas (art. 181 LC).

3. El informe final justificativo y la rendición de cuentas

El nuevo art. 152.2 LC exige la presentación por parte de la administración concursal de un informe final justificativo de las operaciones realizadas, razonando inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. También incluirá una completa rendición de cuentas (arts. 152.2 y 181 LC).

En relación a las enajenaciones, el informe trimestral habría de incluir los detalles esenciales de cada venta (bien o derecho, adquirente, procedimiento de venta, fecha de operación, etc.). La transparencia en la gestión es síntoma de que no hay nada que ocultar (Hualde, p. 483).

La LC prevé expresamente la posibilidad de oposición de las partes personadas a la conclusión del concurso, tramitándose por vía de incidente concursal (art. 152.3).

En la práctica judicial, se ha planteado si la aceptación de la oposición al informe final de cuentas puede suponer, aparte de la responsabilidad de la administración concursal, una “reordenación” de la liquidación realizada. La posición de las Audiencias Provinciales es favorable a la reordenación de la liquidación (véase “doctrina jurisprudencial”).

4. Auto de resolución del concurso por fin de la fase de liquidación y efectos

La finalización de las operaciones de liquidación no supone la terminación del concurso (Fernández Seijo, p. 211). Es preceptiva una resolución judicial al respecto (art. 152.3 LC).

Procede la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones una vez firme el auto que declare finalizada la fase de liquidación (art. 176.1.2º LC). La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá su cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda (art. 178.3 LC).

En la hipótesis de que tras el pago de la totalidad de los créditos concursales quede remanente, se satisfarán los intereses legales o convencionales de los créditos devengados durante la tramitación del concurso y que quedaron suspendidos desde la declaración de concurso (art. 59.2 LC).

Tras el pago de la totalidad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales, incluidos los subordinados, si existiese remanente, la administración concursal lo entregará al concursado, que ha mantenido siempre la propiedad sobre la masa activa (art. 76 LC). Si el concursado es una sociedad de capital, la liquidación concluye con su extinción, por lo que la división del patrimonio social se realizará

a favor de los socios en la forma prevista en los estatutos o, en su defecto, según decida la junta general (art. 391 LSC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Sobre la reordenación de la liquidación de prosperar la acción de oposición a la rendición final de cuentas presentada por la administración concursal, la *SAP Valencia, Sección 9ª, 21 de enero de 2009 (LA LEY 34079/2009)*, dice “El artículo 181 LC... permite, en su apartado segundo, la oposición razonada a la aprobación de las cuentas; ello implica, en pura lógica, que, de prosperar, haya de determinarse una modificación de aquellas, porque, en otro caso, bastaba al legislador remitir a la acción de responsabilidad contra los administradores concursales a que se refiere en el apartado cuarto del precepto en cuestión, posibilidad que, desde luego, subsiste, pero no porque lo diga esta Sala o el Juzgado, sino porque lo dice la Ley Concursal”. La *SAP Valencia, Sección 9ª, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 54152/2012)* recoge esta misma doctrina. La *SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2012 (LA LEY 15310/2012)*, prevé también una aplicación concreta de la reordenación: “ha de estimarse que ante el reconocimiento de la existencia del arrendamiento y el impago de las rentas posteriores a la declaración del concurso, la demandada debe reordenar sus cuentas e incluir en las mismas los importes de las rentas debidas y en la cuantía reclamada”. Por su parte, la *SAP Barcelona, Sección 15ª, de 8 de julio de 2009 (LA LEY 208466/2009)* declara que “nada impide que la oposición a la rendición de cuentas pueda basarse en la omisión del reconocimiento y pago de un crédito contra la masa y resuelve en el trámite del incidente oposición a la aprobación de cuentas la cuestión referente al reconocimiento de un crédito, crédito a favor de la TGSS por intereses, que considera crédito contra la masa, calificación que merece a criterio de la sentencia todos los créditos por intereses devengados por créditos contra la masa”. La *SAP Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de julio de 2010 (LA LEY 207320/2010)* también indica que “procede la reordenación de las cuentas en el aspecto que es objeto de impugnación por parte de la Tesorería, y que se ejerciten las acciones necesarias para reintegrar a la masa los créditos abonados indebidamente al objeto de satisfacer el crédito de vencimiento anterior de la Tesorería de la Seguridad Social”.

La *SJM núm. 1, de San Sebastián, de 9 de noviembre de 2010* (en Baró, *Jurisprudencia concursal*), detalla con claridad cuál debe ser el contenido del informe sobre la liquidación de la administración concursal según el criterio del juez del concurso: “debe de tener, entre otros contenidos, puntual información sobre el pago de los créditos, ya sean concursales o contra la masa, habida cuenta que la liquidación concursal no sólo consiste en la realización de los activos de la concursada, sino también en el pago de los acreedores, empezando por los créditos contra la masa; del mismo modo, cuando se pagan créditos contra la masa, lo correcto es especificar cuáles son, su importe y su vencimiento, único modo en que los acreedores que se consideren perjudicados puedan ejercitar las acciones a que se refiere el art. 154 LC relativas a la calificación y pago de tales créditos, dentro de las que hay que incluir la preferencia relativa a la preferencia respecto de otro acreedor ya satisfecho, como es el caso”.

La *SAP Murcia, Sección 4ª, de 5 de enero de 2012 (AC 2012/86)*, aborda el tema de la comunicación extemporánea de créditos concursales por parte de la Agencia Tributaria, y más específicamente cuando esa comunicación se ha realizado en el marco de la fase de liquidación y además en un estado avanzado de la misma. Cita la jurisprudencia del Tribunal

Supremo y en concreto la *Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3859)*, para considerar extemporánea la modificación de la lista de acreedores.

Artículo 153. Separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación.

1. Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos.

2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos.

3. Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación.

4. Del contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 27, 36, 37

II. COMENTARIOS

1. Duración prevista de la fase de liquidación

La Exposición de motivos de la LC indica que “la ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución” (ap.VII). El año comienza a contar desde el auto de apertura de la fase de liquidación (art. 153 LC).

2. Separación de los administradores concursales por dilación indebida

El supuesto de separación de los administradores concursales previsto en el art. 153 LC constituye una manifestación especial del régimen general de separación de los administradores concursales previsto en el art. 37 LC.

La especificidad del supuesto radica también en que afecta al conjunto de la administración concursal en cuanto órgano. Si el órgano está integrado por más de una persona (art. 27 LC), la separación por prolongación indebida recae sobre la administración concursal (art. 153 LC). Sin embargo, nos parece que una interpretación justa del precepto permite centrar el cese en el administrador concursal culpable del retraso, si existe, con posibilidad de mantener a los otros administradores concursales.

En todo caso, el retraso en la liquidación más allá del año previsto no comporta necesariamente la separación de los administradores. La sanción no opera automáticamente al alcanzarse el plazo. El juez del concurso ponderará las razones del retraso y las circunstancias del mismo y podrá mantener a la administración concursal. La LC sanciona sólo la prolongación “indebida” (título del art. 153 LC), “si no existiere causa que justifique la dilación” (art. 153.2 LC).

En caso de que algún interesado pretenda la separación de la administración concursal por prolongación indebida de la liquidación, ha de seguir el procedimiento especial que fija el art. 153 LC. El cese de los administradores concursales, con pérdida de la retribución, no precluye tampoco la acción de responsabilidad si han causado daños y perjuicios al interés de la masa (art. 36 LC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En el II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, el 1 y 2 de diciembre de 2005 –segunda mesa redonda– algunas cuestiones relativas al convenio y a la liquidación (en Baró, *Jurisprudencia concursal*) se realizó una interpretación del art. 153 LC favorable a evitar cualquier automatismo en la sanción y a la ponderación de las circunstancias de cada caso concreto: “Conforme a la ley concursal parece que la fase de liquidación no puede durar más allá de un año en el procedimiento ordinario –6 meses en el procedimiento abreviado–, (pero) esta previsión de duración no será siempre posible respetarla ya que puede haber créditos contingentes que no sea posible realizar en los términos previstos en el art. 150 LC, o puedan incorporarse a la masa activa bienes o derechos como consecuencia de la firmeza o ejecución de resoluciones judiciales –acciones rescisorias o de otro tipo– producida como posterioridad como consecuencia de las dilaciones ordinarias de los procedimientos judiciales, sobre todo que queden pendientes de recurso de casación. Atendiendo a la naturaleza y circunstancias de los bienes y derechos que hayan de ser liquidados tanto el plan de liquidación como las observaciones que puedan hacer los acreedores permiten fijar plazos de duración inferiores de la fase de liquidación. El art. 153 LC establece un término de duración cuyo único efecto es que a partir del transcurso de un año puede haber responsabilidad del administrador concursal por la dilación, –responsabilidad que no es automática– habrá que ponderar los factores que pueden haber incidido en la dilación”.

El *AAP Madrid, Sección 28, de 20 abril de 2012 (JUR 2012\177237)*, conoce de un caso concreto de supuesta prolongación indebida de la liquidación y relativiza también la aplicación automática de la sanción en caso de retraso del año legal para la conclusión de la liquidación: “ha de señalarse que en lo tocante a esta materia el plan de liquidación presentado por el administrador concursal se limita a reflejar de forma genérica la obligación

de no prolongar la fase de liquidación más allá de un año, con arreglo a las previsiones del art. 153 LC. Debemos recordar que el lapso establecido en dicho artículo no opera como límite temporal fatal de las operaciones liquidatorias, sino, simplemente, como causa habilitadora para pedir la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos siempre que no existiese causa que justificase la dilación más allá de ese plazo. Nada impediría, pues, la prolongación de la liquidación, en sintonía con lo solicitado por el apelante, sin necesidad para ello de modificar el plan presentado por el administrador concursal". En la misma línea, la *SJM núm. 3 de Barcelona, de 23 de mayo de 2007* (en Baró, *Jurisprudencia Concursal*), indica también que "cierto es que la Ley concursal establece un plazo de duración de la liquidación que no ha de superar los 12 meses, pero también lo es que esa duración debe compaginarse y armonizarse con las circunstancias de cada caso y, en concreto, sobre las situaciones de contingencia hasta que esa contingencia desaparece. Desde esta perspectiva resulta razonable prorrogar las operaciones de liquidación por causas justificadas y, entre ellas, la planteada en dichos autos".

SECCIÓN IV Del pago a los acreedores

Artículo 154. Pago de créditos contra la masa.

Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal decidirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 84, 84.2, 84.3, 84.4, 90, 94.4, 100.5, 152.2, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 176, 176 bis, 176 bis 2, 178 y 181.3

CC: arts. 1156, 1157, 1922

II. COMENTARIOS

1. El pago a los acreedores concursales

La LC no contiene normas especiales relativas a la forma de pago de los acreedores concursales. Podrán utilizarse los medios habituales, como cheques, transferencias, se podrá exigir recibo y el pago extinguirá total o parcialmente el crédito (arts. 1156 y 1157 CC) (Beltrán, p. 1093).

Además de la prelación en el pago de los acreedores concursales (arts. 155 a 158 LC), la LC ofrece normas específicas para el pago de créditos contra la masa (art. 154 LC); para el pago de los créditos que han vencido anticipadamente por

efecto de la apertura de la liquidación (art. 159 LC); para el pago al acreedor que ha cobrado parcialmente del fiador, avalista o deudor solidario del concursado (art. 160 LC); para el pago de créditos reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios (art. 161 LC), y; para la coordinación de los pagos en fase de liquidación percibidos como resultado de un anterior convenio (art. 162 LC).

2. Posibilidad de hacer pagos a acreedores sin necesidad de que toda la masa activa esté liquidada

La LC no exige que el pago a los acreedores concursales tenga lugar hasta que el total de la masa activa esté liquidado. Se podrán hacer pagos a medida que la administración concursal vaya liquidando los bienes y derechos del concursado (Beltrán, "La liquidación", p. 1100). En este sentido, el art. 157.3 LC señala que la administración concursal atenderá el pago de los créditos ordinarios se realizará en función de la liquidez y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no será inferior al 5% del nominal de cada crédito.

3. Cambios introducidos en el art. 154 LC por la Ley 38/2011

El art. 154 LC ha sido vaciado de su contenido más polémico en virtud de la Ley 38/2011, que ha sido trasladado o ampliado en otros preceptos (arts. 84 y 176 bis LC). En concreto, la atenuación del criterio del vencimiento para el pago de los créditos contra la masa, la impugnación de la calificación y pago de los créditos contra la masa y la hipótesis de insuficiencia de la masa activa para hacer frente al pago de los créditos contra la masa.

4. El carácter prededucible de los créditos contra la masa

Los créditos contra la masa están esencialmente vinculados al coste del procedimiento concursal y al mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor concursado y a la conservación de sus bienes y derechos. No se integran en la masa pasiva conforme al art. 49 LC. A diferencia de los créditos concursales, como regla general los créditos contra la masa son posteriores a la declaración de concurso (Rodríguez Vega, p. 46).

El art. 84.2 LC enumera los créditos que tienen la consideración de créditos contra la masa, sin una aparente jerarquía. Sólo el art. 176 bis 2 LC los jerarquiza en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa.

La Exposición de motivos de la LC señala que los créditos contra la masa operan con el carácter de prededucibles, en el sentido de que, antes de proceder al pago de los concursales, han de deducirse de la masa activa los bienes y derechos,

no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para satisfacer aquéllos a sus respectivos vencimientos. Obsérvese que la garantía de los acreedores contra la masa son sólo los bienes y derechos de la masa activa, que estén libres de un privilegio especial.

5. El criterio del vencimiento de los créditos contra la masa y su flexibilización en interés del concurso

El art. 154 LC sitúa el pago de los créditos contra la masa en la fase de liquidación. Sin embargo, la administración concursal realizará de forma ordinaria el pago de los créditos contra la masa, lo que puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de la apertura de la liquidación. La razón es que se trata de créditos extraconcursales que deben satisfacerse en la misma manera en que se haría si no existiese concurso (Alonso Ledesma), con la salvedad indicada a continuación introducida tras la Ley 38/2011.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, sigue vigente la referencia del derogado art. 154.2 LC (ahora en el art. 84.3 LC), según la cual los créditos por salarios de los últimos 30 días se pagan de forma inmediata y que los otros créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, han de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso.

Esta severa regla del pago por vencimientos se ha visto atemperada también por la Ley 38/2011 con la facultad legal reconocida a la administración concursal de alterarla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa (art. 84.3 *in fine* LC).

Antes de la reforma de la Ley 38/2011 subsistían dudas sobre si la administración concursal podía o no establecer alguna prelación entre acreedores contra la masa en caso de insuficiencia de bienes. Una opción era aplicar los criterios de prelación previstos en el art. 1922 CC. Otra posición, mantenida por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, en 2011, es que el criterio del vencimiento debe atemperarse con otros criterios de racionalidad jurídica y lógica empresarial que se deducen, inequívocamente, de otros muchos artículos de la Ley Concursal.

6. Impugnación de la calificación y pago de los créditos contra la masa

Los acreedores que no compartan la calificación o el pago de los créditos contra la masa siguen disponiendo del incidente concursal (antes recogido en el derogado art. 154.2 LC y ahora en el nuevo art. 84.4 LC): las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos

hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

Tanto el deudor como los acreedores perjudicados podrán impugnar la rendición de cuentas presentada por la administración concursal (arts. 152.2 y 181.3 LC).

7. Posibilidad de ejecución de bienes y derechos de la masa activa para pago de créditos contra la masa tras la apertura de la liquidación

Con la apertura de la liquidación, los titulares de créditos contra la masa podrán iniciar ejecuciones para su satisfacción (art. 84.4 LC, recogido antes de la Ley 38/2011 en el art. 154.2 LC).

En relación a las cuotas impagadas de la Seguridad Social devengadas tras la declaración del concurso, el Tribunal Supremo (STCJ, de 4 de julio de 2008, LA LEY 116129/2008) reconoció que eran créditos contra la masa. No obstante, impuso a la Tesorería General de la Seguridad Social la paralización de las providencias de apremio contra bienes del concursado. Indicó que la naturaleza extraprocesal no afecta a la competencia exclusiva y excluyente sobre la ejecución del Juzgado de lo Mercantil.

8. La insuficiencia de la masa activa para hacer frente al pago de los créditos contra la masa

La alusión del derogado art. 154.3 LC a que en caso de insuficiencia de la masa lo obtenido se distribuía entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos, ha sufrido una importante modificación, pero en otros preceptos. Ha sido sustituida por una regulación más amplia de la hipótesis de insuficiencia de la masa. La Exposición de motivos explica la novedad de la fijación de un orden de pago de los créditos contra la masa en caso de que resulte insuficiente la masa, lo que conecta directamente con una regulación más detallada de la insuficiencia de la masa (concursos sin masa), que la experiencia ha demostrado que constituye una forma extendida de conclusión del concurso (ap.VIII de la Exposición de motivos de la Ley 38/2011 y arts. 176, 176 bis y 178 LC). Si es clara la insuficiencia de la masa activa para hacer frente al pago de los créditos contra la masa, deberá concluirse anticipadamente el concurso (art. 176 bis LC).

9. La referencia a los créditos contra la masa en la lista de acreedores y en los informes trimestrales

La lista de acreedores que ha de presentar la administración concursal ha de detallar y cuantificar los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago,

con indicación de vencimientos (art. 94.4 LC). Podrá ser objeto de impugnación por vía de incidente concursal (art. 90 LC).

El art. 154 LC debe completarse con la reforma operada en el art. 152 LC por la Ley 38/2011: la administración concursal está obligada a detallar y cuantificar los créditos contra la masa y los devengados en los informes trimestrales que ha de presentar al juez del concurso.

10. Naturaleza jurídica de los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio

La Ley 38/2011 considera expresamente que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa (art. 100.5 LC). Su Exposición de motivos señala que se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese “dinero nuevo” que contribuye a la continuidad de la actividad (ap.V).

11. Posible antelación de pagos de créditos con privilegio general y ordinarios si hay garantía para los acreedores contra la masa

El juez del concurso puede realizar el pago de los créditos con privilegio general y los créditos ordinarios, pero debe adoptar las medidas cautelares que estime oportunas (por ejemplo, depósito de fianza) para que si fuese necesario para pagar créditos contra la masa de previsible generación, proceda la restitución total o parcial (arts. 156.2 y 157.1 LC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En relación al criterio del vencimiento como sistema de pago de los créditos contra la masa, resulta del mayor interés la posición de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, en 2011, que señalan que el criterio del vencimiento no debe ser absoluto, sino que debe atemperarse con otros criterios de racionalidad jurídica y lógica empresarial que se deducen, inequívocamente, de otros muchos artículos de la Ley Concursal. De este modo, como circunstancias a considerar para determinar preferencias entre créditos contra la masa, deben tenerse en cuenta las siguientes: 1º Créditos y gastos vinculados a la continuidad del negocio del concursado, pues la declaración de concurso por sí sola no la interrumpe (art. 44 LC), por ejemplo, salarios de trabajadores, suministros esenciales, arrendamientos, etc.; 2º Créditos y gastos relacionados con la conservación de la masa activa (art. 42 LC), por ejemplo, gastos de depósito, pero también gastos judiciales para reintegrar a la masa activa bienes o derechos en posesión de terceros; y 3º Créditos vinculados al coste del concurso, como las costas y gastos judiciales, incluidos los honorarios de la administración concursal (art. 34.1 LC). En

esta última categoría, añaden que “también debe otorgarse preferencia, siquiera parcialmente, a los honorarios de la administración concursal. La intervención de la administración concursal contribuye a la conservación de la masa activa y posibilita en último término la satisfacción de todos los créditos concursales y contra la masa. Al margen del derecho a una retribución efectiva, que debe reconocerse, los honorarios resarcan a la administración concursal de los gastos inherentes a su actuación en el concurso desplazamientos, dietas, comunicaciones... Si no se atribuyera preferencia a dichos gastos, frente a créditos de vencimiento anterior, la Ley Concursal, en caso de insuficiencia de la masa activa, tendría, de alguna manera, naturaleza confiscatoria, haciendo recaer en profesionales, que vienen obligados a aceptar el cargo (artículo 29), los gastos del concurso. En este contexto no pueden equipararse, a los efectos de determinar preferencias entre créditos contra la masa, los gastos y honorarios de la administración concursal con los honorarios de otros profesionales, como abogados y procuradores, que no están obligados a defender y representar a los concursados y que, en cualquier caso, disponen del mecanismo de la habilitación de fondos. En definitiva, se trata de flexibilizar el rigor con el que aparentemente se pronuncia el artículo 154 de la Ley Concursal. Los criterios expuestos para determinar preferencias entre créditos contra la masa –el criterio del vencimiento matizado por otros de racionalidad jurídica y lógica empresarial– se habrán de utilizar tanto durante la fase común como en la de convenio o liquidación, y tanto se trate del concurso de una empresa con continuidad como de una empresa inactiva. Esto es, las circunstancias concurrentes en el momento en el que se autoriza el crédito serán las que habrán de considerarse, también en liquidación, para determinar preferencias y repartir lo obtenido si el patrimonio de la concursada resultare insuficiente”.

