

M.^a ISABEL CANDELARIO MACÍAS

*Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III
Profesora de la Escuela Europea de Negocios*

LUISA RODRÍGUEZ GRILLO

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Extracto:

RESULTA inevitable que en cualquier economía, por sólida y desarrollada que se encuentre, surjan los casos de insolvencia, derivados de las leyes propias del mercado capitalista. Luego, del adecuado tratamiento de estos supuestos, dependerán, en gran medida, los costes económicos que estas situaciones acarreen.

En nuestro país ha entrado en vigor recientemente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley de Concurso, como respuesta a un reclamo durante años proclamado por distintos sectores, no sólo los abogados sino también los economistas, dada la arcaicidad de la legislación existente y su inadaptación a los problemas que plantea la economía moderna.

Son muchas las cuestiones novedosas e interesantes que se pueden encontrar en la nueva Ley, pero en este estudio nos hemos centrado en un elemento de especial significación y trascendencia: la administración del concurso. Anticipemos aquí que la nueva Ley de Concurso ofrece un estatus jurídico a la administración concursal, concibiéndola como órgano independiente que colabora con el órgano jurisdiccional, lo que representa un paso de avance respecto a la legislación anterior en cuanto que ésta se limitaba a representar los intereses de los acreedores y del deudor. Hoy día podemos afirmar –y así lo examinamos y ponemos de manifiesto en este artículo– que la legislación concreta con gran rigor técnico las cuestiones relativas a los requisitos, estructura y funcionamiento de la administración concursal.

Sumario:

1. Introducción.
2. Breve referencia a la normativa existente con anterioridad a la nueva Ley.
3. La administración concursal en la nueva Ley de Concurso (Ley 22/2003).
 - 3.1. Cualidades que deben exigirse a los miembros del órgano de administración concursal. Su designación.
 - 3.2. La aceptación del cargo de administrador judicial.
 - 3.3. La recusación de los miembros de la administración concursal.
 - 3.4. Integrantes de la administración concursal.
 - 3.5. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.
 - 3.6. Los auxiliares delegados.
 - 3.7. Forma en que funcionará la administración concursal.
 - 3.8. La retribución de los administradores.
 - 3.9. Funciones que desempeñan los administradores.
 - 3.10. El informe de la administración.
 - 3.11. El inventario de la masa activa.
 - 3.12. La masa pasiva y los créditos concursales.
 - 3.13. Plan de continuación.
 - 3.14. Plan de liquidación.
 - 3.15. Responsabilidad de los administradores concursales.
4. Conclusiones generales.

Anexos: la administración concursal y el concurso.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Para la economía de un país, el desarrollo empresarial tanto de las pequeñas y medianas empresas como de las grandes empresas y los grupos empresariales constituye un elemento de base para su auge sostenido. La existencia de empresas sanas proporciona aumento de puestos de trabajo estable, recursos financieros seguros, aumento del comercio interior y exterior, entre otras consecuencias.

Sin embargo, resulta inevitable que en cualquier economía, por sólida y desarrollada que se encuentre, surjan los casos de insolvencia, derivados de las leyes propias del mercado capitalista. Luego del adecuado tratamiento de estos supuestos, dependerá, en gran medida, los costes económicos que estas situaciones acarrearán.

En el tráfico mercantil, la desaparición de una empresa es un fenómeno natural, cuyas consecuencias corresponde atenuar al Derecho; cuestión compleja ya que se trata de satisfacer a los acreedores, salvaguardar la empresa— siempre que ello sea viable— y mantener los puestos de trabajo ¹.

Para el deudor que solicita la apertura del procedimiento supone, por un lado, la posibilidad de detener las ejecuciones individuales y disponer de una regulación legal que le permitirá ir tomando las medidas necesarias, tanto para la continuación de la actividad empresarial como para la liquidación de la empresa; a esto último habrá que añadir los gastos que conllevan los costes judiciales y los honorarios que deben pagarse a las personas que intervienen en la administración concursal, expertos independientes, etc. ².

Según CANTERA SOJO, J.M. ³, el coste económico del concurso comprende dos aspectos, uno de ellos es «el coste de la solicitud y tramitación del procedimiento, en general alto y más para la situación actual de insolvencia de la empresa», y el otro «el coste adicional que para sus compras y

¹ CANDELARIO MACÍAS, M.I y RODRÍGUEZ GRILLO, L. *La Empresa en Crisis. Derecho Actual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998, pág. 33.

² En 1987, cuando se anunció la quiebra de TEXACO, las acciones perdieron más de 1,500 millones de dólares en pocos días. <http://www.cema.edu>

³ CANTERA SOJO, J.M. «Reconducción de Empresas en Crisis», en *Crisis Económica y Derecho Concursal, II Jornadas de Estudio de las Crisis Empresariales y su Tratamiento Jurídico y Procesal desde el punto de vista de la Eficacia Económica*, Consejo General de Colegios de Economistas de España. Ediciones Gráficas Ortega, Madrid 1989.

financiación externa va a tener la reacción negativa de los acreedores». Señala además que la solicitud del concurso, al «hacer pública la crisis de la empresa, con la consiguiente pérdida de imagen frente a sus trabajadores y al mercado», determina consecuencias serias a corto plazo por el «serio revés a sus ingresos por la vía de la productividad y de las ventas y a sus cobros»⁴.

Para los acreedores, representa la posibilidad de cobrar sus créditos, aun cuando tengan que ser objeto de quitas o esperas o, peor aún, en algunos casos no cobrarlos. Por su parte, para los trabajadores, la quiebra significa desempleo.

En nuestro país se ha promulgado recientemente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley de Concurso, como respuesta a un reclamo durante años proclamado por distintos sectores, no sólo los abogados sino también los economistas, dada la arcaicidad de la legislación existente y su inadaptación a los problemas que plantea la economía moderna.

Son muchas las cuestiones novedosas e interesantes que se pueden encontrar en la nueva Ley, pero hemos de centrar el estudio en un elemento de especial significación y trascendencia: la administración del concurso.

2. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA EXISTENTE CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA LEY

La principal característica de esta normativa era no sólo su obsolescencia sino también su dispersión. Así, nos encontramos con el siguiente panorama:

El Código de Comercio regulaba en sus artículos 870 a 873 lo relativo a la suspensión de pagos, remitiendo a la Ley especial la tramitación del expediente de suspensión de pagos. Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, que concibe la suspensión de pagos como un procedimiento encaminado a alcanzar un convenio entre el deudor y sus acreedores a fin de evitar la quiebra. La administración en la suspensión de pagos correspondía a los interventores. Esta Ley regula el nombramiento de éstos así como sus atribuciones, intervención en las actividades del suspenso, la forma de retribución, la elaboración del dictamen y la lista de acreedores, los asuntos relativos a la Junta de acreedores y el Convenio, entre otras.

Por su parte, las disposiciones generales sobre la quiebra se encontraban recogidas en los artículos 874 a 929 del Código de Comercio de 1885. La administración de los bienes que integran la masa era ejercida por los síndicos.

⁴ Véase MAIRATA LAVIÑA, J «Los efectos patrimoniales del concurso», *Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español* (7 a 11 octubre 2002) Documento n.º 5 del Registro de Economistas Forenses del Consejo General de Colegios de Economistas de España, Madrid, 2002. Plantea que el concurso representa una situación económica anormal que provoca desconfianza y falta de crédito en el deudor.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 7 de enero de 2000, vigente en la actualidad, se abordan distintas situaciones en las que puede constituirse la administración judicial, tales como ⁵: el embargo de alguna empresa o grupos de empresa así como participaciones o acciones que representen la mayoría del capital social; para la garantía del embargo de frutos y rentas, en los casos previstos en la propia Ley; para pagos del principal, intereses y costas de ejecución; para la administración de finca y bienes hipotecados; administración del caudal hereditario; liquidación del régimen económico matrimonial.

Como se puede advertir, la administración judicial en España viene íntimamente vinculada al embargo de bienes ⁶ como institutos que canalizan la ejecución dineraria o «afección de bienes para la razonable garantía de la satisfacción del ejecutante» ⁷. Un elemento importante contenido en la LEC es la introducción de la administración judicial en el caso de grandes empresas al incluir al grupo, si bien sólo en línea de carácter programático, puesto que no existe un desarrollo posterior de cómo debiera hacerse la administración judicial de un grupo de empresas en el caso de insolvencia de una de ellas. A lo sumo, en el artículo 631 se establece el modo de actuar en caso de administración judicial desde una vertiente procedimental ⁸.

De las disposiciones de la LEC puede observarse la intención del legislador de querer adoptar un acuerdo entre las partes afectadas por la administración judicial en orden a la designación de un administrador, que sea acorde a las circunstancias concretas que la empresa en cuestión presenta. Aunque la no adopción de un acuerdo no será obstáculo para que el juez designe por providencia la existencia de un administrador que, en todo caso, deberá ser inscrito en los Registros públicos pertinentes.

En otro orden de cosas, encontramos que el artículo 632 determina el contenido del cargo de administrador, que viene a traducirse en los mismos derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades que tuviese el administrador ordinario sustituido según ordena el precepto referido ⁹.

⁵ GÓMEZ MARTÍN, F. *La Administración Concursal*. Estudios de Deusto, Vol. 50772, julio-diciembre 2002.

⁶ *Vid.*, en relación a la anterior LEC: CACHÓN CADENAS, Manuel-Jesús. *El Embargo*. Barcelona: Bosch, 1991. Págs. 505 a 666.

⁷ *Vid.*, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

⁸ Dispone el artículo 631.1 «se citará de comparecencia a las partes y, en su caso, a los administradores de las sociedades, cuando éstas no sean la parte ejecutada, así como a los socios o partícipes cuyas acciones o participaciones no se hayan embargado, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y pruebas oportunas sobre el nombramiento de administrador, persona que debe desempeñar tal cargo... En los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes el tribunal resolverá, mediante providencia, lo que estime procedente sobre la administración judicial. 2. Si el tribunal acuerda la administración judicial de una empresa o grupo de ellas, deberá nombrar un interventor designado por el titular o titulares de la empresa o empresas embargadas...3. El nombramiento de administrador judicial será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles».

⁹ En efecto: «cuando no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitará autorización judicial para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia el órgano judicial hubiere expresamente señalado».

Como puede observarse, el contenido dado a las funciones y límites del administrador¹⁰ son generales y habrá que estar –o mejor aún– remitirse a la normativa oportuna en cuestión de administración ordinaria de la empresa afectada por la medida de la administración judicial. Todo ello contrasta –por lo general y escueto frente a lo específico y detallista– con lo reglamentado en otros países de la Unión Europea en materia de administración judicial en orden a las funciones y alcance que posee ésta¹¹.

En este sentido, nótese lo que precisa la LEC en el artículo 633 en cuanto a la forma de actuación del administrador¹²: «1. Acordada la administración judicial dando posesión al designado, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces llevara. 2. Las discrepancias que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el tribunal, mediante providencia, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final que habrá de rendir el administrador. 3. De la cuenta final justificada que presente el administrador se dará vista a las partes y a los interventores, quienes podrán impugnarla... De mediar oposición se resolverá tras citar a los interesados de comparecencia. El auto que se dicte será recurrible en apelación».

¹⁰ Véase, LLADO LEÓN. *Administrador Judicial*. 2.ª edic., 1999.

¹¹ En el Derecho inglés el administrador actúa en *the Administration Order* con su propio *status*, que es el de ser un agente de la empresa, aunque no está vinculado bajo ningún contrato específico (sec. 14 *the Insolvency Act* 1986). La importancia que adquiere el administrador o *insolvency practitioner* en estos procedimientos es relevante al tener que intentar salvaguardar y continuar con los negocios bajo el fenómeno que se ha denominado «rescue culture». Este planteamiento se recoge en la sentencia [1995]2 All ER 65, [1995]WLR 312 que viene a variar la línea de actuación del caso *Paramount Airways* en materia de responsabilidad del administrador, puesto que en la necesidad de continuar con la actividad de la empresa por parte de éste se llegó a los extremos de tener que cubrir con su propio sueldo los gastos derivados, al ser los recursos de la empresa insuficientes para realizar el pago a los trabajadores. Con todo, esta responsabilidad ha sido modificada por la *Insolvency Act* 1994, por lo que se refiere al pago de las sumas correspondientes a los salarios o pensiones de los trabajadores. *Vid.*, BOYLE & BIRDS. *Company Law*. 3.ª edic. London: Jordans, 1995, pág. 590 y ss. También, el administrador tiene una serie de gastos durante la administración. *Cfr.*, CHARLESWORTH & MORSE. *Company Law*. 15.ª edic. London: Sweet & Maxwell, 1995, pág. 706. Desde un punto de vista jurisprudencial, se contienen dichas responsabilidades en *Powdrill v. Watson, Re Paramount Airways Ltd (N.º 3)* [1994] BCC 172, 182, CA. En fin, el administrador dirige los negocios y administra todos los derechos de la empresa bajo la vigilancia del Tribunal. Sobre el particular, GOODE. *Principles of Corporate Insolvency Law*. London: Sweet and Maxwell, CCLS, 1990. Chapter VII; PRETINCE, ODITAH & SEGAL. «Administration: part II of the Insolvency Act 1986». En ZIEGEL. *International and Comparative Corporate Insolvency Law. Chapter 5*; SLORACH, S. & ELLIS, J. *Business Law 1995/1996*. London: Blackstone Press Limited, 1995, pág. 224. En lo que hace al Derecho alemán, el artículo 61 de la InsO dispone que «el administrador está obligado a indemnizar por daños y perjuicios al acreedor de la masa si la obligación, fundada en la actividad del mismo, no puede cumplirse íntegramente. Ello no vale cuando el administrador, al autorizar la obligación, no pudiera conocer que probablemente la masa no sería suficiente para su satisfacción». Conviene hacer notar que, en los términos de un primer proyecto, la responsabilidad de los administradores del procedimiento de insolvencia tenían limitaciones importantes. El nuevo régimen de insolvencia, a diferencia de la *Konkursordnung* prevé que es posible renunciar al nombramiento de administrador del procedimiento. En este caso, el deudor posee el derecho de disponer de su patrimonio, aunque sometido a la supervisión de un «administrador de bienes» (*Sachverwalter*) (art. 270 a 285, InsO). Con todo, el juez no renunciará a nombrar un administrador de la insolvencia, al final si los acreedores no llegan a un acuerdo respecto al nombramiento de aquél, el juez designa, de manera definitiva, al administrador u otra persona que cumpla dichas funciones. En fin, el administrador deberá actuar conforme a la confianza depositada por los acreedores hacia su persona. Como establece HENCKEL, Wolfram. *Deregulierung im Insolvenzverfahren?* KTS, 1992, pág. 487 dice que el administrador puede forzar la continuidad de los contratos de trabajo e incurrir en gastos derivados de la administración del patrimonio y opinar igualmente sobre la pertinencia de liquidar o no la empresa. También, KAMLAH, Klaus. «The new German Insolvency Act: Insolvenzordnung». Vol. 70. N.º 4. *The Amer. Bankr. Law Jour.*, 1996, pág. 428.

¹² CÁMARA RUIZ, J. «La retribución de los depositarios, administradores, interventores judiciales y responsables de bienes o derechos (en el borrador de Anteproyecto de la LEC)». En *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7 a 10 octubre, 1997, págs. 305 y ss.

Luego, la designación del administrador judicial es inmediata; las discrepancias vienen a ser resueltas por el tribunal vía providencia *a posteriori* de la audiencia entre las partes afectadas y, por último, el administrador debe rendir cuentas de su actuación al tribunal.

En definitiva, teóricamente el esquema trazado resulta demasiado sencillo y perfecto, no obstante, la práctica dará el verdadero alcance de la «cortedad de miras» con la cual es concebida la nueva administración judicial en España en la Ley 1/2000, que sí presenta como «mérito» el haber concentrado en unos pocos mandatos la filosofía y la reglamentación¹³—dispersa en los arts. 1.010, 1.447, 1.450 de la vieja Ley de 1881 y Decreto-Ley de 20 octubre de 1969¹⁴—, en torno a la administración judicial tanto de embargo de frutos y rentas como de un establecimiento mercantil o industrial cuando lo embargado sea una empresa, grupo de empresas o participaciones/ acciones que representen la mayoría de capital de la empresa embargada.

3. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA NUEVA LEY DE CONCURSO (LEY 22/2003)

En esta Ley, lo primero que encontramos es una nueva configuración de la administración del concurso.

Existe una diferencia respecto a la legislación anterior en lo relativo a la terminología del órgano de administración: los síndicos en el proceso de quiebra y los interventores en el de suspensión de pagos son sustituidos por los administradores concursales. También desaparecen el comisario y el depositario, colaboradores judiciales en los procedimientos de quiebra.

Según el profesor ÁNGEL ROJO¹⁵, al exponer sus ideas sobre el Proyecto de Ley concursal, una de las cuestiones que criticaba era precisamente la terminología utilizada «administradores judiciales», y fundamentaba esta discrepancia en los siguientes aspectos: a) «... los lla-

¹³ Para mayor información sobre la anterior normativa sobre administración judicial véase, FENECH NAVARRO, M. «La Administración de bienes en el proceso». Discurso de ingreso del Académico de número, 1974. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Práctico*. T.IV. Capítulo XII. Madrid, 1995, págs. 359 y 360.

¹⁴ *BOE* n.º 252, 21 de octubre, 1965. En efecto, la Ley 18/1969 de 20 de octubre sobre administración judicial en caso de embargo de empresas señala en su Exposición de Motivos que esta norma clarifica su génesis y se enmarca en el contexto de la evolución del pensamiento jurídico que se inclina por la conservación de la empresa y por la reforma de nuestras leyes concursales. Comenta la misma, entre otros, VERGEZ SÁNCHEZ, M., «La Administración judicial». *Ibidem*, pág. 301 y ss. GARCÍA VILLAVERDE, R. «Notas sobre la Reforma del régimen jurídico de la crisis de las empresas bancarias». N.º 18. *Papeles de Economía Española*, 1984, pág. 141, «esta Ley está prevista para los casos de embargo de empresas o grupos de empresas, acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación y se decide por el juez de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias en que puedan encontrarse los titulares de los bienes embargados y la naturaleza de éstos cuando estime su conveniencia en salvaguarda del interés general. El juez podrá decretar que continúe la administración existente, bajo el control de uno o varios interventores, o sustituirla nombrando otros administradores cuya gestión también será intervenida, esta vez por representantes de diversos grupos de intereses que se especifican por la norma».

¹⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «La Reforma del Derecho Concursal Español», *Il Fallimento* N.º 9/2003, pág. 966.

mados administradores judiciales sólo administran en caso de que el deudor, la persona natural o los administradores de la persona jurídica deudora hayan sido suspendidos en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio»...y la segunda ... «estriba en el hecho de que las personas que entren en relación con esos administradores judiciales no pueden conocer, por el simple nombre de éstos, si han sustituido al deudor al frente del patrimonio o si, por el contrario, se limitan a completar la capacidad de dicho deudor común» y a tal respecto proponía «sustituir esa terminología, de modo tal que esos administradores judiciales pasen a ser designados por la Ley como interventores o síndicos, según que exista intervención o suspensión».

Esta recomendación no fue tenida en cuenta por el legislador al redactar la nueva Ley de Concurso, interpretamos que al unificar en un mismo texto legal los antiguos procesos de suspensión de pagos y de quiebra, en correspondencia con esto, el legislador ha estimado conveniente unificar la denominación de la administración.

Con independencia de la denominación adoptada, coincidimos con la doctrina mayoritaria, que los administradores del concurso al igual que los interventores de las suspensiones de pagos son auxiliares del juez y su naturaleza es análoga a la de los peritos judiciales, aunque con facultades legales más amplias.

Como podrá comprobarse más adelante, los administradores concursales actúan por delegación del juez que es quien los designa y les atribuye tanto facultades de asesoría como también fiscalizadoras, respecto al concursado ¹⁶.

3.1. Cualidades que deben exigirse a los miembros del órgano de administración concursal. Su designación.

Hacemos nuestro el criterio, aplicándolo a los administradores del concurso, de que en un interventor «ideal» deben concurrir las siguientes cualidades: «honorabilidad, profesionalidad y disponibilidad para el juzgado». Esto significa que debe tenerse en cuenta un criterio ético, el de la honorabilidad, que se materializa en cualidades tales como la honradez, la respetabilidad, la conducta digna y correcta; también, y como cuestión fundamental, la formación adecuada para desempeñar el cargo y, por último, un criterio pragmático, como es la posibilidad de poder cumplir con la misión que se le encomiende en el momento en que se le solicite.

¹⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Navarra que confirma el carácter de auxiliares del Juez de los administradores del concurso.

La Ley, al regular este aspecto, sigue el criterio tradicional de la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal que de manera general se utiliza en el Derecho societario y que, entendido en su sentido más amplio, abarca las dos primeras cualidades antes descritas.

3.2. La aceptación del cargo de administrador judicial.

Está regulada en el artículo 29 de la Ley que establece que al administrador concursal se le comunicará su designación por el medio más rápido posible, lo cual significa el uso de las más modernas técnicas de comunicación. Asimismo se establece un plazo de sólo cinco días para que el designado se presente en el juzgado para manifestar si acepta o no el cargo. De no comparecer, el juez deberá designar de forma inmediata a otra persona que reúna las cualidades establecidas. Una vez aceptado el cargo, el designado sólo podrá renunciar por causa grave.

Como se puede advertir en este punto, la Ley refleja la agilidad y celeridad que se quiere alcanzar en estos procesos.

En los casos en que resulte designada una persona jurídica debe, al aceptar el nombramiento, dar a conocer la identidad de la persona física que ocupará el cargo. Como característica de la aceptación, se dispone que tanto el abogado, el auditor, el economista o el titulado mercantil al aceptar el cargo deben señalar un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo, en una localidad dentro del ámbito de competencia territorial del juzgado.

Esta disposición, a la vez que garantiza que los designados se encuentren cerca del juzgado en el que se desarrollará el proceso, es lo suficientemente flexible como para no limitarlo a la localidad donde se encuentre ubicado el juzgado.

3.3. La recusación de los miembros de la administración concursal.

Prevé la Ley que cualquier persona que esté legitimada para solicitar la declaración del concurso (deudor y cualquier acreedor) puede recusar a los administradores concursales.

Las causas que pueden dar lugar a la recusación son las siguientes: las constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para ocupar el cargo, a la que nos referiremos en breve, así como las establecidas en la LEC para la recusación de peritos.

En aras de una mayor agilidad del procedimiento, se establece que la recusación deberá promoverse tan pronto como el recusante conozca la causa en la que se funde, es decir, que no establece plazo alguno desde que se conoce la posible causa de recusación hasta que se promueve el proceso.

Otro elemento que nos habla a favor de la agilidad del proceso es el hecho de que la recusación no producirá efectos suspensivos y se sustanciará por las causas del incidente concursal¹⁷, que no suspende el procedimiento en curso. Además se afirma que el recusado seguirá actuando como administrador concursal, sin que la resolución que recaiga afecte a la validez de las actuaciones.

Respecto a lo anterior consideramos que la gestión realizada por el administrador que ha sido objeto de recusación resulta válida hasta el momento en que se produjera una resolución favorable a la recusación.

3.4. Integrantes de la administración concursal.

Será el juez quien los designará y su composición será la siguiente¹⁸:

- un abogado de experiencia profesional de al menos 5 años;
- un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de al menos 5 años; y
- un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado (arts. 26 y 27).

En relación con la presencia de un abogado consideramos que, en la experiencia profesional exigida, debe hacerse especial referencia a la materia mercantil en general y en particular a la concursal, lo que no excluye los conocimientos en otras materias como Derecho del Trabajo, Derecho civil, sustantivo y procesal así como el Derecho administrativo.

Hay autores que manifiestan criterios contrarios a la presencia del abogado en el órgano de administración del concurso, los cuales se basan, fundamentalmente, en el hecho de que los asuntos que se presentan y deben ser resueltos tienen un marcado carácter económico y que las cuestiones de índole jurídica deben ser resueltas por el juez del concurso¹⁹ y, en los casos en que los administradores requieran ayuda legal deben dirigirse a abogados especializados en la materia correspon-

¹⁷ El incidente concursal se encuentra regulado en los artículos 192 y siguientes de la Ley, donde se establece que todas aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. De ello se infiere que esta vía puede ser utilizada para resolver cualquier cuestión surgida en cualesquiera de las secciones del proceso. Asimismo se empleará en las acciones ejercitadas ante el juez y las acciones contra el patrimonio del deudor.