Las sentencias y autos judiciales que se han pronunciado sobre el art. 154 LC son muchas y tratan sobre diversas cuestiones de gran interés. Podemos destacar las siguientes, tal y como sintetiza y reproduce COBO PLANA, en *Diario Concursal Premium*:

a) Los créditos contra la masa no se integran en la masa pasiva del concurso ni deben incluirse en el listado de acreedores que conforman el informe de la administración concursal, sino únicamente en la relación separada a que se refiere el art. 94.4 LC. Su insinuación, posible reconocimiento, fijación del importe y pago, debe alcanzarse por el cauce del art. 154 LC (véanse *SJM núm. 6 de Madrid, de 30 de marzo de 2012*; *SAP Girona, Sección 1, de 20 de marzo de 2012* y *SJM núm. 6 de Madrid, de 30 de septiembre de 2010*).

b) Sobre el pago de los créditos contra la masa a sus respectivos vencimientos (véase *SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, de 13 de diciembre de 2011*) y el pago de los créditos contra la masa sin sujeción a la regla de que el mismo atienda a los respectivos vencimientos (véase *SAP Palencia, Sección 1, de 13 de diciembre de 2011*).

c) Los créditos contra la masa carecen de un plazo específico para su comunicación y para su reconocimiento, pudiendo por lo tanto serlo en cualquier estado del proceso concursal a medida que se vayan generando (*SAP Asturias, Sección 1, de 2 de junio de 2010*).

d) Los créditos contra la masa hay que satisfacerlos cuando han vencido, y no hay que posponer su pago a que se apruebe el plan de liquidación (*SJM núm. 1 de Bilbao, de 10 de septiembre de 2008*).

e) Reintegración de los pagos de créditos contra la masa efectuados sin sujeción al principio de vencimiento (*SAP Bizkaia, Sección 4ª, de 23 de julio de 2010*).

f) El pago de los créditos contra la masa estando el concurso en la fase de liquidación debe hacerse en atención a los respectivos vencimientos de los créditos contra la masa que entran en juego y conforme al desarrollo del propio plan de liquidación (*SAP Valencia, Sección 9ª, de 6 de julio de 2010*).

g) Determinación del momento concreto en que se produce el vencimiento del crédito contra la masa que ostentan los administradores concursales (véanse *SJM núm. 1 Donostia-San Sebastián, de 9 de noviembre de 2010; AAP Valencia, Sección 9ª, de 8 de noviembre de 2010; AJM núm. 1 de Málaga, de 20 de junio de 2010; SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de diciembre de 2009; SAP Vizcaya-Bizkaia, Sección 4ª, de 6 de noviembre de 2009 y SAP Valencia, Sección 9ª, de 21 de enero de 2009*).

h) Determinación del momento en que se produce el vencimiento del crédito contra la masa que ostenta el Letrado y Procurador de la entidad concursada por los trabajos realizados en orden a promover y obtener la declaración de concurso (*SAP Salamanca, Sección 1ª, de 7 de mayo de 2012 y SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de diciembre de 2009*).

i) Determinación y pago de los honorarios del letrado de la entidad concursada por la actuación en la fase común (*SAP Madrid, Sección 28ª, de 18 de marzo de 2011; SAP Barcelona, Sección 15ª, de 17 de febrero de 2011; SAP Tarragona, Sección 1ª, de 22 de diciembre de 2008; SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 20 de septiembre de 2007*) y en la fase de liquidación (*SAP Alicante, Sección 8ª, de 3 de junio de 2008*).

j) Solicitud del administrador concursal para el cambio del orden de prelación de pagos de créditos contra la masa, en interés del concurso (*AJJ, núm. 2 de Las Palmas, de 3 de diciembre de 2009 y AJM núm. 1 de Castellón, de 2 de noviembre de 2009*).

k) No es posible, en fase de liquidación, llevar a cabo una ejecución singular de bienes fuera del concurso para el pago de un crédito contra la masa a favor de las administraciones públicas (*SSAP León, Sección 1ª, de 28 de abril y de 24 de noviembre de 2011; SSAP Álava, Sección 1ª, de 2 y de 17 de junio de 2008*).

l) Pago de cuotas de la Seguridad Social devengadas durante el concurso (*SJM núm. 1 de Bilbao, de 15 de octubre de 2008*).

m) Controversia sobre si se otorga o no preferencia para el cobro de créditos tributarios en la fase de liquidación en base al art. 77 de la Ley General Tributaria, finalmente negada por *STS de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7300)*.

Artículo 155. Pago de créditos con privilegio especial.

1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.

3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el

precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos.

Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta.

4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 55.4, 56.1, 57.1, 57.3, 61.3, 90, 91, 92, 146, 148, 149.1.3ª *in fine*, 154.1, 154.3, 156, 157, 157.2, 158

II. COMENTARIOS

1. El pago de los créditos concursales

Los créditos concursales son aquellos cuya insatisfacción ha determinado la declaración de concurso. Como regla general son anteriores a la misma.

La LC divide los créditos concursales en varias categorías: créditos con privilegio especial (arts. 90 y 155 LC), créditos con privilegio general (arts. 91 y 156 LC), créditos ordinarios (art. 157 LC) y créditos subordinados (arts. 92 y 158 LC).

Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes o derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.1 LC).

2. El pago de los créditos con privilegio especial y, en especial, la posición del acreedor hipotecario.

Se trata de la cuestión más compleja que se aborda en fase de liquidación concursal (Garrido, p. 2443).

Un caso usual es que alguno de los bienes del empresario concursado esté afecto al pago de créditos con privilegio especial, esencialmente la hipoteca (Pulgar, 1476, se refiere al “trono de la hipoteca”).

Los acreedores hipotecarios y otros asimilados tienen una garantía real que incluye un derecho de realización de valor (art. 56.1, ap. 1º LC) que les permite, bajo ciertas condiciones legales, la ejecución separada del bien o derecho afecto (art. 155.1 LC) y su preferencia de cobro sobre lo obtenido, con prioridad sobre los créditos contra la masa (art. 154.3 LC) y sobre los demás créditos concursales (arts. 156, 157 y 158 LC).

3. La satisfacción concursal o extraconcursal de los acreedores singularmente privilegiados

La satisfacción de los acreedores con privilegio especial puede tener lugar antes de la fase de liquidación. Puede producirse incluso de forma separada ante un juez distinto del juez del concurso. Un ejemplo sería la ejecución de la vivienda del concursado, que no está afectada a su actividad profesional o empresarial, y que se produce en el marco de un procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia.

4. Fin del período de espera para la ejecución impuesto al acreedor con privilegio especial

Con la apertura de la liquidación, se termina el período de espera a la ejecución por incumplimiento de obligaciones que les impone la LC a los acreedores hipotecarios y asimilados (art. 57 LC), y que constituye una de las principales novedades de la LC (Pulgar, p. 1476).

En todo caso, no está de más recordar que el concurso del deudor hipotecario por sí solo no afecta al vencimiento del crédito hipotecario, teniéndose por no puestas las cláusulas que dispongan lo contrario (art. 61.3 LC). Sin embargo, la apertura de la liquidación del concurso produce automáticamente el vencimiento anticipado del crédito hipotecario (art. 146 LC) (Huerta y Rodríguez Ruiz de Villa, p. 538). Ello condicionado naturalmente a que en efecto se haya incumplido el pago de cuotas (así, véase el AAP, Sección 15ª, de 18 de mayo de 2009 (*LA LEY 174290/2009*)).

Abierta la fase de liquidación, los acreedores hipotecarios y otros con privilegio especial que no hayan iniciado la ejecución conforme al art. 57.1 LC pierden el derecho de ejecución separada (art. 57.3 LC), quedando sujetos a las reglas de la ejecución colectiva. Entendemos que “colectiva” se refiere al concurso como proceso de ejecución colectiva o universal de los bienes del deudor destinado a satisfacer en todo lo posible a los acreedores concursales. El bien o derecho gravado podrá ser objeto del plan de liquidación (art. 148 LC) y, en su caso, ser enajenado conforme a las reglas supletorias (art. 149 LC, que a su vez remite al 155.4 LC). En el marco de la ejecución colectiva o concursal, el bien afecto al privilegio especial podrá ser enajenado individualmente o en bloque con otros bienes y derechos del concursado (por ejemplo, venta de unidad productiva).

La regla de la ejecución colectiva es aplicable a todos los acreedores con un privilegio especial sobre bienes o derechos del concursado. Es irrelevante si se trata o no de bienes afectos o necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado. La liquidación termina con esta distinción y unifica el régimen jurídico aplicable a unos y a otros.

En todo caso, la doctrina remarca que cuando este acreedor haya perdido o no haya ejercido su derecho legal a la ejecución separada conforme a los artículos 56 y 57 LC y proceda la ejecución colectiva, igualmente no pierde la citada preeminencia de cobro.

5. Facultad de rescate de la administración concursal

El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva (art. 155.1 LC). Hay una excepción legal: si el acreedor no pueda iniciar o proseguir la ejecución por tratarse de bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado (arts. 56.1 y 2 LC). En este supuesto, la administración concursal puede comunicarle que atiende su pago con cargo a la masa y sin realización del bien o derecho (art. 155.2 LC). Es una “facultad de rescate” (Garrido, p. 2450, Beltrán, p. 1095, García-Vicente, p. 339).

6. La ejecución colectiva de bienes o derechos afectos a un privilegio especial: subsistencia o extinción del gravamen

La ejecución colectiva de bienes o derechos afectos a un privilegio especial (incluyendo en fase de liquidación) puede suponer, según decida el juez del concurso:

a) Que subsista el gravamen y que el adquirente se subrogue en la obligación del concursado, que quedará excluida de la masa pasiva. Varias sentencias de Audiencias Provinciales también han interpretado que el plan de liquidación puede contemplar, en efecto, que el comprador adquiere el bien con subsistencia del gravamen y

se subroga en la obligación del concursado (AAAP Barcelona de 29 de noviembre 2007 (JUR 2008, 127523) y de 18 de mayo de 2009 (JUR 2009, 409714) y AAP La Rioja de 8 de mayo de 2009 (JUR 2009, 303474). El nuevo art. 149.1.3 LC, tras la reforma de la Ley 38/2011, dispone expresamente la cancelación de las cargas a favor del adquirente de bienes o derechos de la masa activa, salvando los créditos concursales que gocen de privilegio especial conforme al art. 90 LC.

b) Que el precio obtenido por la enajenación se destine al pago del acreedor con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si son varios los créditos especialmente privilegiados sobre un mismo bien o derecho (por ejemplo, finca con varias hipotecas), el orden de prelación de pagos será la prioridad temporal de cada crédito según resulte de su legislación específica (art. 155.3 LC).