¹⁸ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, plantea que «idéntica unanimidad doctrinal se encuentra en que deben ser personas de la exclusiva confianza del juez que los designa, pues ése es el espíritu de la Ley, precisamente como consecuencia de la colaboración profesional para la que son llamados».

¹⁹ GÓMEZ MARTÍN F. *Op. cit.* pág. 389.

diente. Algunos, atendiendo a su experiencia ²⁰, plantean que los órganos judiciales han aceptado y reconocido durante años la actuación de los auditores de cuentas y que el interventor abogado ha sido una figura que no ha funcionado a lo largo de los años. Otros mantienen la misma posición pero por otros motivos tales como el hecho de que a éste se atribuyen «facultades para-judiciales» que se consideran de menor importancia y que no lo son.

Nuestra posición al respecto es que la inclusión de un abogado en la administración concursal resulta beneficiosa ya que, independientemente de que el concurso tiene como base un hecho de carácter económico, al mismo tiempo es un proceso judicial en el cual son necesarios los conocimientos jurídicos para contribuir a garantizar la buena marcha del mismo. Hoy día existen licenciaturas de Estudios Conjuntos de Derecho y de Economía cuyos titulados poseen una magnífica formación para ocupar este cargo.

Recuérdese además que en la Propuesta de Ley Concursal presentada por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO ²¹ se preveía en el artículo 29 la presencia entre los síndicos e interventores de un «letrado en ejercicio de reconocida cualificación, que sea Doctor en Derecho o que haya ejercido, al menos, durante quince años ininterrumpidos».

En cuanto al auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, lo primero que se plantea es que se trata de figuras alternativas, cuyas cualidades específicas no se encuentran precisadas en la Ley. El nombramiento de los auditores de cuentas está previsto en la Ley 19/1988, Ley de Auditoría de Cuentas ²² (LAC) que en su disposición adicional cuarta dispone que los peritos mercantiles serán sustituidos por los auditores de cuentas ²³. Asimismo, esta Ley en su artículo 8 regula de forma estricta las incompatibilidades a que están sometidos éstos.

Podrán ser nombradas como administradores concursales las firmas de auditoría de cuentas, tomando como fundamento lo previsto en su artículo 6.1 que dispone la facultad que tienen estas entidades para realizar auditorías a las personas físicas o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. En este caso, dichas firmas deberán designar la persona física que actuará como su representante.

Con relación a este punto resulta oportuno recordar que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por Resolución de 27 de julio de 1992, puso en vigor la Norma de Auditoría sobre la Aplicación del Principio de Empresa en Funcionamiento y aplicable a la primera parte del proceso que culmina con el convenio. En su apartado 5.º dispone esta Resolución lo siguiente:

²⁰ LORA LARA, B. «La Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal: un comentario de urgencia». *Partida Doble*, n.º 68, junio de 1996.

²¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». *Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal*. Boletín n.º 1.768 de 15 de febrero de 1996.

²² Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

²³ Véase artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos.

«La opinión técnica del auditor de cuentas tiene como objetivo otorgar mayor grado de fiabilidad a las cuentas anuales, no constituyendo de ninguna forma una garantía sobre la viabilidad futura de la entidad. No obstante, el auditor de cuentas debe prestar atención a aquellas situaciones o circunstancias que le puedan hacer dudar sobre la continuidad de la actividad normal de la entidad para decidir si las mismas han de influir en su opinión.»

En relación con los economistas y titulados mercantiles, si estudiamos el Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, sobre el Estatuto Profesional de los economistas encontramos que las funciones que están capacitados para ejercitar se corresponde con los conocimientos necesarios para participar en la administración concursal, basta con señalar algunas de ellas para corroborar esta afirmación ²⁴.

Resulta importante lo establecido en el artículo 6, que hace referencia a su actuación «como colaboradores auxiliares de la Administración de Justicia y a los efectos de las Leyes Procesales y sin menoscabo de la libertad que las mismas confieren a las Autoridades Judiciales o a las partes, podrá requerirse la condición de Economista colegiado cuando haya que designar peritos que deban dictaminar sobre materias económicas, financieras, administrativas o contables de las empresas, así como para la administración o intervención judicial de las mismas.»

En el capítulo IV, Título III, se aborda la competencia profesional de los Profesores Mercantiles y de su lectura apreciamos, igualmente, que se trata de profesionales que poseen la formación exigida para formar parte de la administración concursal, en tanto que «conocerán de las funciones profesionales establecidas para el Contador y Administrador en la Clasificación Internacional Uniforme de ocupaciones de la Oficina Internacional del Trabajo» y también están facultados para realizar una serie de funciones muy similares a los Auditores de Cuentas ²⁵ una de las cuales es específicamen-

²⁴ Capítulo III: «Funciones en relación a la economía de la empresa», artículo 4, se establecen entre otras funciones las siguientes: emisión de informes técnico-contables en relación con la situación de la empresa; intervención en suspensiones de pagos, quiebras y liquidación de averías, en cuanto se considere necesaria la presencia de un técnico económico, financiero o administrativo para el mejor esclarecimiento de esta clase de estados; estudio y asesoramiento en problemas financieros, comerciales y de contabilidad; valoración de empresas y colaboración en el planteamiento y asesoramiento de los presupuestos económico-financieros; estudio sobre alternativas estructurales de la empresa, sus políticas, planes y programas, decisiones; mejora de métodos y aplicación de sistemas de incentivos de productividad; dirigir la contabilidad y la administración y el asesoramiento en materia contable; emisión de informes técnico-contables en relación con la situación de la empresa; intervención en suspensiones de pagos y quiebras ...en cuanto se considere necesaria la presencia de un técnico económico, financiero o administrativo; elaboración de estudios o documentos de carácter económico, financiero o contable relativo a la empresa que pueda surtir efecto en cualquier Organismo de la Administración Central, Local o Paraestatal y de otros Entes territoriales, así como en cualquier organismo jurisdiccional; informar sobre la situación económica, financiera, comercial, contable o administrativa de las empresas.

²⁵ Ejemplo de estas funciones son, entre otras, la planificación y dirección de la organización contable; análisis y determinación contable de costes; Certificación, con o sin interpretación, de balances, asientos, cuentas, saldos, estados financieros, cuadros de rendimientos y documentación contable, salvo las funciones que, en su caso, se encuentren atribuidas a los miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas; intervención en la formación de los inventarios y balances que sirvan de base para la transferencia o para la constitución, transformación, fusión, absorción, disolución y liquidación de sociedades

.../...

te «la Intervención en suspensión de pagos, quiebras y liquidación de averías, en cuanto se considere necesaria la presencia de un técnico económico, financiero o administrativo para el mejor esclarecimiento de esta clase de estados».

Por su parte, el artículo 9 dispone: «Como colaboradores auxiliares de la Administración de Justicia y a los efectos de las Leyes Procesales y sin menoscabo de la libertad que las mismas confieren a las Autoridades Judiciales o a las partes, podrá requerirse la condición de Profesor Mercantil colegiado cuando haya que designar peritos que deban dictaminar sobre materias económicas, financieras, administrativas o contables de las empresas, así como para la administración o intervención judicial de las mismas o de participaciones en ellas, cualquiera que sea su naturaleza, el desempeño de los cargos de Interventores en la suspensión de pagos...».

Formará parte de la administración un acreedor que reúna las siguientes condiciones: debe ser un acreedor ordinario o con privilegio general, cuyo crédito no esté garantizado, además de los requisitos exigidos al resto de los miembros de la administración concursal. Así, el artículo 27 de la Ley 22/2003 dispone las condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores, cuando el acreedor sea una persona jurídica, podrá designar a un profesional que reúna las condiciones previstas para el auditor de cuentas, economista o titulado mercantil.

En aquellos casos en que el acreedor sea una persona jurídica, podrá designar a un profesional que reúna las condiciones previstas para el auditor de cuentas, economista o titulado mercantil. En cuanto a los supuestos en que el acreedor designado administrador sea una persona natural en la que no concurren los requisitos mencionados, dispone la Ley que «podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que sí los reúna». Esto significa que existe la posibilidad de que el acreedor no posea los requisitos exigidos para el resto de los miembros del órgano de administración del concurso, lo que no está en correspondencia con la concepción que se mantiene a lo largo del articulado de la Ley acerca de que el órgano de administración esté integrado por personas cualificadas para tan compleja tarea. Pensamos que esta situación de un acreedor que no posea los conocimientos requeridos puede aportar muy poco al ágil desarrollo del proceso.

Desde otro punto de vista, la valoración que hace el profesor ÁNGEL ROJO²⁶ acerca de los acreedores subordinados es muy positiva al señalar que «permitirá evitar uno de los problemas más graves que en la actualidad se presenta, con demasiada frecuencia, en las quiebras y las suspensiones de pagos; nos referimos a la dominación de la Junta de acreedores por los acreedores especialmente relacionados con el deudor, los cuales, en connivencia con éste, están en condiciones de imponer convenios auténticamente expoliatorios...».

.../...

o empresas mercantiles; como expertos titulados, revisión y verificación de balances, cuenta de resultados y contabilidades de los comerciantes; estudio y asesoramiento en problemas financieros, comerciales y de contabilidad; valoración de empresas y colaboración en el planteamiento y asesoramiento de los presupuestos económico-financieros; organización y administración de empresas; emisión de informes técnico-contables en relación con la situación de la empresa; en general, el estudio, asesoramiento y dirección de los problemas relacionados con la contabilidad y administración de la empresa.

²⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A «La Reforma del Derecho Concursal Español», *Il Fallimento* N.º 9, 2003, pág. 960.

Algunos autores consideran que el acreedor es una figura inoperante y que cabe el riesgo de que defienda sus intereses por encima de los intereses de los demás acreedores,²⁷ en este sentido se pronunciaron los autores de la Propuesta de Ley Concursal (Materiales para la reforma-1995)²⁸ señalando que al conceder al acreedor facultades de síndico peligraba el principio *par conditio creditorum*.

Desde nuestro punto de vista, pensamos que la presencia del acreedor con la cualificación necesaria es conveniente ya que cuenta con una experiencia acumulada en sus relaciones con el deudor que puede ser valiosa a la hora de tomar decisiones y que el peligro que plantean los opositores se salva por el papel que desempeña el juez de lo concursal, dotado de una serie de facultades que le permiten tomar las medidas necesarias si se presenta alguna irregularidad en la actuación de cualquiera de los administradores.

Es más, hubiera sido deseable una mayor actuación de los acreedores dentro de las funciones que tiene asignada la administración judicial, como por ejemplo, el Derecho concursal portugués y norteamericano donde la participación de los acreedores en el procedimiento concursal es decisiva.

La Ley establece unas condiciones diferentes en cuanto a los miembros de la administración concursal cuando el concursado lo sean entidades emisoras de valores admitidos a cotización en la bolsa, integrará dicha administración un técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) u otra persona propuesta por ésta, que tenga una cualificación similar. En estos casos la CNMV deberá comunicar al juez la identidad de aquélla.

De hecho, se sustituye al auditor de cuentas, economista o titulado mercantil por un técnico de las mencionadas entidades. Pensamos que la intención del legislador en este caso ha sido contar dentro de la administración con personas especializadas en materia bursátil, dada las características propias de esta actividad, no obstante esto pudiera dar lugar a un enfoque menos objetivo dado que los criterios corporativistas no se borran fácilmente, de ahí la existencia de criterios contrarios.

También en los supuestos de entidades bancarias o de seguros, existen peculiaridades, ya que en estos casos el acreedor es sustituido por el Fondo de Garantía de Depósitos cuando se trate de una entidad bancaria y por el Consorcio de Compensación de Seguros cuando lo sea una entidad aseguradora.

A modo de conclusión sobre este tópico consideramos oportuno destacar que, independientemente de las objeciones de que pueda ser objeto su regulación en la nueva Ley, ésta ofrece un órgano de administración único, de integración heterogénea, cualificado y en el que se pretende estén representados los dolientes principales en estas situaciones: los acreedores. Aunque aquí cabría preguntarse acerca de la conveniencia de una representación de los trabajadores, sobre todo en la fase de liquidación, donde lo que está en juego es su propio puesto de trabajo.

²⁷ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, pág. 27.

²⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal». Materiales para la reforma de la Legislación Concursal, Boletín n.º 1768 de 15/2/1996. AGUILERA ANEGÓN, G. «El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995) Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.

3.5. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Resulta amplia la relación que se establece en el artículo 28 de la Ley respecto a estas situaciones que veremos a continuación. En ellas se podrá corroborar la intención del legislador respecto a un órgano de administración, sólido, capaz y transparente.

Incapacidades

No podrán formar parte de la administración concursal aquellas personas que:

No puedan ser administradores de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada. Los administradores de concurso que hubiesen sido separados de este cargo durante los dos años anteriores, y quienes se encuentren inhabilitados temporalmente como consecuencia de la desaprobadión de las cuentas presentadas en un proceso de concurso anterior, en cuyo caso el juez, en la sentencia desaprobadioria, establecerá el período de la desaprobadión que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años.

Resulta obvio que estas personas no puedan ser miembros de la administración del concurso dadas las circunstancias en que se encuentran y que le hacen perder los requisitos establecidos para ocupar estos cargos.

Incompatibilidades

Será incompatible con el cargo de administrador concursal las siguientes personas:

- a) Las vinculadas al deudor por haberle prestado sus servicios profesionales a éste o a personas vinculadas a él, especialmente en los últimos tres años.
- b) Las que durante dicho plazo hubieren compartido con el deudor el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.
- c) El acreedor que sea competidor del deudor o forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora. En este caso la Ley no establece plazos, lo que nos inclina a pensar que sería el mismo que para el anterior.

Estas normas tienen como finalidad evitar que la actuación del administrador concursal pueda estar viciada y que, en virtud de ello, pierda la necesaria objetividad e independencia debido a vínculos de carácter subjetivos u objetivos con el deudor. Consideramos importante el plazo de tres años fijado por la Ley pues así lo hace coincidir con los artículos 8.3 de la LAC y el artículo 37.2 de su Reglamento, lo cual simplifica la aplicación de la Ley.

- d) Aquellas que a pesar de reunir las condiciones subjetivas previstas para el nombramiento de los administradores concursales se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en algunas de las situaciones previstas en el artículo 51 de la LAC, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por 100 de la masa pasiva del concurso.

Prohibiciones

- a) No podrán ser administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concurso de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computará como uno solo.

Respecto a esta prohibición consideramos que puede ser interpretada desde dos puntos de vista distintos, uno de ellos positivo en la medida que permite la rotación de las personas que obren en la lista del juzgado para desempeñar este cargo; y otro negativo, ya que ello puede convertirse en un freno respecto a la especialización práctica de estos profesionales.

- b) En un mismo concurso no podrán ser nombrados administradores personas que se encuentren vinculadas entre sí, bien sea de personal o profesionalmente.

Con esta prohibición se reitera la intención del legislador de garantizar la objetividad e independencia en la gestión de los administradores del concurso. Hay que añadir que, en sentido general, estas medidas se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a los de los Fondos de Garantía de Depósitos, a los del Consorcio de Compensación de Seguros y de las Administraciones Públicas acreedoras; no obstante se prevén algunas excepciones tales como: las prohibiciones por razón de cargo o función pública; las personas entre las que existan, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, así como los administradores, de hecho o de derecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y de los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Nos parecen inexplicables las excepciones mencionadas ya que, en estos supuestos, también resulta muy necesaria la objetividad e independencia de los administradores ya que la licencia que se les otorga respecto a una serie de limitaciones impuestas al resto de los participantes en la administración del concurso.

3.6. Los auxiliares delegados.

En aquellos supuestos en que el proceso concursal resulte difícil y complejo, los administradores del concurso pueden solicitar al juez la autorización para el nombramiento de auxiliares en los cuales podrán delegar algunas funciones entre las cuales se incluye las concernientes a la actividad del deudor.

Si la solicitud resulta aceptada será el juez quien nombrará a los auxiliares y especificará las funciones delegadas, también le corresponderá fijar su retribución.

La Ley establece que los auxiliares están sometidos a las normas sobre las prohibiciones, incompatibilidades, incapacidades y recusación de los administradores, sin embargo no se ocupa de establecer los requisitos que deben reunir, lo cual consideramos una omisión importante. Pensamos que dichos requisitos debieron ser previstos toda vez que se trata de un cargo para el cual estos auxiliares requieren de una cualificación específica y superior a la de los administradores.

Otro asunto no previsto por la Ley es el tipo de relaciones que se establecerán entre los delegados auxiliares y los administradores. Al respecto GÓMEZ MARTÍN²⁹ se pregunta si serán de carácter laboral o profesional o si no existirá esta relación ya que los auxiliares son nombrados por el juez.

3.7. Forma en que funcionará la administración concursal.

Como regla general, la administración funcionará de forma colegiada, tomándose los acuerdos por mayoría. En el supuesto de no lograrse ésta corresponde al juez resolver el asunto.

En lo que concierne al funcionamiento de la administración del concurso, el legislador ha establecido algunas reglas para garantizar tanto la celeridad del proceso como también para que éste se desarrolle dentro de los marcos legales más estrictos. En relación con el primer planteamiento tenemos que las decisiones judiciales –que se expresarán a través de autos– no podrán ser recurridas ni tampoco plantearse incidente concursal respecto a la materia resuelta; con relación al segundo, encontramos que la administración estará sometida a la supervisión del juez del concurso, con lo cual éste podrá requerir la información que estime conveniente a todos o alguno de sus miembros así como también solicitar una memoria sobre el estado del concurso. Por supuesto que para que estas medidas surtan el efecto deseado se necesita una adecuada preparación de los jueces que tendrán a su cargo los procesos concursales.

3.8. La retribución de los administradores.

Las reglas sobre la retribución de los administradores establecen que ésta se hará con cargo a la masa. Asimismo disponen que la reglamentación sobre este tema se hará mediante un arancel y que tendrá que tenerse en cuenta la situación real en que se encuentra el activo y el pasivo de la entidad y también prever la complejidad del proceso. Como se advierte se trata de decisión difícil, de carácter puramente económico-financiero que tiene una gran influencia en el coste del proceso.

²⁹ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 30.

Pues bien, la Ley dispone que será el juez quien fijará la cuantía de la retribución, previo informe de la administración concursal. Opinamos que con ello se pretende lograr que la retribución se corresponda con la situación real en que se encuentra la entidad concursada de manera que se garanticen los pagos, así como con las responsabilidades que asumen los administradores según las características del proceso. No obstante, para lograrlo será preciso una especialización en estas materias tanto por parte del juez como de los administradores.

Al respecto existen opiniones de especialistas³⁰ que consideran que no es correcto que el informe acerca de la retribución lo haga la administración del concurso sino que quienes deben formularlo son los Colegios profesionales correspondientes. Esta opinión resulta de interés por cuanto estos Colegios tienen experiencia acumulada en esta materia y especialistas capaces de realizar esta tarea con rigor y con mayor objetividad.

Por otra parte, resulta acertado que se disponga que la retribución de los profesionales que integren la administración sea idéntica para ambos y superior –el doble– de la que recibirá el acreedor persona natural que no se haga representar por un profesional. Aquí se advierte el interés del legislador en lograr la mayor profesionalidad del órgano de administración del concurso. No obstante, podría darse el caso de que ese acreedor fuera un profesional ¿se merece entonces percibir la mitad de la retribución de sus compañeros? La Ley no contempla este supuesto, por lo que habrá que estar-se a la jurisprudencia que en torno a este asunto se vaya produciendo. De cualquier forma nuestra opinión es que en este caso no se justifica la reducción de la retribución del acreedor.

En cuanto a la retribución de los delegados auxiliares la Ley no se pronuncia, por lo que al reglamentarse los aranceles habrá que tener en cuenta este asunto puesto que partimos del supuesto de que se trata de especialistas de una alta y conocida cualificación y experiencia.

3.9. Funciones que desempeñan los administradores.

Lo primero que se ha de tener en cuenta es si el deudor continuará o no al frente del negocio, pues sólo en este último caso es en el que aquél será sustituido en sus funciones por los administradores concursales³¹.

Siendo esto así los administradores se harán cargo de continuar la actividad empresarial, para lo cual deben hacerse caso de la administración y disposición de la masa activa, debiendo velar por su conservación, en las condiciones más beneficiosas para los intereses del concurso.

No obstante, también en los casos de concurso voluntario (solicitado por el deudor), el juez podrá suspender al deudor, y los administradores serán los encargados de gestionar su patrimonio.

³⁰ GONZÁLEZ POVEDA, P. «La administración judicial de la masa». Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, A Coruña, junio 2001, pág. 11.

³¹ Esto sucede en los casos de concurso necesario, que no ha sido solicitado por el deudor.

Al analizar el clausulado de la Ley se puede encontrar la forma en que se concretan estas funciones, entre las cuales mencionaremos algunas que tienen un especial interés por cuanto reflejan la importancia de este órgano de administración:

- Llevanza de los libros obligatorios así como documentos y registros correspondientes a la actividad empresarial.
- Supervisión de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso en el supuesto de intervención.
- Formulación de las cuentas anuales en el caso de suspensión del deudor.
- Solicitud al juez del cierre de la totalidad o parte de las oficinas, explotaciones o establecimientos de que fuera titular el deudor. El juez dictaminará al respecto, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa.
- Determinación de la cuantía y periodicidad que corresponde al deudor persona natural como derecho de alimentos con carga a la masa activa.
- Asistencia con voz, pero sin voto, a las reuniones de los órganos colegiados de la persona jurídica deudora.
- Ejercicio de las acciones de responsabilidad contra el deudor, establecidas no sólo en esta Ley sino también en otras disposiciones.
- Reclamación, en el momento que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.
- Sustitución del deudor, en caso de suspensión del mismo, en los procedimientos judiciales en trámite.
- Autorizar al deudor, en los casos que éste conserve para la capacidad para actuar en juicio, para allanarse, total o parcialmente y transigir en los casos en que la materia litigiosa pudiera afectar su patrimonio.
- Solicitar al juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado. Esta solicitud puede hacerla también el deudor o los trabajadores de la empresa.
- En los casos en que la solicitud sea hecha por la administración concursal, deberá comunicarse a los trabajadores el inicio del período de consultas durante el cual la administración concursal y los representantes de los trabajadores deberán llevar a cabo las negociaciones para alcanzar un acuerdo.

- Rehabilitar, por iniciativa propia o a instancia del concursado, los contratos de préstamo y demás de créditos a favor de éste, cuyo vencimiento anticipado por impago de cuota de amortización o de intereses devengados, se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso siempre que se den las condiciones previstas en la Ley ³² (art. 68).
- Rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses anteriores a la declaración del concurso siempre que estén presentes las condiciones previstas en el artículo 69 ³³.
- Enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso y rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento de practicarse el efectivo lanzamiento.
- El reconocimiento de los créditos como privilegiados, ordinarios y subordinados.
- Ejercitar las acciones rescisorias y demás de impugnación.
- De la relación anterior, que como se señaló no agota todas las funciones, es posible advertir la heterogeneidad y complejidad que tiene ante sí este órgano. De ellas merece destacarse el informe que debe realizar y que trataremos a continuación.

3.10. El informe de la administración.

Este documento, como señala GÓMEZ PASCUAL ³⁴, es una pieza clave y de gran importancia en la actuación del órgano de administración del concurso. El análisis de su contenido corrobora esta afirmación.

Comencemos señalando que dicho informe tiene un contenido de carácter patrimonial y financiero ³⁵ y que debe presentarlo la administración concursal dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, plazo prorrogable por el juez por un mes más.

³² Estas condiciones son: a) «que antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de los créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa» y b) «no procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante.»

³³ Cuando «antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa».

³⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, J. «La Información Contable y los Informes de la Administración Judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal». *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas*, n.º 20, 2002, págs. 32 a 45.

³⁵ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 70.

Su contenido aparece regulado en el artículo 75 de la Ley y, en líneas generales, deberá incluir las circunstancias del deudor, la contabilidad, los estados financieros, así como las decisiones y actuaciones de la administración concursal. Este informe deberá ser acompañado por el inventario de la masa, la lista de acreedores, un escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieren presentado y deberá concluir con la exposición razonada de los administradores acerca de la situación patrimonial del deudor. Se trata, por tanto de un trabajo que requiere un alto grado de conocimiento y de experiencia en materia financiera y contable, así como de un profundo conocimiento de la situación de la entidad concursada.