Si como resultado de la ejecución colectiva, los bienes o derechos gravados son insuficientes para satisfacer íntegramente al acreedor privilegiado, en la parte de su crédito que no cubra el remate, el acreedor que tenía este privilegio especial podrá reclamarlo dentro del concurso con la calificación que corresponda. Sea cual sea su calificación, este remanente no cobrado se pagará a prorrata conjuntamente con los créditos ordinarios (art. 157.2 LC) (véase AJM A Coruña, núm. 1, de 29 noviembre de 2011, AC 2012\858).

7. Sistemas de enajenación de bienes gravados con garantía real o asimilada. La nueva previsión de la cesión en pago o para pago

El art. 155.4 LC prevé las formas de realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. La subasta es la regla general, pero este artículo ha sido modificado por la Ley 38/2011 y como resultado prevé nuevas formas alternativas, como la cesión en pago o para el pago del acreedor privilegiado.

8. La cuestión sobre si es posible que el plan de liquidación prevea otras formas de enajenar bienes o derechos afectos a un privilegio especial diferentes a las del art. 155.4 LC

Se plantea si el plan de liquidación puede separarse de estos sistemas del art. 155.4 LC. Los jueces de lo mercantil de Catalunya consideran que no son necesariamente aplicables al plan de liquidación, mientras que las Audiencias Provinciales de Alicante y Girona consideran que la ejecución de un bien afecto a un crédito especial ha de realizarse conforme al art. 155.4 LC, si bien en el marco del plan de liquidación (véase “doctrina jurisprudencial”).

En nuestra opinión, en el marco de sus atribuciones y obligaciones, la administración concursal puede proponer los sistemas de liquidación que estime más

convenientes para este tipo de bienes y derechos. Sólo en defecto de plan de liquidación o en lo no previsto, se seguirá este sistema de enajenación del artículo 155.4 LC por aplicación de la regla supletoria del artículo 149.1.3^a *in fine* LC.

9. El reparto del precio en caso de venta de unidad productiva que incluya bien o derecho afecto a un privilegio especial

Especial interés tiene la venta de unidad productiva que incluya un bien o derecho afecto a un privilegio especial. En este caso, el acreedor privilegiado y los demás acreedores deberán participar en el precio obtenido, según las reglas que disponga la administración concursal en el plan y que autorice el juez del concurso. El precio obtenido por la venta en globo no corresponde en su totalidad al acreedor privilegiado (véase en “doctrina jurisprudencial” la opinión de los Jueces de lo Mercantil de Catalunya).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El AAP, Sección 15^a, de 18 de mayo de 2009 (LA LEY 174290/2009), niega el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por la declaración de concurso si se siguen satisfaciendo las cuotas por su cónyuge: “Con mayor razón no será necesario el vencimiento anticipado en un supuesto como el presente, de concurso de persona física, en que el bien hipotecado es copropiedad del concursado, quien es, junto con el otro copropietario, deudor solidario de la obligación de devolución del préstamo. La existencia de otro deudor solidario, copropietario del piso hipotecado, explica que no existan cuotas vencidas e impagadas, por el interés del otro copropietario en evitar la ejecución”.

Los criterios sobre el plan y las operaciones de liquidación aprobadas en el seminario de 23 de marzo de 2011 por los Jueces de lo Mercantil de Catalunya evidencian la frecuencia con que los bienes y derechos del concursado están gravados con una garantía real (esencialmente, una hipoteca) y las dificultades inherentes a la coordinación de los intereses en juego.

En primer lugar, los Jueces de lo Mercantil de Catalunya se pronuncian sobre la competencia objetiva para conocer de la ejecución de bienes gravados con garantía real, según estén o no afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado. Así, señalan que “como regla general, la declaración del concurso no debe afectar a la ejecución hipotecaria (art. 55.4 LC), ni a la competencia objetiva para conocer de dicha acción. El art. 57.1 LC atribuye al juez del concurso competencia objetiva únicamente respecto de las acciones de ejecución de garantías reales a las que se refiere el art. 56 LC. En consecuencia, la competencia objetiva para conocer de las acciones de ejecución de garantías reales corresponde a los jueces de primera instancia, excepto que se trate de un bien afecto a la actividad o a una unidad productiva. Este es el criterio seguido por el Auto de la sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de septiembre de 2010 (LA LEY 209244/2010). La competencia para conocer de las ejecuciones hipotecarias (en general garantías reales) sobre estos bienes corresponde al juez del concurso”.

“Los procedimientos en trámite en el momento de declararse el concurso deberían continuar su tramitación ante el juez de primera instancia que esté conociendo del mismo (art. 56 LC), sin que pueda acordar la acumulación al concurso con remisión de autos, que sólo puede ser acordada por el juez del concurso (...) Con el fin de conseguir la suspensión del procedimiento, el ejecutado puede pedir la acumulación al concurso ante el juez del concurso, para que éste acuerde dicha suspensión por los plazos previstos en el art. 56.1 LC, en los términos del art. 57.1 LC y arts. 86 y ss. LEC (...) La suspensión del procedimiento no puede acordarse de oficio, sólo deberá procederse a instancia del ejecutado, que deberá acompañar su petición de un informe positivo o negativo de la administración concursal. (...) La vivienda del deudor-concurrido no puede considerarse un bien afecto a la actividad y, por lo tanto, no puede suspenderse la ejecución hipotecaria que se haya iniciado antes del concurso o se solicite después de su declaración”.

“Para valorar que el bien esté afecto a una unidad productiva no es determinante que se haya solicitado la liquidación, por lo que este dato no impide que se acuerde la suspensión de la ejecución hipotecaria, en tanto que el objeto primordial de las operaciones pueda ser vender la unidad productiva (...) no es imprescindible para hacer esta valoración que continúe efectivamente la actividad productiva, bastará que sea posible reanudarla”.

“La ejecución de garantías sobre bienes NO afectos no es competencia del juez del concurso (arts. 55.4, 56.1 y 57.1 LC), por lo tanto no se puede acumular al concurso. Después de la declaración del concurso, su ejecución debe de solicitarse ante el juez del primera instancia territorialmente competente (...). Los procedimientos de ejecución deben de continuar normalmente (art. 55.4 LC) hasta su terminación, en el caso de conflicto debería procederse como en el supuesto anterior solicitando la acumulación del concurso. La declaración de concurso, conforme al art. 55.4 LC no puede convertirse en un pretexto para suspender de forma injustificada un procedimiento de ejecución hipotecaria”.

En segundo lugar, en relación a la pérdida del derecho de ejecución separada del que gozan los acreedores con privilegio especial, los Jueces de lo Mercantil de Catalunya indican que “abierta la fase de liquidación, los acreedores hipotecarios que no hayan iniciado su ejecución, sean o no bienes afectos a la actividad, pierden el derecho de ejecución separada (art. 57.3 LC), quedando sujetos a las reglas de la ejecución colectiva”.

En tercer lugar, con respecto al supuesto de venta de unidad productiva en bloque, prevén un sistema de reparto de lo obtenido entre el acreedor privilegiado y los demás acreedores. Los Jueces de lo Mercantil de Catalunya consideran que “en todo caso, la propuesta de enajenación (realizada por el concursado o por la administración concursal), siempre que implique la enajenación de bienes especialmente afectos al pago de créditos singularmente privilegiados deberá contener necesariamente un plan de distribución del precio entre los acreedores. La venta de la unidad productiva puede incluir naturalmente bienes afectos al pago de créditos singularmente privilegiados, por ejemplo, un inmueble gravado con una hipoteca o bienes dados en arrendamiento financiero, lo que no puede impedir la venta del conjunto, pero que añade una indudable dificultad que es la de asignar al pago de aquel crédito una cuota del precio obtenido por la venta. Por ejemplo, si se vende una unidad productiva en funcionamiento que incluye una nave, gravada con una hipoteca, y maquinaria, por un único precio, ha de fijarse qué parte del precio ha de destinarse al pago del crédito hipotecario y cuál a los demás acreedores”.

“En estos casos, la realización de los bienes gravados no tiene porqué implicar el pago íntegro de los créditos privilegiados, cuando el valor de mercado del bien afecto no llegue

a cubrir dicho crédito. Es decir, el producto de la enajenación no tiene que ir destinado exclusivamente a pagar los créditos especialmente privilegiados”.

En cuarto lugar, los criterios aprobados por los Jueces de lo Mercantil prevén también reglas sobre la ejecución de los bienes afectos al pago de créditos especialmente privilegiados. En concreto, bienes hipotecados propiedad del concursado y bienes objeto de arrendamiento financiero. Al respecto, consideran que “Las reglas contenidas en el art. 155 LC sobre la forma de realización de los bienes afectos al pago de los créditos especialmente privilegiados (hipoteca, prenda, arrendamiento financiero) no son necesariamente aplicables al plan de liquidación (...)”.

“En el concurso los bienes se venden libres de toda carga, salvo los derechos reales limitativos del dominio y las cargas derivadas de créditos no incluidos en la masa pasiva. Esta regla incluye los bienes hipotecados y los objetos de arrendamiento financiero. Estos bienes han de realizarse para pagar los créditos a los que están afectos, tal y como dice el art. 155.1 LC”.

“En los planes de liquidación, los administradores concursales deberán prever que el acreedor titular de la primera hipoteca o el arrendador financiero pueda participar efectivamente en el proceso de venta y al final del proceso, cuando el importe ofrecido no sea suficiente para cubrir el crédito garantizado, mejorar la oferta incrementándolo al menos un 10% del precio ofrecido al mejor postor”.

En cambio, las AAPP de Alicante, Sección 8ª, de 10 de mayo de 2012 y de Girona, Sección 1ª, de 1 de febrero de 2010 (ambas citadas por COBO, en *Diario Concursal Premium*), mantienen que la ejecución del bien afecto por un crédito especial se realizará conforme a lo dispuesto en el art. 155.4 LC, pero se efectuará dentro del plan de liquidación.

Finalmente, los Jueces de lo Mercantil de Catalunya también se pronuncian sobre las subastas judiciales de bienes con garantía real en los planes de liquidación y en aplicación de las reglas supletorias:

1. En las subastas judiciales que se realicen en aplicación de las previsiones del plan de liquidación o de las normas supletorias, el acreedor hipotecario (o cualquier otro acreedor con un crédito singularmente privilegiado) no puede hacer uso de los privilegios que la LEC otorga al ejecutante. Esta regla responde a que estamos en un procedimiento de ejecución colectiva (arts. 670.4 y 671 LEC), en la que a ningún acreedor se le puede reconocer la condición de ejecutante.