Debe señalarse que la regulación del contenido del informe ha sido objeto de críticas desde la fase de Proyecto de la Ley, así, según VAN HEMMEN ³⁶, «la cuestión de qué indicaciones debería dar el legislador sobre la valoración de activos es sumamente compleja. Es obvio que ningún método contable está libre de inconvenientes: por ejemplo, una contabilidad "conservadora" no siempre nos informa adecuadamente de las posibilidades reales de la empresa, mientras que deja un amplio margen a los "ajustes discrecionales" plantea el problema de la credibilidad de quienes realizan el informe. La propuesta planteada en la reforma se orienta fundamentalmente a informarnos sobre el valor de mercado de los activos de la empresa. La solución es muy imprecisa ya que, en ausencia del verdadero valor de mercado a través de la venta o la subasta, existen múltiples fórmulas para determinar este valor. Esta aproximación tiene, además, un claro sentido liquidatorio, ya que se realizará por separado para cada uno de los bienes y derechos que constituyen la masa activa (teniendo en cuenta garantías, embargos...). El inconveniente es que careceremos de referencias sobre el valor conjunto de la empresa, a menos que alguien (deudor o acreedores) proponga un plan de viabilidad».

Con relación a las cuentas ³⁷, se critican algunas cuestiones como son, por ejemplo, el hecho de la ambigüedad de los términos «juicio sobre las cuentas»; la falta de claridad acerca de la diferencia que hay «entre este juicio y el informe de auditoría»; la falta de realismo sobre la posibilidad de que el administrador de concurso pueda formular las cuentas cuando el deudor no las hubiese presentado, entre otras.

A continuación veremos de forma pormenorizada algunos de los aspectos que debe abordar el informe.

3.10.1. La memoria.

Ante todo, es de suponer que este documento, cuyo complejo contenido esbozaremos en el próximo párrafo, sea solicitado a los administradores concursales solamente en el caso en que el deudor no quede al frente del negocio, pues de lo contrario la información sólo debe comprender los actos y decisiones tomadas, con lo cual podrán tener informados a los interesados en el proceso.

³⁶ VAN HEMMEN ALMAZOR, E. «La economía de la reforma y los costes del sistema concursal». *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2003, págs. 61 y 62.

³⁷ URRUTIA, R. «Análisis de la futura Ley concursal desde el punto de vista del Auditor de Cuentas». N.º 20. *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, 2002. Págs. 46 a 53.

La memoria deberá incluir la historia jurídica y económica del deudor; las actividades a las que se ha dedicado en los últimos tres años; los establecimientos, oficinas y explotaciones de la que sea titular; las causas que motivan su estado de insolvencia ³⁸; las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial; el estado de la contabilidad y, en su caso, un inventario de los bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y lugar en que se encuentren, entre otros; los datos de identificación registral, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual; los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derecho, con expresión de su naturaleza y datos de identificación.

¿Qué elementos deberá contener la información acerca del estado de la contabilidad del deudor?

La respuesta no la encontramos en la Ley, por lo que habrá que acudir a lo dispuesto al respecto en distintos cuerpos legales. Así, el Código de Comercio en su artículo 25 dispone la obligación de «todo empresario a llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios», así como también «un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario»; el 26 prevé que las «sociedades mercantiles llevarán también un libro de actas, en el que conste, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad...»; el 27 determina el deber de los empresarios de presentar los libros cuya llevanza es obligatoria ante el Registro Mercantil correspondiente; el 28 que expresa el contenido que debe tener el libro de Inventarios y Cuentas anuales, así como el Libro Diario; el 30 establece la obligación que tiene todo empresario a conservar «los libros, correspondencia, documentación y justificantes, debidamente ordenados, durante seis años»; el 35 que dispone, de forma general el contenido del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa del contenido del balance y las cuentas; el 37 establece la forma en que deberán estar firmadas las cuentas anuales; el 38 referido a la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales, lo cual deberá hacerse «conforme a los principios de la contabilidad generalmente aceptados» a lo que agrega un conjunto de reglas específicas; el 39 establece las formas de amortización de los elementos de inmovilizado y circulante «cuya utilización tenga un límite temporal», «las correcciones valorativas necesarias con el fin de atribuir a los elementos del circulante el valor inferior de mercado o cualquier otro valor inferior que le corresponda...»; el 41 que dispone que «para la formulación de sometimiento a auditoría de cuentas y publicación de sus cuentas anuales las sociedades mercantiles estarán a lo dispuesto en sus respectivas normativas».

El Reglamento del Registro Mercantil, Capítulo III, Sección 2.ª en cuyos artículos se regula la forma en que se deben documentar los acuerdos sociales.

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 23 señala al respecto lo siguiente: «Sobre las causas de la insolvencia (estado en que se encuentre), nunca ha sido fácil decir sí o no (como Cristo nos enseña) a las causas alegadas por el deudor y/o seguirá siendo una tarea comprometida, en determinados casos, debiendo recordar que es causa de calificación del concurso culpable «la inexactitud grave en...los documentos acompañados a la solicitud...».

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Capítulo VII, en el que se regula la formulación de las cuentas anuales, su contenido, la separación y agrupación de partidas, la estructura del balance; las disposiciones especiales sobre ciertas partidas del balance; la estructura de la cuenta de pérdidas y ganancias; las reglas de valoración de las distintas partidas; la memoria: su objeto y contenido; el contenido del informe de gestión; la verificación de las cuentas anuales por los auditores de cuentas, entre otras cuestiones no tan directamente vinculadas al objeto de este trabajo.

Por último, y no por ello menos importante, el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, y los Principios y Normas de Contabilidad en España, en su edición de 1991.

Como resultado del estudio de los documentos contables y su contrastación con las reglas establecidas en las distintas normas jurídicas que se han apuntado, podrán los administradores concursales elaborar un informe sobre el estado de la contabilidad, que según GÓMEZ MARTÍN «puede concretarse en una exposición sobre los registros contables, el plan de cuentas utilizado por la empresa y los estados financieros presentados, así como de la memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio, etc.».

No obstante lo anterior, no queremos dejar de hacer referencia a la regulación establecida respecto a la información contable en la antigua Ley de Suspensión de pagos en su artículo 2, la cual ha sido criticada por GONZÁLEZ PASCUAL³⁹ que considera que adolecía del defecto de enfocar la empresa desde un punto de vista estático, cuando es conocido que la empresa es un conjunto de bienes (de distinta naturaleza) en funcionamiento, organizado y dirigido por el empresario. Al respecto el mencionado autor, tomando como punto de referencia lo expresado al respecto por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, propone un conjunto de documentos que permitirían enfocar la empresa desde un punto de vista dinámico, los cuales se reproducen a continuación.

- Cambios significativos producidos entre la fecha de elaboración de la memoria y la solicitud de suspensión de pagos.
- Resultado de los cinco últimos ejercicios.

³⁹ GONZÁLEZ PASCUAL, J. «Suspensión de Pagos y Quiebras. Aspectos Contables, Financieros y Jurídicos». Ediciones Estudios Financieros, Madrid, 1995. Pág. 74 a 76. Este autor resume el artículo 2 de la mencionada ley, referido a la información contable requerida en estos casos de la siguiente forma:

1. Balance o, por lo menos, un estado que refleje en lo posible su situación patrimonial, el cual después deberá completarse.
2. Relación completa de los acreedores.
3. Memoria expresiva de las causas que han motivado la suspensión.
4. Proposición para el pago de deudas.
5. Acuerdo del Consejo de Administración que deberá ser ratificado por la Junta General de Accionistas; deberá justificarse la celebración de la Junta.

- Operaciones más significativas realizadas desde el último cierre o en los seis meses últimos; en particular:
 - Gastos desproporcionados en relación con los ejercicios anteriores.
 - Operaciones especulativas con pérdidas.
 - Operaciones de compra y venta con empresas vinculadas.
 - Venta de bienes con pérdidas o por precio inferior al mercado.
- Garantías reales o personales prestadas.
- Conciliación entre acreedores según contabilidad y los presentados al juez.
- Proyección de cobros y pagos futuros.
- Proyección de ingresos y gastos futuros.

Coincidimos con este autor puesto que este enfoque dinámico resulta más objetivo y, por consiguiente, permite arribar a las soluciones más adecuadas en cuanto al convenio y, en su caso, la calificación del concurso.

Lamentablemente la Ley no se ha hecho eco de estas sugerencias y, como se ha apuntado anteriormente, resulta que nos encontramos ante una gran dispersión legal. Tal vez sería oportuno insistir en que, a la luz del nuevo texto legal concursal, los administradores tuviesen muy en cuenta la posición del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre este particular.

Por último, según la nueva Ley, los administradores del concurso deberán presentar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso si el deudor no las hubiese presentado y lo harán, según dispone la Ley, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

La tarea que tienen ante sí los administradores concursales se complica en aquellos supuestos de deudores titulares de grandes empresas, grupos empresariales o simplemente el concurso de la herencia.

Independientemente de los avances en las telecomunicaciones y de que existen datos que es posible obtener en el Registro Mercantil en el que esté inscrito el deudor, el caso se complica cuando existen sucursales, puesto que habrá que acudir a recabar los datos a los Registros correspondientes. Por otra parte, si el deudor lleva menos de tres años en la entidad sujeta a concurso, no siempre será tarea fácil conocer a qué actividades se dedicaba anteriormente. A los efectos de determinar la situación legal de los bienes, deberán ser verificados en los Registros correspondientes (Registro Civil, Registro de la Propiedad Industrial, Registros especiales como sería el caso de algunas entidades como, por ejemplo, las cooperativas) y en cuanto a la valoración actualizada de dichos bienes

es sabido que, según el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, debe ser hecha por peritos, sin embargo, en este caso tan delicado como es el de una entidad concursada se le encomienda también a los administradores.

Pero no sólo se trata de obtener datos sino de analizarlos y procesarlos, lo que resulta indispensable para poder determinar la viabilidad patrimonial del deudor, trabajo este que presupone profundos conocimientos en una serie de materias que, en algunos casos, puede superar los que se requieren para ser administrador ⁴⁰. Pensamos que en estos casos resulta necesaria la participación de los delegados colaboradores que prestarían una importante ayuda a la administración.

Por otra parte, encontramos que la Ley prevé que en el supuesto en que el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, deberá formularla la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

Respecto a este último punto cabe preguntarse ¿por qué no se les exige a los administradores de la entidad concursada que formulen las cuentas anuales?, en definitiva éste es un trabajo que corresponde a ellos. Tratando de buscar una respuesta a este interrogante, cabría suponer que el legislador en este caso no se fía de los administradores del concursado que han incurrido en la omisión de no formular las cuentas y prefiere que sean los administradores concursales los encargados de formularlas, con lo cual, es de suponer que se obtenga una información limpia y objetiva ya que, como hemos visto, disponen de los conocimientos necesarios para ello y no están implicados en la actividad de los antiguos administradores.

Respecto a este asunto, opina GÓMEZ MARTÍN ⁴¹ que «sobre la no presentación de cuentas anuales por el deudor, debiera establecerse que la formulación de cuentas anuales es un deber de los administradores sociales, únicos obligados a rendir cuentas de su gestión, sin participación alguna de los administradores judiciales, cuando la declaración de concurso sea posterior al cierre del ejercicio social inmediato anterior...».

Dada la amplitud de la información y la documentación que se les exige a los administradores y el rigor con el que la misma debe ser presentada, deberá tenerse en cuenta las Normas Técnicas dispuestas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y cumplir las normas contables vigentes. En definitiva se trata de un informe de carácter técnico y profesional, que se puede enmarcar dentro de la actividad de auditoría de cuentas (art. 1.1 Ley 18/1988) específicamente en la parte correspondiente a «otros trabajos de verificación contable» ⁴².

⁴⁰ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 70.

⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, «*La Administración judicial del concurso en Empresas en crisis*». N.º 144. *Partida Doble*, mayo 2003. págs. 7 y 8.

⁴² Coincidimos con GÓMEZ MARTÍN, «*La Administración judicial del concurso*». *Op. cit.* pág. 7 cuando plantea que lo anteriormente expuesto «es consecuencia obligada de lo dispuesto en el Reglamento de la LAC, en su disposición adicional 3.ª que dispone que todos los trabajos que, no teniendo la consideración de auditoría de cuentas, estén atribuidos por disposiciones legales a auditores inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuenta habrán de ser realizados aplicando las normas técnicas específicas ...».

Conjuntamente con la presentación del informe, los administradores lo darán a conocer personalmente a cada uno de los interesados, en dicha comunicación se indicará un plazo de diez días, contados desde el día de su recibo, para que formulen las reclamaciones que estimen oportunas.

Si se presentan impugnaciones, una vez analizadas por los administradores, éstos deberán introducir las modificaciones derivadas de las mismas en la documentación presentada.

3.11. El inventario de la masa activa.

La Ley dedica varios preceptos de su Capítulo II a regular este importante aspecto, así, nos la define como el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento. En este asunto se parte del principio de universalidad de bienes y derechos con los cuales ha de responder el concursado de sus deudas.⁴³

A este principio de universalidad la ley opone algunas excepciones como son aquellos bienes y derechos que sean legalmente inembargables, así como también algunos bienes específicos como son los buques o las aeronaves, los cuales podrán ser separados del patrimonio si los titulares de créditos privilegiados sobre los mismos los ejerciten mediante el correspondiente procedimiento. Asimismo deberán separarse de la masa las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social, llevadas a cabo por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

La formulación de lo que se entiende por bienes inembargables puede acarrear algunas dudas al momento de su interpretación, ya que la LEC, en su artículo 605 se refiere a bienes «estrictamente inembargables» y el 606 a «bienes inembargables del ejecutado». Al respecto interpretamos que la Ley Concursal se refiere a estos últimos en la medida que se trata de una alternativa más beneficiosa a los fines de la continuidad de la empresa e incluye el derecho de alimentos con cargo a la masa.

El inventario de la masa activa debe ser elaborado a la mayor brevedad posible por la administración concursal⁴⁴. El artículo 82, dedicado a la formación del inventario, dispone que éste debe contener una relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en dicha

⁴³ Respecto a la masa activa, el Informe del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 2002, expresaba: «Se concreta ésta en el correspondiente inventario que los administradores judiciales deben unir al informe que han de rendir al juez del concurso en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos o, en su caso, del administrador judicial único, plazo que, a solicitud de la administración judicial, podrá ser prorrogado por el juez por tiempo no superior a un mes».

⁴⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, J. «La Información Contable y los Informes de la Administración Judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal». *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, págs. 33 a 46. Este autor plantea que el inventario de la masa activa debe elaborarse por la administración concursal partiendo del inventario presentado por el deudor y efectuando sobre el mismo las correcciones oportunas.

masa el día anterior al de emisión de su informe, también precisa los asuntos que deben reflejarse respecto a cada uno de los bienes en los siguientes términos: naturaleza, características, lugar en que se encuentren y, en su caso, datos de identificación registral. Debe indicarse también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, expresando su naturaleza y los datos de identificación.

En el supuesto del deudor casado, la Ley dispone que si existe régimen de gananciales u otro régimen que suponga una comunidad de bienes de la masa activa comprenderá, por un lado, los bienes propios del empresario y por otro los bienes gananciales o comunes. Se prevé la posibilidad de que el cónyuge solicite al juez la división del patrimonio común, que se ejecutará en correspondencia con el resultado del convenio o de la liquidación.

Cuando el empresario esté casado en régimen de separación de bienes o análogo y no se encuentren separados de forma legal o de hecho, la Ley dispone algunas presunciones *iuris tantum* como son las contraprestaciones realizadas por el cónyuge para la adquisición de bienes a título oneroso a costa del patrimonio del deudor, durante el año anterior a la declaración del concurso, en cuyo caso se integrarán a la masa activa en calidad de donaciones. Si no fuese posible determinar el origen de la prestación, se presumirá donada en su mitad por el concursado.

Por otra parte se establece que los bienes adquiridos por ambos cónyuges en pacto de sobrevivencia serán divididos de la misma forma que si se tratara del patrimonio común y se integrará la parte correspondiente al concursado en la masa, salvo que su cónyuge opte por la adquisición por parte del otro.

Si bajo este régimen se encontrase la vivienda conyugal, su valor será actualizado conforme al IPC, excepto que el de mercado fuera inferior y se otorga prioridad a este bien para satisfacer la parte de los bienes gananciales que correspondieran al cónyuge no concursado y, de ser necesario, podrá abonarse el exceso. En caso diferente, el precio se fijará por acuerdo entre cónyuge adquirente y la administración concursal, o en su defecto por el juez, quien oír a las partes y si lo considera necesario reclamará la valoración de un perito.

Muy acertada resulta la regulación de la separación de la masa activa y formación del inventario, la cual resulta sencilla y clara al disponer que los bienes, sobre los que el concursado no tenga derecho de uso, garantía o retención, deben ser devueltos a sus titulares legítimos. En el supuesto de que dichos bienes hubieran sido enajenados a favor de un tercero a quien no resulta posible reclamarle, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación, sino hubiera sido efectuada, y constituirse en acreedor concursal ordinario, notificando de esta situación a la administración del concurso.

El inventario será elaborado por los administradores después de realizada la separación y exclusión de bienes conforme a lo expuesto y en él se incluirán todos los bienes y derechos que conforman la masa activa; y se incluirán, además, los saldos acreedores de las cuentas en que el concursado aparezca como titular indistinto, a menos que se pruebe la no pertenencia de éstos.

Se explicita en la Ley, que el avalúo de los bienes se hará con arreglo a su valor de mercado y teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que le afecten directamente e influya en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen. La valoración hecha de esta forma resulta muy conveniente ya que favorece tanto al deudor como a los acreedores a la hora de arribar a un convenio o de liquidar la entidad.

Como colofón, debe añadirse al inventario una relación de los litigios cuyo resultado pueda afectar su contenido y otra que contenga todas las acciones que debieran promoverse a juicio de la administración concursal. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

Digna de mención es la previsión recogida en la Ley respecto al asesoramiento por expertos independientes sobre el avalúo de los bienes. En este sentido valoramos muy positivamente lo dispuesto en el artículo 83 acerca del asesoramiento por parte de expertos independientes en lo relativo al avalúo de los bienes y a las acciones que proceda ejercitar, asesoramiento este que podrá proponer al juez la administración concursal. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas recoge también este asesoramiento respecto a las aportaciones no dinerarias y con ello, aunque sea un elemento encarecedor, se asegura que la valoración sea la que realmente corresponde a dichos bienes.

3.12. La masa pasiva y los créditos concursales.

Se entiende como masa pasiva el conjunto de los créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa y de los cuales quedan excluidos los créditos contra el cónyuge del deudor concursado.

A los efectos de poder determinar los créditos que conformarán la masa, dentro del mes siguiente a la última publicación del auto de declaración del concurso, cada acreedor comunicará la existencia del crédito a la administración concursal debiendo detallar, además de los datos identificativos del acreedor, los relativos al crédito que pretende se le reconozca, adquisición, cuantía, vencimiento, privilegios de los que pudiera gozar. Si se trata de bienes registrados, los datos correspondientes a su inscripción. Es preciso destacar que cada crédito deberá justificarse con el documento o título original o copia autenticada, excepto cuando el original haya sido entregado en otro procedimiento, judicial o administrativo, en cuyo caso bastará una copia simple y la mención del procedimiento para el que fue entregado el original.

Recibida por la administración del concurso la comunicación de los créditos, ésta determinará la inclusión o exclusión de los acreedores en la lista de acreedores después de realizar un análisis de cada uno de los créditos comunicados como de aquellos que resulten de los libros y documentos del deudor. La Ley dispone con carácter imperativo que sean incluidos en la lista aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia, aunque no fueran firmes; los que consten en documento de fuerza ejecutiva; los reconocidos por autoridad administrativa; los que se encuentren asegurados con garantía real inscrita en registro público o hayan nacido a favor de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor.

Los créditos que integran la masa pasiva son los créditos concursales y los créditos contra la masa, los cuales han sido incrementados en la Ley debido a la continuación de la actividad empresarial. Estos últimos deberán ser ejecutados antes de los concursales, cuestión esta que conlleva una gran importancia en su determinación. La Ley relaciona en su artículo 84 cuáles son estos créditos:

- Los salarios por trabajo realizado en los treinta días anteriores a la declaración del concurso hasta el doble del salario mínimo interprofesional.
- El pago de las costas y gastos judiciales.
- Gastos de representación del deudor o la Administración concursal en los procesos que, en interés de la masa, se continúen o inicien.
- Pago de alimentos al deudor y a las personas a las que éste tenga el deber legal de prestarlos.
- Los generados por el ejercicio de la actividad del deudor tras la declaración del concurso, se incluyen en este caso los créditos laborales hasta tanto el juez acuerde el cese de la actividad empresarial o profesional, apruebe el convenio o declare de otro modo la conclusión del concurso.
- Los derivados de extinciones colectivas de contrato de trabajo ordenados por resolución del juez del concurso.
- Los resultantes de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y que continúen en vigor tras la declaración del concurso.
- Las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.
- Las cantidades debidas aun cuando no hayan vencido y se deriven de créditos con privilegio especial o derechos afectos, los de rehabilitación de contratos o los de enervación del desahucio.
- Devolución de las contraprestaciones recibidas por el deudor en los casos de rescisión concursal realizados por éste.
- Los resultantes de obligaciones válidamente contraídas por la administración concursal durante el procedimiento.
- Obligaciones nacidas de la ley o de la responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración del concurso y hasta la eficacia del convenio o conclusión del concurso.
- Cualquier otro al que la Ley atribuya esta cualidad.

Por el contrario, los créditos concursales están regidos por el principio de universalidad por cuanto forman parte de ellos todos los acreedores referidos a la fecha de la solicitud de concurso los cuales deberán figurar en la lista de acreedores. Precisamente, serán estos acreedores los que se convocarán a la junta y, en su caso, los que concurrirán a la liquidación, una vez satisfechos los créditos contra la masa.

Los créditos han de ser notificados adecuadamente a los acreedores de manera que éstos puedan personarse en el proceso. A tales efectos, corresponde al juez realizar un llamamiento individualizado por escrito, que remitirá al domicilio que conste en el título del crédito, además, se le dará publicidad al mismo a través del Boletín Oficial del Estado y en el diario de mayor difusión de la provincia en la que el imputado tenga sus principales intereses y en el de mayor difusión de la provincia en que radique su domicilio.

3.12.1. Clasificación de los créditos.

Ésta es otra importante tarea a la que habrán de hacer frente los administradores del concurso y que deben realizar según las normas establecidas en la Ley de Concurso.

Sobre este punto hay que comenzar señalando que, según lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley, entre las novedades de ésta se encuentra la simplificación de esta clasificación y la preservación del principio de igualdad entre los acreedores.

Respecto al principio de igualdad consideramos que la Ley no ha logrado su objetivo ⁴⁵: por una parte, las excepciones previstas, menoscaban la igualdad entre los acreedores, por otra, se crea una nueva clase de créditos, los denominados «subordinados» que como su nombre indica, se encuentran en un plano inferior respecto a los ordinarios.

3.13. Plan de continuación.

La posibilidad de la continuación de la actividad empresarial del concursado data de tiempos antiguos en el Derecho estatutario de la Italia medieval y, en nuestro país, en la obra de SALGADO DE SOMOZA, aprobada en Valladolid en 1646. Ambas teorías coinciden en que resulta posible arribar a un arreglo negociado dentro del propio procedimiento concursal ⁴⁶.

El Código de Comercio de 1885 ⁴⁷, recogió, en su Exposición de Motivos, la importancia del convenio y posteriormente la jurisprudencia se ha encargado de conceptualarlo. Así, la sentencia de 30 de mayo de 1959 expresaba: «el convenio se reputa como un negocio jurídico *sui generis*, una

⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 26.ª edición, Volumen II, ed. McGraw-Hill, 2004.

⁴⁶ CANDELARIO, M.I. y RODRÍGUEZ, L. *La Empresa en Crisis. Derecho Actual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 182 y ss.

⁴⁷ En la Exposición de Motivos se plantea la gran utilidad que reportan al quebrado y sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, siempre costosos y complicados del juicio de quiebra...»

transacción, toda vez que los contrapuestos intereses se sacrifican recíprocamente al convenirse un módulo o esquema de medidas aceptadas y consensuadas, para pacificar precisamente aquella tensión derivada de una imposibilidad patrimonial de realización de la masa acreedora»⁴⁸.