2. Si la subasta queda desierta ha de celebrarse de nuevo, pero a cambio cualquier acreedor podrá pujar aún cuando sea el único postor.

3. En el caso de que el plan de liquidación se prevea una subasta judicial, los administradores concursales deben consignar las siguientes reglas:

a) los postores deberán consignar el 10% del valor de los bienes según el inventario para poder tomar parte en la subasta, excepto los acreedores con privilegio especial sobre el bien;

b) no serán aplicables a estas subastas las normas previstas en el art. 671 LCE, ya que no haya propiamente ejecutante;

c) se admitirán todo tipo de posturas, y se aprobará el remate a favor de la mejor postura sin límite alguno, cualquiera que sea su importe.

Como hemos señalado, no se deben aplicar los privilegios del ejecutante ya que estamos ante una ejecución colectiva (arts. 670.4 y 671 LEC) y no singular.

Tampoco tiene sentido aplicar las normas sobre aprobación del remate previstas con carácter general por distintos motivos. Cuando el precio del remate es inferior al 70% del valor del inventario:

a) El concursado realmente no puede presentar tercero que mejore la postura, ya que de haber tenido posibilidad lo hubiera hecho en las observaciones del plan de liquidación.

b) El acreedor hipotecario no tiene el privilegio de quedarse con el bien por el 70% del valor o por el importe de la deuda, ya que no es el ejecutante.

Si el remate fuese inferior al 60% no podríamos aplicar el art. 671 LEC, que es al que se remite en el caso de no aprobación de remate, ya que el acreedor con privilegio especial no es el ejecutante, ni podemos alzar el embargo, segunda posibilidad a que se refiere el art. 671 LEC. Pero para garantizar los derechos del acreedor hipotecario, éste puede participar en la subasta sin tener que consignar el depósito ni, en su caso, el precio del remate, si hiciera la mejor postura, en tanto que no supere su crédito singularmente privilegiado.

De esta forma es posible que consigamos cumplir la finalidad de la liquidación que es la realización de los bienes que componen la masa activa para pagar la masa pasiva, por el precio que fije el mercado, sin verse limitados por precios de tasación no actuales”.

La *SAP Salamanca, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2012* (LA LEY 174004/2012) trata específicamente de la facultad de rescate ejercida por la administración concursal de bienes en arrendamiento financiero. Por un lado, reconoce que la cláusula resolutoria incluida en un contrato denominado “cross default” entre sociedades vinculadas “no empece la facultad del Juez del Concurso para, existiendo causa de resolución, acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso”. Por otro lado, la prioridad de la LC sobre los términos contractuales se reitera en materia de plazos: “declarado el concurso de acreedores no es posible que la concursada pueda cumplir legalmente con los pactos contractuales, en concreto abonar todo en el exiguo plazo de tres días previsto en la referida cláusula 9 del contrato. La concursada dispone de un plazo de un año desde la declaración del concurso para comunicar a los titulares de derechos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa, debiendo hacer efectivos todos los plazos de amortización vencidos y sus respectivos intereses además de los créditos devengados tras la declaración del concurso. Sólo cuando abona las cuotas pendientes de pago puede la Administración Concursal hacer efectiva asimismo, si conviene al interés del concurso, la cuota residual necesaria para ejercitar la opción de compra, imponiéndose los plazos concursales sobre los contractuales. Realizada la comunicación de pago de cuotas pendientes y cuota residual con base en el art. 155.2 LC el día 27 de junio de 2011, la Administración Concursal, que reclamó la entrega de la documentación necesaria para transferir la propiedad de la grúa a favor de la concursada GRÚAS INDUSTRIALES SALAMANCA S.L., espera un tiempo para obtener respuesta de NAXITIS LEASE S.A. en relación con el pago y entrega de la documentación requerida; respuesta que no llega a producirse, decidiendo finalmente la Administración Concursal hacer efectivo el pago con fecha de 29 de septiembre de 2011 y enviar una comunicación por Burofax notificando la transferencia de fondos realizada y reclamando la entrega de la documentación acreditativa de la propiedad. Sólo a partir de este momento reacciona NATIXIS poniendo de manifiesto la improcedencia del pago de la cuota residual fuera del tiempo estipulado en el contrato y la devolución del bien objeto del contrato de leasing, terminando finalmente con la interposición del incidente concursal en el que se plantea esta cuestión de forma subsidiaria a la resolución contractual. Cuestión que, por todo lo expuesto anteriormente, debemos desestimar para confirmar la sentencia recurrida”.

Artículo 156. Pago de créditos con privilegio general

1. Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.

2. El juez podrá autorizar el pago de estos créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, 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.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 91, 91.4, 154, 155, 155.2, 157, 157.1, ap. 3º, 158

II. COMENTARIOS

1. El pago a los acreedores concursales, con excepción de los acreedores con privilegio especial, en fase de liquidación

El pago a los acreedores con privilegio general (art. 156 LC), a los acreedores ordinarios (art. 157 LC) y a los acreedores subordinados (art. 157 LC) tiene lugar necesariamente en fase de liquidación concursal. Con la liquidación, se levanta la suspensión de pagos vinculada a la declaración de concurso.

Este régimen de retrasos en el pago contrasta enormemente con los acreedores contra la masa, que pueden cobrar en cualquier momento del concurso, al vencimiento de sus créditos y sin que se haya abierto la fase de liquidación (art. 154 LC). Asimismo, los acreedores con privilegio especial pueden ejecutar separadamente el bien o derecho o ser objeto de ejecución colectiva, incluso antes de la liquidación (art. 155.2 LC).

2. El pago a los acreedores con privilegio general

El art. 156.1 *in fine* LC señala que el pago de los créditos con privilegio general se realizará por el orden establecido en el art. 91 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. El legislador adopta este criterio, que será el aplicable con independencia de la conveniencia de pago de unos créditos sobre otros o de la fecha de vencimiento de los mismos.

3. El pago anticipado a los acreedores con privilegio general

La práctica concursal acredita que el trámite de las impugnaciones a los textos presentados por la administración concursal, fundamentalmente, la lista de acreedores, constituye el cuello de botella del concurso (Arias Varona).

La Ley 38/2011 ha reubicado en el art. 156, ap. 2º LC la anterior referencia del derogado art. 142 bis, según la cual el juez puede autorizar el pago de los créditos con privilegio general sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, 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.

La cuestión que intenta resolver el legislador es qué hacer cuando la existencia y cuantía de los créditos concursales dependen de la terminación de un incidente concursal. Por ejemplo, para fijar el importe de los créditos públicos con privilegio general del art. 91.4 LC (véase STS Pleno Sala de lo Civil, de 21 de enero de 2009, LA LEY 578/2009).

La impugnación puede alargarse en el tiempo y el juez del concurso puede adelantar pagos a los acreedores concursales, pero adoptando las medidas cautelares necesarias si el incidente no prospera en beneficio del acreedor controvertido. Igualmente, este anticipo no puede perjudicar el pago de los créditos contra la masa de previsible generación, para lo cual el juez podrá adoptar medidas cautelares.

Los créditos con privilegio general conceden a sus titulares una preferencia de cobro sobre todos los bienes ejecutables del concursado. Contrasta con la preferencia que tienen los acreedores singularmente privilegiados, que se restringe al producto de la ejecución del bien o derecho gravado (Garrido, p. 2467).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La STS, Sección 1ª, de 25 marzo de 2001 (RJ 2011\3015) recuerda que “esta Sala, por razón de interés casacional, ha sentado en la STS de 21 de enero de 2009, Pleno, RC n.º 842/2007, la doctrina de que, para configurar el privilegio genérico establecido en el artículo 91.4 LCon en favor de los créditos de la Hacienda Pública y demás de Derecho público y de la Seguridad Social, no cabe tomar en cuenta para calcular el 50% de su importe los créditos comprendidos en los artículos 90, 91 y 92 LCon porque estos ya están clasificados con una u otra condición. Según esta doctrina, la exclusión de la base del cálculo de los créditos con privilegio especial (artículo 90 LCon) y de las retenciones (artículo 91.2.º LCon) se justifica por su específico rango privilegiado (arts. 155 y 156 LCon) y se deduce del texto del artículo 91.4.º, inciso primero, LCon. La exclusión de los créditos subordinados se justifica, por un lado, porque no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones subjetivas u objetivas se tomen en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, y, por otro lado, porque una de las directrices de la LCon es la de limitación de los privilegios. Esta doctrina ha sido también aplicada por la STS de 21 de enero de 2009, Pleno, RC n.º 341/2007, así como por las SSTS de 22 de junio de 2009, RC n.º 2058/2007; 29

de junio de 2009, RC n.º 485/2007; 20 de septiembre de 2009, RC n.º 202/2007, y 30 de septiembre de 2010, RC n.º 670/2007”.

Artículo 157. Pago de créditos ordinarios.

1. El pago de los créditos ordinarios se efectuará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.

El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados.

El juez podrá también autorizar el pago de créditos ordinarios antes de que concluyan las impugnaciones promovidas, adoptando en cada caso las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.

2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

3. La administración concursal atenderá al pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 84, 90, 91, 92, 146, 155.4

II. COMENTARIOS

1. El pago de los acreedores ordinarios del concursado

El concepto de crédito ordinario se define legalmente en la LC por oposición: lo son los que no pueden encuadrarse en la categoría de créditos contra la masa (art. 84 LC) o créditos concursales con privilegio especial (art. 90), con privilegio general (art. 91 LC) o subordinados (art. 92 LC).

Los acreedores ordinarios tienen derecho al cobro una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados (art. 157.1 LC). En los privilegiados se incluyen los que tengan un privilegio especial y un privilegio general.

A esta subordinación de los acreedores ordinarios se une la situación actual de deterioro de la crisis económica y el hecho de que los concursos se suelen solicitar demasiado tarde, cuando la liquidación ya es la única solución viable al concurso. De ahí que, a falta de estadísticas oficiales, no es inhabitual la frustración de los acreedores ordinarios. Con ello, el procedimiento concursal incumple el que dice ser su objetivo esencial que es la satisfacción de los acreedores (ap. II Exposición de motivos de la

LC). La Exposición de motivos de la Ley 38/2011 reconoce expresamente que no se ha conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios (ap. I).

2. El pago con antelación a los acreedores ordinarios

El juez, a solicitud de la administración concursal, puede con carácter excepcional y motivadamente autorizar pagos a acreedores ordinarios con antelación a condición de que estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa que se puedan producir y los créditos privilegiados.

La reforma de la LC operada por la Ley 38/2011 ha reconocido expresamente que no obsta a la anticipación de pagos a los acreedores ordinarios el hecho de que se hayan interpuesto impugnaciones aún no concluidas (por ejemplo, a la lista de acreedores, al plan de liquidación). La administración concursal podrá, con autorización del juez, proceder al pago de los acreedores ordinarios, a condición de que haya garantías de restitución total o parcial en caso de que tales impugnaciones prosperen o se cubran los créditos contra la masa de previsible generación.

En todo caso, cuando el juez opte por autorizar el pago con antelación de un crédito ordinario, es requisito esencial que éste esté vencido y sea exigible. No habrá esta duda cuando se haya declarado abierta la fase de liquidación por efecto del vencimiento automático dispuesto en el art. 146 LC.

Un pago adelantado irregular será el que no cumpla estas condiciones, de manera que el acreedor ordinario queda expuesto al ejercicio de una acción de repetición para el reintegro de las cantidades irregularmente percibidas (Garrido, p. 2478).

3. Pagos a prorrata entre acreedores ordinarios y por cuotas

El pago de la totalidad del importe nominal de cada crédito ordinario y, además, de una sola vez, es una circunstancia excepcional.

El pago a prorrata de los créditos ordinarios (art. 157.2 LC) y la referencia a la entrega de cuotas cuyo importe no sea inferior al 5% del nominal de cada crédito (art. 157.3 LC) son manifestaciones de la prudencia del legislador respecto a la dificultad de pagar todos los créditos ordinarios.

4. Equiparación de trato a efectos de pago entre acreedores ordinarios y acreedores privilegiados en el importe no satisfecho por la ejecución del bien o derecho afecto

La Ley 38/2011 ha reformado el art. 155.4 LC, sin optar automáticamente por la condición de crédito ordinario del importe no satisfecho al acreedor singularmente privilegiado. El legislador deja la opción a otra calificación, como privilegio

general o subordinado. En cualquier caso, el régimen de pagos de este remanente es el de los créditos ordinarios (art. 157.2 LC).

El sentido del art. 157.2 LC es equiparar en cuanto al régimen de cobro a los acreedores ordinarios con los acreedores con privilegio especial en el remanente no cobrado por la ejecución del bien o derecho afecto (véase “doctrina jurisprudencial”).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La AAP Alicante, Sección 8ª, de 22 de marzo de 2012 (JUR 2012\250358) es un ejemplo del carácter abierto de la categoría de los créditos ordinarios, que incluyen cualquier crédito que no pueda ser calificado de otro modo conforme a la LC: “El contrato atípico de renuncia al arrendamiento a cambio de una suma de dinero más la entrega de un inmueble pendiente de construir, al momento de la declaración de concurso, encaja en el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley Concursal porque es un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes (Doña María Inmaculada) ha cumplido en su integridad su prestación (renuncia al arrendamiento del local y desalojo del mismo) y la otra parte (la actual concursada INMOBILIARIA COSTA BLANCA, S.A.) no ha cumplido en su integridad su prestación pues quedaba pendiente la terminación de la obra y la posterior entrega de la vivienda y de la plaza de garaje. Así las cosas, el crédito de Doña María Inmaculada a la entrega de los inmuebles comprometidos ha de calificarse como crédito concursal pues así lo dispone el art. 61.1 LC para cuando haya sido la parte *in bonis* la que ha cumplido en su integridad su obligación. La contingencia no puede tener otro sentido que el de entender que quedaba pendiente el cómputo de la prestación de hacer en dinero según establece el art. 88.3 LC. Como tal acreedor concursal ordinario, su crédito no puede ser satisfecho de otra forma distinta que la prevista para tales acreedores en el art. 157 LC”.

La SAP Barcelona, Sección 15ª, de 7 julio de 2011 (LA LEY 191190/2011) se pronuncia sobre la calificación del crédito hipotecario que no haya sido satisfecho por la ejecución del bien gravado, concluyendo que se trata de un crédito ordinario: “la razón de ser de ese privilegio, que se extiende exclusivamente al propio bien garantizado, es mantener la preferencia que la garantía otorga al crédito en una situación concursal. Ese privilegio se concreta en un derecho de preferencia en el cobro sobre los demás acreedores, que está limitado en un doble sentido: (i) al propio bien hipotecado; y (ii) respecto de la concreta deuda garantizada. Y tales límites operan tanto en una situación extraconcursal como concursal. Es irrazonable que pueda interpretarse que en una situación concursal el alcance del privilegio pueda resultar extendido más allá de lo que lo está en una situación extraconcursal. La preferencia del acreedor hipotecario se limita a lo estrictamente garantizado con la hipoteca. El resto del crédito queda sometido al principio de *par condicio creditorum*. Es, por consiguiente, un crédito ordinario”.

En cambio, la SAP A Coruña, Sección 4ª, de 10 de septiembre de 2012 (LA LEY 145647/2012), en relación a una oposición al convenio propuesto por acreedores, indica que “el acreedor con privilegio especial lo es aunque el producto de la realización de los bienes o derechos afectos no alcance para cubrir el crédito. El artículo 157.2 de la Ley concursal –que es norma sobre el pago de créditos en sede de liquidación y, por lo tanto, no aplicable en este caso– no dice que el crédito con privilegio especial se convierta en ordinario en la parte en que no hubiere sido satisfecho con cargo a los bienes y derechos afectos,

sino que –en liquidación– los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial que se hallen en esa situación”.

Artículo 158. Pago de créditos subordinados.

1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.
2. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 92, 156

II. COMENTARIOS

1. El pago de los créditos subordinados

La Exposición de motivos de la LC señala que los denominados “créditos subordinados” integran una nueva categoría que introduce la Ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios (apartado V). La lista de los que integran la categoría de créditos subordinados está recogida en el art. 92 LC, que ha sido modificado por la Ley 38/2011. La calificación de una serie de créditos como subordinados puede estimarse como “antiprivilegio” para sus titulares, al tiempo que aumenta la posibilidad de beneficiar a los acreedores ordinarios. Se trata de una “lista negra” (Yzquierdo, p. 444) en donde ningún acreedor querría quedar incluido, pues lleva una postergación que hace casi imposible el cobro.

El art. 158 LC trata del pago de dichos créditos subordinados y no ha sufrido modificaciones desde la aprobación de la LC en 2003 hasta la actualidad.

El art. 158.1 LC dispone que su pago no tendrá lugar hasta que hayan sido satisfechos íntegramente los créditos ordinarios. En los casos en que se trate de concursados con una notable insuficiencia patrimonial, la calificación de crédito subordinado puede llevar consigo prácticamente la imposibilidad de cobro. De ahí que sean comunes las resoluciones judiciales entorno a la calificación del crédito realizado por la administración concursal.

El art. 158.2 LC señala que el pago de los créditos subordinados se realizará por el orden establecido en el art. 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Se trata del mismo criterio que para los acreedores con privilegio general fija el art. 156 LC y que no valora otros parámetros, como la conveniencia de pago de unos créditos sobre otros o la fecha de vencimiento de los mismos.

Frente a los acreedores ordinarios, el legislador no prevé la posibilidad de pagos adelantados a favor de los acreedores subordinados, quizá porque considere que no existe un interés digno de protección para estos (Garrido, 2488).

Normalmente, será complejo que la masa activa sea suficiente para el pago de los créditos subordinados (Sánchez Calero, p. 3910, Ávila de la Torre, p. 365. Ferré, p. 672).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El análisis de la jurisprudencia pone en evidencia que las cuestiones litigiosas no versan tanto en torno a la aplicación del art. 158 LC, sobre el pago de los créditos subordinados, como en por la discutida inclusión o no de un determinado crédito en la lista del art. 92 LC.

Por ejemplo, véanse la *STS del Pleno de la Sala de lo Civil de 21 de enero de 2009*, (LA LEY 578/2009), por interés casacional, que trata sobre la naturaleza jurídica como créditos subordinados de los recargos e intereses reclamados por la Tesorería General de la Seguridad Social; la *SAP Guadalajara, de 17 de junio de 2010* (LA LEY 115864/2010), analiza la misma cuestión en relación a sanciones tributarias y su calificación como créditos subordinados; la *SAP Badajoz, Sección 2ª, de 2 de octubre de 2008* (LA LEY 257713/2008), y la *SAP Illes Balears, Sección 5ª, de 28 de febrero de 2007* (LA LEY 103559/2007), versan sobre un crédito que como consecuencia de la rescisión concursal resulta a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

Específicamente para los recargos a favor de la Seguridad Social, la *STS, Sección 1ª, de 26 noviembre* (JUR 2013\12250) ha señalado que “El Tribunal de apelación declaró –al igual que había hecho el órgano judicial de la primera instancia– que las cotizaciones que integran el principal del crédito de Tesorería General de la Seguridad Social contra la concursada eran debidas como consecuencia de haber continuado la misma su actividad empresarial después de declarado el concurso. No hay cuestión sobre que el crédito que recae sobre las cuotas correspondientes es contra la masa, por virtud de lo dispuesto en el artículo 84, apartado 2, ordinal quinto, de la Ley 22/2003. Ello sentado, es de advertir que el legislador español optó por no aplicar la regla “*accessorium sequitur naturam sui principalis*” (lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal) al atribuir a los recargos una calificación específica, como objeto de créditos subordinados, equiparándolos a los intereses de cualquier clase, en el artículo 92, ordinal tercero –y no a las sanciones pecuniarias, a la vista del contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre, 198/1995, de 21 de diciembre, y 44/1996, de 14 de marzo, según las que el hecho de que los recargos tengan una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, no los convierte en sanciones en sentido propio– y, por lo tanto, con independencia de la consideración que mereciera la obligación principal, de la que aquellos son accesorios. Sin embargo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, no prescinde de la mencionada regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal, sino que la sigue cuando ésta sea contra la masa por haber sido generada por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso –artículo 84, apartado 2, ordinal quinto–. Procede, por lo expuesto, estimar el recurso y dar el mismo tratamiento, a los efectos del pago, al principal del crédito de que se trata que a los recargos”.

Artículo 159. Pago anticipado.

Si el pago de un crédito se realizará antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación, se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 142 y ss., 146

II. COMENTARIOS

El art. 159 LC tiene sus antecedentes en la regulación de los procedimientos de quiebra, concretamente en el art. 1043 Código de Comercio 1829 y en el art. 883. II del Código de comercio 1885. Con todo, la principal diferencia en relación a la normativa de la quiebra es precisamente el momento a partir del cual se considera anticipado el pago de un crédito aplazado, en cuanto el vencimiento anticipado de los créditos en el concurso se produce a partir de la apertura de la fase de liquidación (v. comentario al art. 146 LC).