En sentido general podemos hablar de dos tipos de convenios que se reflejan en el esquema siguiente:

Los anteriores a la declaración de la quiebra	Los posteriores a la declaración de la quiebra
Ellos pueden ser: <ul style="list-style-type: none"> • Extrajudiciales, amigables o amistosos y; • Judiciales, de masa o de mayoría 	Su finalidad es poner fin a ésta de modo distinto a la liquidación concursal

Puede afirmarse que en ambos casos se trata de soluciones para resolver la crisis y reflotar la empresa, lo cual determina que su contenido⁴⁹ suele consistir en una remisión parcial de las deudas (quita) o en aplazamientos en el pago (espera) y su finalidad se traduce en:

- Una cesión de bienes en beneficio de sus acreedores.
- Un compromiso por el cual se paga una porción y con ello se satisfacen los acreedores.
- Un acuerdo que confiere al deudor o a los terceros, el poder continuar o liquidar los negocios del deudor.

Concretamente en el Derecho español anterior a la promulgación de la nueva Ley, el convenio tiene lugar en el proceso de suspensión de pagos con el objetivo de solucionar la crisis de la empresa; de no lograrse el convenio o en los supuestos en que su ejecución fracase, se procede a la liquidación.

Pasemos ahora a la nueva Ley en la cual se regula la fase de convenio desde su propuesta hasta su cumplimiento, pasando por toda su tramitación, sus efectos y cumplimiento.

Como ya se ha expuesto, la declaración de concurso no necesariamente conlleva la interrupción de la actividad empresarial ejercida por el deudor. En los casos de suspensión de facultades de éste, es a la administración concursal a quien corresponderá adoptar las medidas necesarias para la continuación de dicha actividad (art. 44), para lo cual deberá promover la suscripción de un convenio entre el deudor y los acreedores.

⁴⁸ FAJARDO GARCÍA, G. «La crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra» Dir. FAL. N.º 4 agosto-septiembre, 1994, pág. 693, plantea el convenio, negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y los acreedores, y sancionado por la autoridad judicial, supliendo la aprobación judicial, la falta de consenso entre ausentes y disidentes».

⁴⁹ CANDELARIO, M.I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L.E. *Op. cit.* pág. 187.

La finalidad de este convenio sigue siendo la misma: permitir la conservación de la empresa y su propuesta debe contener claramente formuladas las proposiciones de quita y/o espera⁵⁰. Con el convenio puede concluirse la fase común del nuevo proceso concursal; de no poder arribarse a acuerdo respecto al convenio se abrirá, entonces, la fase de liquidación.

El convenio puede ser presentado por el deudor o bien por un acreedor o conjunto de acreedores, estos últimos deberán representar al menos una quinta parte de la masa pasiva, dentro del plazo que transcurre desde la convocatoria de la Asamblea de acreedores hasta los 40 días anteriores a la fecha de su celebración.

La propuesta de convenio debe reunir determinados requisitos de carácter formal, a saber: formularse por escrito; incluir la firma del deudor o de todos los acreedores proponentes o, en su caso, de quien los represente legalmente, por último, las firmas de las propuestas deben estar legitimadas.

En esta propuesta puede formularse más de una alternativa y, para el caso de que los acreedores no opten por alguna de ellas, debe indicarse cuál será la que regirá, asimismo, debe incluirse en la propuesta el plazo de que disponen los acreedores para elegir entre las alternativas propuestas⁵¹.

La Ley permite que entre las propuestas alternativas pueda plantearse la oferta de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales y también en créditos participativos. Puede también proponerse la enajenación de una determinada empresa con el compromiso, por parte del adquirente, de continuar la actividad empresarial o profesional y el pago de los créditos a los acreedores en las condiciones fijadas en el convenio, previa audiencia de los trabajadores.

Estas propuestas deben estar dirigidas a las distintas clases de acreedores (ordinarios especiales y subordinados y no a grupos concretos como pueden ser los proveedores, suministradores y otros).

Por otra parte, en relación con la quita y/o espera, la Ley dispone que, para el supuesto de los créditos ordinarios, la quita no puede exceder de la mitad del importe de cada uno y, respecto a la espera, no deberá superar los cinco años contados a partir de la firmeza de la aprobación judicial del convenio.

Las propuestas no podrán comportar la cesión de bienes y derechos en pago ni liquidaciones globales del patrimonio para la satisfacción de las deudas, lo que cierra el paso a las liquidaciones encubiertas⁵², lo que no impide, a nuestro juicio, que se puedan contemplar cesiones de bienes y derechos concretos. Igualmente, la Ley impide la alteración de la clasificación legal de los créditos ni de la cuantía de los mismos.

⁵⁰ NÚÑEZ LAGOS, A. «El Convenio del concurso: contenido y procedimiento». *Actualidad Jurídica* Uría & Menéndez, 2003, págs. 35 a 50. Este autor estima que si se tiene en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley así como la no existencia de límites en este sentido para las propuestas alternativas, no resulta estrictamente necesario que se proponga la quita y/o espera, y que basta con proponer soluciones concretas.

⁵¹ Este plazo no podrá exceder los diez días desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.

⁵² En este sentido la Exposición de Motivos afirma que «lo que no admite la ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia».

Por otra parte, se dispone que el convenio debe contener un plan de pagos en el que se detallen los recursos que se prevé que serán los que servirán para el pago de las deudas en el cual deberá incluirse, en su caso, los que se deriven de la enajenación de los bienes.

Asimismo, en el supuesto en que el convenio prevea la continuidad de la actividad empresarial, deberá acompañarse de un plan de viabilidad que refleje la posibilidad objetiva de utilizar los frutos de esta actividad para el pago de las deudas. Este plan deberá especificar los recursos necesarios así como los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

La finalidad de este convenio sigue siendo permitir la conservación de la empresa y su propuesta debe contener claramente formuladas las proposiciones de quita y/o espera ⁵³. Con el convenio puede concluirse la fase común del nuevo proceso concursal; de no poder arribarse a acuerdo respecto al convenio se abrirá, entonces, la fase de liquidación.

Teniendo en cuenta la envergadura de la propuesta de convenio, la administración concursal desempeña un papel de suma importancia ya que en un plazo que no podrá ser superior a 10 días, deberá proceder a su evaluación una vez admitida a trámite por el juez.

La evaluación favorable se unirá al informe que realizó la propia administración y permitirá continuar la tramitación del convenio; si fuese desfavorable podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación. Como se puede apreciar, la decisión del juez respecto al convenio depende, en gran medida, del contenido de la evaluación hecha por la administración concursal.

Desde los distintos puntos de vista, el lograr un convenio viable tiene consecuencias muy favorables, ya que conlleva la continuación de la actividad empresarial, por el contrario, cuando no se logra alcanzarlo, ello repercute negativamente en el ámbito laboral, económico, financiero y otros, como ya se ha dicho.

Será en la Junta de Acreedores, presidida por el juez o por un miembro de la administración del concurso donde tendrá lugar la presentación de la propuesta/s y la votación de las mismas, de lo cual se levantará acta además de grabarse las sesiones en soporte audiovisual.

La propuesta aprobada en la Junta podrá ser objeto de oposición tanto por el juez como de la administración concursal así como también por acreedores que no hubieren votado a favor de la misma, según dispone el artículo 128, apartado 2.º de la Ley, esta oposición sólo tendrá lugar cuando su contenido fuese «objetivamente inviable». Si se tiene en cuenta que la propuesta, que como se

⁵³ NÚÑEZ LAGOS, A. «El Convenio del concurso: contenido y procedimiento». *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003, págs. 35 a 50. Este autor estima que si se tiene en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley así como la no existencia de límites en este sentido para las propuestas alternativas, no resulta estrictamente necesario que se proponga la quita y/o espera, y que basta con proponer soluciones concretas.

ha explicado, debe contener un plan de pagos y en su caso, de un plan de viabilidad, ha sido tamizada por la evaluación de los administradores concursales y por la propia Junta de Acreedores que debían haber advertido cualquier tipo de anomalía, y teniendo en cuenta, por otra parte, la limitación a estos efectos de los acreedores que votaron a favor de la propuesta, cabe interpretar, que se trata de una acción en beneficio de minorías, que de esta manera podrían oponerse a una decisión irresponsable de la mayoría de los acreedores, de manera similar a la establecida para las sociedades, en las que están legitimados para impugnar los acuerdos sociales tanto un porcentaje de socios como también el Consejo de Administración ⁵⁴.

Hemos de insistir, a la luz de lo que ha sido expuesto al tratar las funciones de la administración concursal, la presencia de ella se encuentra a todo lo largo de la tramitación del convenio ⁵⁵ máxime si se tiene en cuenta que, aunque la Ley hace referencias puntuales respecto a los asuntos que deben conformar el contenido del convenio, no especifica cuál debe ser el contenido del plan.

Esto nos lleva a pensar en la forma en que la Ley de Insolvencia alemana de 5 de octubre de 1994, que en su artículo 219 dispone que el plan de insolvencia, como medio para la continuación del funcionamiento de la empresa, está integrado por una parte descriptiva y por una parte organizativa. En la parte descriptiva, desarrollada en el artículo 220.I se dispone que se explicarán qué medidas se han adoptado tras la apertura del procedimiento de insolvencia, o que deberán ser adoptadas con la finalidad de procurar los principios exigidos para la planeada configuración de los derechos de los interesados y en el forma de contrarrestarlos.

El plan, en esta legislación, tiene como objetivo preferente la posible rehabilitación de la empresa, por lo que debe permitir una utilización económicamente más eficaz del patrimonio del deudor de la necesaria para un simple convenio. En cuanto a su contenido, debe reflejar los distintos grupos de acreedores, de manera que, conforme a la naturaleza de sus créditos así serán satisfechos. Si bien es cierto que esto hace más flexible el plan puesto que permite arribar a soluciones adecuadas a los distintos tipos de créditos, no es menos cierto que el hecho de que la ley obligue a votar separadamente sobre el plan a cada grupo de acreedores, a lo que se une que si un solo grupo rechaza el plan por mayoría simple éste no se podrá aprobar, ello no facilita la agilidad del proceso, aun cuando en el mismo texto legal se disponen algunas medidas para evitar las obstrucciones que puedan producirse ⁵⁶. Otro aspecto interesante en la ley germana es que en la elaboración del plan cooperan consultivamente con el administrador, entre otros, una representación de los empleados.

⁵⁴ MAESO GARCÍA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. *La Nueva Ley Concursal*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pág. 40.

⁵⁵ Según VAN HEMMEN ALMAZOR, E. «La economía...». *Op. cit.* pág. 62: «en cuanto a estos planes de viabilidad, la reforma prevé que los operadores concursales emitan su parecer mediante un escrito de evaluación. La dificultad se plantea en caso de que el informe emitido sea desfavorable. Primero, porque se deja abierta la posibilidad de la exclusión judicial de la propuesta de convenio cuando ésta sea anticipada. Y segundo, porque (sea anticipada o no la propuesta de convenio), la probabilidad de éxito de un plan de viabilidad no respaldado por los acreedores será muy reducida si, como parece probado en el contexto de la auditoría, se desencadena el mecanismo de las "profecías autocumplidas" el anuncio del fracaso provoca el fracaso».

⁵⁶ Estas disposiciones son las siguientes: Aun cuando las mayorías requeridas no sean alcanzadas, se considera como otorgada la aceptación de un grupo cuando: a) los acreedores de ese grupo no sean colocados por el plan de insolvencia en peor situación que la que a ellos les correspondería sin el mismo; b) los acreedores de ese grupo sean partícipes con una cuantía económica razonable que, a causa de los principios del plan, debe favorecer a los implicados; la mayoría de los

.../...

Del estudio de la legislación de otros países tales como Inglaterra, Francia y Portugal, podemos extraer algunos puntos que pueden formar parte del Plan para la continuación de la empresa ⁵⁷ tales como: la determinación de los recursos financieros necesarios para mantener la actividad empresarial, las formas de financiamiento, que pueden incluir la solicitud de ayudas financieras a terceros, los medios de satisfacción del pasivo, la venta de determinados bienes, la reorganización de la empresa, el nivel y las perspectivas de empleo, plazo de duración del plan y objetivos concretos a alcanzar. Es muy importante tener en cuenta todos los factores que permitan continuar la actividad empresarial pero siempre y cuando existan posibilidades reales para ello y para la satisfacción de los acreedores.