El pago anticipado deberá realizarse con el descuento correspondiente con el fin de garantizar la aplicación del principio de la *par conditio creditorum* dentro del concurso. El tipo de descuento se calculará conforme al interés legal.

En cuanto al ámbito temporal del pago con descuento, compartimos la tesis de los profesores J. TOMILLO y V. GOZALO (v. *op. cit.*, pág. 2493), ha de computarse el interés legal tomando como *dies a quo* el momento en que se abre la liquidación del concurso y como *dies ad quem* la fecha de vencimiento convencional originario.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Véase la doctrina jurisprudencial reseñada en el comentario al artículo 146 de la Ley Concursal en la presente obra

Artículo 160. Derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario.

El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de éste.

I. CONCORDANCIAS

LC: art. 87.6

LCCH: art. 37

CC: arts. 1202.3º, 1212, 1213

II. COMENTARIOS**1. Ámbito de aplicación del art. 160 LC**

El art. 160 LC, que no ha sufrido modificaciones desde la aprobación de la LC en 2003, complementa el art. 87.6 LC. Ambos preceptos tratan específicamente de la concurrencia en el concurso de un acreedor con el “avalista”, “fiador” o “deudor solidario” del concursado.

El ámbito esencial de aplicación de este precepto, pero no exclusivo, es el supuesto de fianzas o avales solidarios suscritos por ciudadanos o empresarios a favor de los acreedores. Por ejemplo, los administradores sociales u otra persona que hubiera garantizado personalmente el pago de las deudas de la empresa o quienes han solicitado un préstamo hipotecario con garantía personal solidaria de los prestatarios. También se incluyen las personas que hayan prestado avales cambiarios (art. 37 LCCH). En cambio, lo dispuesto en los arts. 87.6 y 160 LC no será aplicable a supuestos distintos de subrogación de créditos a favor de quien no sea avalista, fiador o deudor solidario del concursado como, por ejemplo, el pago al acreedor por un tercero que no reúna ninguna de estas condiciones.

2. Preferencia de cobro del acreedor parcialmente satisfecho sobre el reembolso o la cuota de solidaridad del avalista, fiador o del deudor solidario del concursado

El art. 87.6 LC dispone que en caso de cobro parcial de un crédito a cargo del avalista, fiador o deudor solidario del concursado, el acreedor puede solicitar ser incluido en la lista de acreedores por el remanente no cobrado. Es una forma legal de proteger su derecho de crédito que todavía no ha sido satisfecho.

El art. 87.6 LC refuerza extraordinariamente la posición del acreedor, pues además atribuye al acreedor el derecho de ser reconocido como acreedor por la totalidad de lo que, por reembolso o cuota de solidaridad, corresponda al fiador, avalista o deudor solidario que ha hecho el parcial, aunque estos no hubiesen comunicado su crédito o hubieren perdonado al deudor. Puede verse por tanto que el acreedor originario recibe por ley una preferencia de cobro que alcanza lo que correspondería a lo obtenido por fiadores, avalista o deudores del concursado por la acción de reembolso o de la cuota de solidaridad. Todo ello con la finalidad le-

gislativa de asegurar al máximo el cobro íntegro de su crédito. Para ello, el art. 87.6 LC le reconoce no sólo el derecho a ser reconocido como acreedor por la parte no cobrada, sino también por la parte que ya ha cobrado y cuya titularidad corresponde al avalista, fiador o deudor solidario del concursado.

El límite es el importe del crédito, pues de otro modo habría enriquecimiento injusto del acreedor. Y esta es la finalidad del art. 160 LC, que aclara que el acreedor tiene derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes al fiador, avalista o deudor solidario hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de éste.

El art. 160 es la manifestación en sede concursal del principio general de la subrogación parcial de créditos recogido en el art. 1213 CC. Éste dispone que el acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito. En el procedimiento concursal, donde es muy posible la concurrencia de acreedores, el art. 160 LC subraya el privilegio del acreedor en detrimento del avalista, fiador o deudor solidario del concursado.

El art. 160 LC sólo es aplicable en el supuesto en que el acreedor del concursado haya percibido sólo una parte de su crédito del avalista, fiador o deudor solidario del concursado. Si ha percibido íntegramente el importe de su crédito, no hay concurrencia de acreedores sobre el mismo deudor. En caso de cobrar íntegramente su crédito, operan las reglas generales de subrogación de créditos. El avalista, fiador o deudor solidario del concursado se subrogan en la posición del anterior acreedor (arts. 1202.3º y 1212 CC) y podrán ejercitar su acción de regreso y ser incluidos en la lista de acreedores del concursado.

3. Régimen jurídico aplicable según el momento del pago por avalista, fiador o deudor solidario del concursado

El tenor literal del art. 160 LC limita la aplicación de este privilegio legal del acreedor en detrimento del avalista, fiador o deudor solidario del concursado que haya cobrado de estos “antes de la declaración del concurso”. La razón es que sólo en este supuesto se produce la concurrencia de derechos de crédito entre el acreedor (Campuzano, p. 2496).

En cambio, si el avalista, fiador o deudor solidario pagan al acreedor tras la declaración del concurso, tendrá lugar la sustitución del titular del crédito a favor de quien haya pagado (art. 87.6 LC). No obstante, si el pago es sólo parcial, el acreedor no podrá invocar el privilegio que le concede el art. 160 LC sobre la parte que corresponda al avalista, fiador o deudor solidario en concepto de reembolso o cuota de solidaridad. Estos pagos son posibles porque el hecho de formar parte de la lista de acreedores de un concurso no impide que pueda dirigir acción contra los garantes personales del concursado (Campuzano, p. 2496).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La STS, Sección 1ª, de 17 de abril de 2012 (RJ 2012\5273), niega la aplicación analógica de los arts. 87.6 y 160 LC a hipótesis distintas de pago por un tercero que no es avalista, fiador o deudor solidario del concursado. Por tanto, no admite que quien ha cobrado de un tercero que no reúna alguna de estas condiciones, pueda en sede concursal reclamar en nombre propio el importe que corresponde al tercero parcialmente subrogado en su posición. El Alto Tribunal casa la sentencia de apelación y estima el recurso de casación por considerar que “Es claro, de otro lado, que los tres supuestos a que se refiere el art. 87.7 LC –pago por avalista, fiador o deudor solidario– pueden producir ese efecto subrogatorio –artículos 1210, apartado 3º, y 1839 del Código Civil–. Sin embargo, no constan en las actuaciones, al menos para que puedan ser tomadas en consideración en este extraordinario recurso, las circunstancias que posibilitarían la calificación del pago por los demandantes, de los que sólo hay evidencia de que tenían la condición de terceros respecto de la relación de obligación en la que era sujeto pasivo la concursada, lo que nos lleva a considerar que, entre los diversos supuestos de pago por tercero previstos en el Código Civil, nos hallamos ante el más simple. Esto es, el del pago por tercero no interesado, ignorándolo la deudora, a que se refiere el artículo 1158. La aplicación de la analogía no está, en el caso, justificada ante la ausencia del necesario argumento *a pari ratione* o de igualdad de razón. Procede, por lo expuesto, estimar el recurso”.

Artículo 161. Pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios.

1. En el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito.

2. La administración concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos.

3. El deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 25, 25 bis

CC: arts. 1137, 1145

II. COMENTARIOS

1. Aplicación del art. 161 LC en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios en diferentes o en un mismo juzgado

El art. 161 LC, que no ha sufrido modificaciones desde la aprobación de la LC en 2003, se aplica en caso de concursos simultáneos sobre deudores vinculados mediante solidaridad pasiva frente a un mismo acreedor.

En algunos casos, los concursos se llevarán en diferentes juzgados. Otras veces un mismo juez de lo mercantil será el competente cuando se haya procedido a la acumulación por razón de los estrechos vínculos entre los deudores solidarios. Es el caso de los concursos conexos de deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades (arts. 25 y 25 bis LC).

2. Fundamento del art. 161 LC

El art. 161.1 LC intenta evitar el enriquecimiento injusto del acreedor, señalando que no podrá cobrar de los concursos de deudores solidarios más de lo que corresponda a su crédito. No está prohibido que el acreedor reciba una multiplicidad de pagos de diferentes concursos; lo que la ley no admite es que el acreedor perciba más de lo que le corresponda.

El principal efecto de la solidaridad pasiva o de los deudores es que cualquiera de estos debe abonar la totalidad de la deuda (art. 1137 CC). Si dos o más deudores solidarios están en concurso, el acreedor podrá reclamar el importe total de la deuda en todos los concursos. No está legalmente obligado a prorratear el valor del crédito en función del número de concursos.

3. Coordinación de pagos y retención por parte de la administración concursal

Para hacer la coordinación de pagos entre los diferentes concursos, la administración concursal puede retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios y, además, una vez efectuado el pago, informará a los administradores concursales de los demás concursos (art. 161.2 LC).

El art. 161.3 LC regula el supuesto del pago parcial por parte del deudor solidario en concurso a favor del acreedor. Es el mismo caso previsto en el art. 160 LC, con la especialidad de que el deudor solidario también está en concurso. Sin embargo, la solución es la misma, a través del reconocimiento de un privilegio al

acreedor para cobrar, hasta el límite de su crédito, con preferencia sobre el deudor solidario que ha realizado un pago parcial. En otras palabras, el codeudor que abona parcialmente el crédito no puede perjudicar el derecho del acreedor principal.

Tras el pago realizado al acreedor por uno o varios de los codeudores solidarios, caben las reclamaciones entre ellos de las cuotas de solidaridad en la prorrata que se haya estipulado (art. 1145 CC).

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El AAP Barcelona, Sección 15ª, de 29 de abril de 2009 (LA LEY 179963/2009) indica lo siguiente: “La Ley Concursal contempla el supuesto de concurrencia de las liquidaciones concursales de los deudores solidarios en el art. 161 LC, y la solución establecida no es la que proponen los aquí apelantes, de paralización de la fase de liquidación de su concurso a la espera de que concluya la liquidación concursal del deudor principal o solidario o bien se constate en ésta un remanente de pasivo no cubierto por la masa activa, sino que, simplemente, se establece la regla de la simultaneidad de las liquidaciones, prohibiendo al acreedor percibir, en uno y otro u otros concursos, más del importe de su crédito, pudiendo la Administración Concursal retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en todos los concursos en los que su crédito haya sido reconocido. Tal es la solución legal que, en principio, ha de ser observada, porque el legislador ha regulado esta situación con una norma concreta, sin que sea admisible una laguna legal. Para apartarse de ella habrían de ofrecerse, como presupuesto indispensable, razones de eficiencia concursal que pasan por proporcionar una ventaja a los acreedores, pero este no es el caso, porque la Administración Concursal se opone a ello ofreciendo argumentos en contra que desbaratan la propuesta, en particular porque afirman la constancia de la insuficiencia de la masa activa en el concurso de ESMETRO S.L. para atender la masa pasiva, con un amplio margen de déficit, y además porque no todo el pasivo en este concurso, ni su mayor parte, es coincidente con el de aquél”.

El derecho del acreedor a reclamar el importe total de su deuda en uno, varios o todos los concursos de sus deudores solidarios ha sido reconocido reiteradamente por las Audiencias Provinciales, en interpretación del art. 161 LC. Así, la SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, de 19 de enero de 2011 (LA LEY 10289/2011), señala lo siguiente: “Solidaridad pasiva que faculta al acreedor, en este caso, la AEAT y al amparo de lo establecido en el artículo 1.144 del Código Civil, en relación con los artículos 85.5 y 161 de la Ley Concursal, a interesar el reconocimiento de su crédito en una, varias o todas de las listas de acreedores de las concursadas que resulten deudores solidarias precisamente por ser beneficiarias de aquella escisión”. La SAP Córdoba, Sección 3ª, de 15 de junio de 2011 (LA LEY 202928/2011): “en tanto que —como mantiene el Tribunal Supremo— el fiador debe ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de *in solidum*. Por ello, cuando el deudor principal también está declarado en concurso sin haber cumplido la obligación afianzada, tras la declaración del concurso el pago de créditos concursales no será posible hasta la fase de convenio o liquidación, por lo que en esos casos es consustancial el incumplimiento, pudiendo entonces el acreedor dirigirse indistintamente frente al fiador solidario (ex art. 1831.3º CC)”. La SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de noviembre de 2009 (LA LEY 253849/2009): “de dicha doctrina (del Tribunal Supremo) se extrae la forzada consecuencia de que en

el caso de que entre en concurso uno de los deudores solidarios, no pierde el acreedor la posibilidad de accionar contra el resto de deudores, frente a los cuales permanece intacta su acción. Caso de que el resto de deudores también entre en concurso existe una norma especial que impide el efecto que denuncia el auto recurrido, evitándose cualquier situación de injusto enriquecimiento (cfr. art. 161 LC), del mismo modo que el art. 87, en sus apartados 5, 6 y 7 contienen reglas especiales para el reconocimiento en el concurso de aquellos créditos en los que el acreedor cuente con un patrimonio de refuerzo. De ellas se sigue sin dificultad que el concurso del deudor solidario no impide al acreedor perseguir separadamente el patrimonio del resto de obligados. La reciente reforma del art. 87.6 LC, como es bien sabido, ha clarificado dudas anteriores. En suma, la forzada suspensión de la ejecución sólo resulta predicable con respecto al deudor en concurso, no respecto de otros posibles deudores solidarios, frente a los que podrá actuar el deudor separadamente si le conviniere.”

En cuanto a la coordinación de pagos, la SAP Valencia, Sección 9ª, de 25 de enero de 2011 (LA LEY 13531/2011), indica que: “La información en todos los concursos es determinante a fin de cumplir lo previsto en orden al pago del acreedor en régimen de solidaridad pasiva, según el artículo 161 LC, en que se parte de dos reglas: a) que no se obtenga más que el crédito, y b) asegurar la indemnidad de éste, evitando la subrogación de los deudores concursados en el resto de los concursos por los pagos parciales efectuados hasta que aquel acreedor no haya sido íntegramente satisfecho (para ello o bien se retiene por la administración el pago hasta que el acreedor no acredite lo obtenido en otros procedimientos, o se espera a la comunicación por la administración del otro concurso de lo efectivamente satisfecho al acreedor en aquel)”.

Artículo 162. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio.

1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores.

2. Quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente.

I. CONCORDANCIAS

LC: arts. 72.3, 136, 140, 142.2 y 143.4º y 5º, 154 a 161, 164, 166, 167, 192.1

II. COMENTARIOS

1. Ámbito de aplicación del art. 162 LC

El concurso de acreedores, según está estructurado en la LC, dispone de una fase común, a la que puede seguir, alternativamente, la fase de convenio o la fase de

liquidación (Garrido, p. 2503). No obstante, una de las causas de la apertura de la liquidación es la frustración del convenio.

El art. 162 LC, que no ha sido modificado desde la aprobación de la LC en 2003, es una norma especial para el supuesto concreto en que se hayan hecho pagos parciales a los acreedores en virtud del convenio entre el concursado y los acreedores. La ineficacia del convenio por incumplimiento, por rescisión o por nulidad supone la apertura de la liquidación concursal (arts. 142.2 y 143.4º y 5º LC).

Pueden existir evidentes problemas prácticos vinculados a la restitución de las cantidades pagadas e, incluso, de ser realizable, prolongar demasiado el procedimiento de liquidación. Por ello, el legislador admite en principio la validez de los pagos de los créditos realizados “extraprocesalmente” y durante la vigencia del convenio, aunque no hayan seguido los criterios de liquidación de los arts. 154 a 161 LC.

El art. 162.1 LC presume *iuris tantum* como pagos legítimos los realizados en cumplimiento del convenio.

A continuación, el art. 162.2 LC señala que los acreedores que hayan recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no quede desvirtuada por sentencia firme, los retendrán en su poder. A *sensu contrario*, los pagos parciales en cumplimiento del convenio no deben, como regla general, ser restituidos por los acreedores.

2. La coordinación de los pagos realizados en virtud de convenio y la fase de liquidación

En fase de liquidación concursal ya son aplicables imperativamente las formas de pago de los arts. 154 a 161 LC.

Los acreedores cuyos créditos han sido parcialmente satisfechos en virtud del convenio no cobrarán de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubieran recibido pagos en un porcentaje equivalente. El objetivo legal es evitar que los pagos parciales percibidos extraprocesalmente alteren la igualdad de trato de acreedores.

Hay que tener en cuenta que el importe de los créditos, tras la ineficacia del convenio y la apertura de la liquidación, no es el fijado en el convenio. Éste extingue los créditos en la parte que alcance la quita, por ejemplo (art. 136 LC). Sin embargo, la declaración de incumplimiento del convenio supone la rescisión de éste y la desaparición de la eficacia novatoria (art. 140 LC).

3. Hipótesis de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de los acreedores

La retención de los pagos parciales abonados por el deudor concursado a un acreedor no es aplicable en ciertos casos que detalla también el art. 162 LC: que por sentencia firme se pruebe la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Ello sin perjuicio de que en la sección de calificación se determine la culpabilidad del concurso y las posibles complicidades (arts. 164, 166, 167 LC).

El fraude en el pago parcial realizado tendrá normalmente como sujetos el deudor concursado y el acreedor beneficiado, pero no necesariamente se limita a estos. La contravención del convenio también es causa de revocación del pago parcial realizado porque no cuenta con el apoyo de la mayoría de los acreedores expresados en el convenio. Por lo que respecta a la alteración de la igualdad de trato de los acreedores como causa de revocación, debe entenderse en realidad como respecto a la clasificación de créditos de la LC, pues en puridad no hay igualdad de trato.

El art. 162 LC no indica quién está legitimado para interponer la demanda de revocación, ni el procedimiento. Parece que se tratará por la vía del incidente concursal (art. 192.1 LC), por el que se tramitan también las acciones rescisorias (art. 72.3 LC). La sentencia de revocación por alguna o varias de estas causas de los pagos realizados determinará sus efectos, el más normal de los cuales será el reintegro forzoso a la masa activa de los pagos parciales percibidos.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 11 marzo de 2009 (URR 2009249681) trata específicamente de la eficacia de los pagos realizados en virtud de convenio a los efectos de evitar la apertura de la liquidación: "no existe razón jurídica alguna que justifique que el Tribunal de oficio y contra la voluntad de ambas partes, que mantienen el poder de disposición sobre el proceso y los derechos que en él se someten a contienda (art. 19, 1ª de la LEC que dispone con carácter general que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero), mantenga contra la voluntad de ambas partes, en un supuesto en el que los actores han dejado claramente sentado que se ha satisfecho extraprocesalmente su interés y que no tienen interés alguno en que se resuelva el convenio concursal y se proceda a la liquidación de la entidad concursada, un pronunciamiento ex-querido por las partes. Ni se viola norma imperativa alguna declarando la satisfacción de traprocesal del interés de la parte actora ni se perjudica con ello derecho alguno de tercero: cualesquiera acreedores respecto a los que no se haya cumplido el convenio "en lo que les afecte" mantendrán su acción para instar por sí, en su propio interés, la resolución del convenio concursal, hasta que llegue la fecha de caducidad de la acción (dos meses después de la última publicación de la sentencia en la que se haya declarado el cumplimiento del convenio -arts. 139 y 140 LC-)".

TÍTULO VI DE LA CALIFICACION DEL CONCURSO

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 163. Calificación del concurso.

1. El concurso se calificará como fortuito o como culpable.
2. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

I. CONCORDANCIAS

LC: Exposición de motivos
LC: art. 48 y 189

II. COMENTARIOS

En la antigüedad todo quebrado era fraudulento. Así, en el derecho arcaico el deudor respondía con su persona frente al acreedor, quien tras 60 días de aprehensión personal, procedía a su venta como esclavo para cobrarse la deuda. En el derecho moderno se ha superado la regla *decoctor ergo defraudator*. Las Ordenanzas de Bilbao en su Capítulo XVII introdujeron un Derecho de quiebras, que directamente inspiró el Código de Comercio de Sanz de Andino de 1829, y después la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y el Código de Comercio de 1885 derogado en este punto por la LC, instaurador de la posibilidad de probar que dicha testatura procedía de un infortunio casual, asumiéndose la insolvencia en la sociedad capitalista como una posibilidad de la que no se deriva responsabilidad alguna en determinados casos.

En el modelo actual la calificación de la conducta que termina en la insolvencia tiene una relevancia civil en exclusiva, y como único objeto la decantación de la culpa o fraude, en función más de indemnizar a la masa pasiva que al castigo del concursado.

En materia de calificación el legislador ha impuesto el deslinde de los objetos de los procesos, civil y penal. El Código Penal vigente de 1995 en los arts. 257 a 261 regula las denominadas insolvencias punibles, de forma autónoma y sin remisión a calificación concursales, reafirmando el principio que consagra el art. 260.4 CP "en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal", y ahora lo reitera el art. 163.2 LC. También contribuye a ello la opción elegida por el legislador de no permitir la prejudicialidad del proceso penal en el artículo 189 LC.