Para terminar este epígrafe decir que nuestra legislación contempla que, a menos que se establezca algo distinto, una vez alcanzado y aprobado el convenio cesará la actuación de los administradores. Con ello se excluye la posibilidad, contemplada en algunas legislaciones extranjeras, como la portuguesa, que regula la denominada «administración controlada» ⁵⁸, como medio de recuperación de la empresa insolvente que se apoya en un plan de actuación global, concertado entre los acreedores y ejecutado a través de una nueva administración, con un régimen propio de control.

Hemos de señalar, pues, que el plan de continuación se integra en nuestra legislación como contenido del convenio, extremo este a nuestro modo de ver desacertado, puesto que el plan va a ser una pieza esencial para el buen éxito del concurso como instrumento complementario de la buena ejecución del concurso y no como un contenido del convenio. Además su escasa reglamentación deja que desear, veremos que sucede en la práctica.

3.14. Plan de liquidación.

La liquidación de los bienes del deudor es la forma en que finaliza el proceso concursal cuando no se ha podido alcanzar un convenio que permita la continuación de la actividad empresarial. La fase de liquidación podrá ser solicitada por el deudor, por un acreedor o de oficio por el juez.

Como es lógico, en esta fase no puede el deudor continuar al frente de la empresa. Así, el artículo 145 dispone la privación al deudor cuyo patrimonio se liquida de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, en cuyo caso el juez repondrá a los administradores concursales o nombrará a otros.

.../...

grupos autorizados a votar el plan lo hayan votado con las mayorías necesarias. II. Una participación razonable de los acreedores de un grupo en el sentido del punto I, letra b, concurre cuando de conformidad con el plan: a) Ningún otro acreedor obtiene valores económicos que sobrepasen su pretensión; b) ningún acreedor que sin el plan deba satisfacerse con subordinación a los acreedores del grupo tienen mejor situación que esos acreedores.

⁵⁷ CANDELARIO MACÍAS, M.I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L. *Op. cit.* págs. 126, 132-133 y 144-145.

⁵⁸ Artículo 97 del Decreto-Ley sobre Procesos Especiales de Recuperación de Empresas y la Quiebra portuguesa de 1993: La gestión controlada es el medio de recuperación de la empresa.

Dentro de los quince días siguientes a la apertura de la fase de liquidación deberá la administración del concurso presentar al juez un plan detallado para la liquidación de los bienes y derecho integrados en la masa activa del concurso (art.148). En aquellos casos en que el concurso fuese complejo, el plazo podrá ser prorrogado por el juez por otros quince días. Respecto al contenido de este plan quedará a discreción de los administradores establecerlo puesto que la Ley no contempla este particular.

Se recomienda 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; esta solución, acogida por algunas de las leyes societarias tiene por objetivo facilitar y agilizar la fase de liquidación.

En esta fase del proceso le está vedado a la administradores concursales adquirir para ellos o para otra persona, ni siquiera en la subasta, los bienes y derechos que integran la masa del concurso. Se pretende con ello que el proceso discurra dentro de la mayor transparencia y evitar que los intereses particulares de los administradores se puedan poner por encima de los intereses colectivos.

Otro elemento a destacar y que pone de manifiesto el interés del legislador en alcanzar la mayor rapidez posible en el procedimiento concursal es la posibilidad de separación de los administradores concursales cuando prolonguen indebidamente la liquidación.

Como se puede apreciar, la Ley señala algunas de las cuestiones más importantes a las que deberá ajustarse la actuación de la administración del concurso, pero no establece de forma precisa sus funciones como así lo hace, por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas respecto a las funciones de los liquidadores.

Al plan propuesto se le dará la publicidad establecida en la propia ley con la finalidad de que las partes en el proceso puedan plantear observaciones y sugerir modificaciones.

Aunque el precepto no especifica los aspectos que deben tratarse en dicho informe, consideramos como fundamentales los datos de carácter patrimonial, principalmente aquellos que permitan reflejar objetivamente la situación real del deudor. Según el Plan General de Contabilidad, existen determinados principios contables como son, entre otros, el principio de prudencia, el de empresa en funcionamiento, de el precio de adquisición; el del devengo; el de uniformidad así como el del precio de adquisición, que en la situación de liquidación se quebrantan⁵⁹ y dan paso a otras prioridades como son el conocimiento de las pérdidas y beneficios a la fecha de la liquidación a los efectos de valorarlos con vista a su enajenación; el principio de continuidad, obviamente deja de tener sentido; la utilización del precio del mercado en lugar del de adquisición, lo que permite obtener mayores beneficios y poder dar mejor satisfacción a los derechos de los acreedores. «Lo relevante ahora, puesto que se va a proceder a la liquidación de la firma, será establecer el valor del mercado del patrimonio puesto que, como fase final del proceso, se deberá liquidar a los acreedores con el dinero procedente de la enajenación de los activos»⁶⁰.

⁵⁹ GONZÁLEZ PASCUAL, J. *Op. cit.* pág. 124.

⁶⁰ GONZALEZ PASCUAL, J. *Op. cit.* págs. 122 a 127.

Corresponderá al juez resolver acerca de la aprobación del plan en los mismos términos que fue propuesto o bien aceptar la/s modificaciones sugeridas, para ello deberá tener en cuenta, además y de manera obligatoria, el informe de la representación de los trabajadores. La decisión del juez se basará en lo que «estime conveniente a los intereses del concurso». Es necesario reiterar aquí la necesidad de una adecuada formación de los jueces para decidir, de forma subjetiva, acerca de las valoraciones hechas por los administradores, máxime cuando la ley expresamente no prevé el contenido del plan de liquidación.

Durante el tiempo que dure la liquidación, los administradores están obligados a informar cada tres meses acerca de la evolución de sus funciones como liquidadores.

En cuanto al pago a los acreedores, la Ley establece la siguiente prelación:

1.º Los créditos contra la masa, que se pagarán con anterioridad a los créditos concursales. Serán pagados a su vencimiento, con cargo al patrimonio no afecto a créditos con privilegios especiales.

2.º Créditos con privilegio especial, que se pagarán con cargo a los bienes afectos, aunque también podrán abonarse con anterioridad a la fase de liquidación.

Cuando la administración concursal lo estime conveniente, ésta puede satisfacerlos como créditos contra la masa.

3.º Créditos con privilegio general, los cuales serán satisfechos con el activo que reste después del pago de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial.

4.º Créditos ordinarios, se abonarán bajo el principio de igualdad de crédito, con el remanente de los pagos anteriores. En el supuesto que no existieren recursos para satisfacer a todos los acreedores, se abonarán a prorrata según su importe. La administración concursal abonará estos créditos según la liquidez de que disponga y lo podrá hacer en cuotas no inferiores al 5 por 100 del valor nominal del crédito.

5.º Créditos subordinados, sólo se abonarán después de la satisfacción total de los créditos ordinarios, lo que determina la probabilidad de que no sean pagados. El orden para su pago está dispuesto en el artículo 92 de la Ley ⁶¹.

⁶¹ Artículo 92. Son créditos subordinados: 1.º los que habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el juez, al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza; 2.º los que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto a todos los demás créditos contra el deudor; 3.º los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; 4.º créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; 5.º aquellos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, con algunas excepciones establecidas en la propia Ley; 6.º los que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

3.15. Responsabilidad de los administradores concursales.

Lo primero que es necesario señalar es que los presupuestos de la responsabilidad de los administradores son los mismos que los genéricos de la acción de responsabilidad extracontractual y que, como es sabido, son:

- 1.º La producción de un daño patrimonial que se exprese en la disminución de dicho patrimonio, así como también la ganancia dejada de percibir como consecuencia de dicho daño (lucro cesante, perjuicios). Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de que la mera infracción de una norma o las irregularidades de cualquier naturaleza no pueden servir de base a una acción de responsabilidad, si no se ha producido un daño.
- 2.º Que el daño ocasionado sea consecuencia de una conducta culposa, lo que significa una conducta negligente o intencionada.
- 3.º Que el daño y/o perjuicio ocasionado haya sido motivado por la conducta culposa del administrador.

¿Ante quién responden los administradores concursales? Pues bien, responden frente al deudor y los acreedores, siempre que estén presentes las circunstancias anteriormente referidas.

¿De qué manera responden? En todos los casos lo harán solidariamente⁶² (aun cuando se derive del ejercicio mancomunado de competencias) y, como ya se ha apuntado, de manera subjetiva, es decir, que se requiere que el daño o perjuicio producido tenga como causa una conducta culposa. Respecto a esto último, se precisa que debe tratarse de «actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia». No responderán los administradores colegiados que «prueben que no intervinieron en la adopción del acuerdo lesivo, que desconocían su existencia o, conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél»⁶³.

Debe apuntarse que la administración concursal puede proponer al juez una distribución de las funciones entre sus miembros, lo que dará lugar en estos casos a una responsabilidad individual, cuando la conducta culposa se haya producido dentro del ámbito de las funciones que, tenga atribuida en concreto algún administrador.

Respecto a los auxiliares se prevé que responden solidariamente, conjuntamente con los administradores, de los actos u omisiones lesivos en que hayan incurrido, con la excepción de que estos últimos prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

⁶² Podrá ser requerida a cualesquiera de ellos, independientemente de que con posterioridad éstos concreten cuál o cuáles de ellos son los verdaderos responsables.

⁶³ Resulta interesante, y por ello lo apuntamos, que la Ley alemana antes referida dispone que si el administrador no cumpliera sus obligaciones, el Tribunal puede determinar, previa conminación, una sanción pecuniaria contra él.

No será solidaria la responsabilidad de los administradores en los casos en que los mismos actúen ejerciendo competencias atribuidas individualmente a uno de ellos, en cuyo caso, la responsabilidad corresponderá a éste exclusivamente.

La acción de responsabilidad prescribe a los cuatro años, contados a partir de que el actor tuvo conocimiento de los daños y/o perjuicios ocasionados y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares hubiesen cesado en su cargo. La acción se ejercitará y sustanciará ante el juez que conozca o haya conocido el concurso.

Por otra parte, el artículo 74.3, relativo al plazo de presentación del informe de la administración concursal, añade a las anteriores medidas de responsabilidad, que cuando se incumpla dicho plazo, se perderá el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y la devolución a la masa de las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación.

3.15.1. Tipos de acciones de responsabilidad.

La Ley prevé dos tipos de acciones:

- A) La acción de responsabilidad en interés de la masa.
- B) La acción de responsabilidad individual.

Respecto a la primera, las personas legitimadas activamente para ejercitarla son el deudor, en su calidad de titular del patrimonio sujeto a concurso, y los acreedores, ya que son éstos los titulares de derechos de crédito contra aquél. Así, de esta manera, ambos podrán reclamar la reparación de los daños y/o perjuicios causados por los administradores concursales o los auxiliares delegados a la masa del concurso.

En este caso esos daños han afectado el patrimonio del deudor y es dicho patrimonio el que deberá ser restituido. Respecto a ello la Ley dispone que si la acción prosperara y se obtuviera una sentencia que condene a indemnizar daños y/o perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa, tiene derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios en que haya incurrido (art. 36.6). El mecanismo es el siguiente: la indemnización se integra a la masa, pero con un crédito a favor del acreedor (que ha ejercitado la acción) y comprenderá los gastos derivados de dicho ejercicio.

Respecto a las acciones individuales, la Ley reconoce las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, acreedores o terceros, por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

Como se advierte aquí la acción no va dirigida en interés de la masa ya que no es ésta la afectada por los actos de los administradores y de los auxiliares. En este caso los perjuicios se han producido directamente sobre el deudor, los acreedores o los terceros.

La nueva Ley es omisa en cuanto a los recursos con los cuales se hará frente a las responsabilidades civiles que puedan derivarse de la actuación de los administradores como sí lo hacía el Anteproyecto de 1983 al establecer la necesidad de que los síndicos, además de reunir las condiciones necesarias debían prever los recursos necesarios para posibles responsabilidades.

4. CONCLUSIONES GENERALES

La nueva Ley de Concurso ofrece un nuevo estatus jurídico a la administración concursal, concibiéndola como órgano independiente que colabora con el órgano jurisdiccional, lo que representa un paso de avance respecto a la legislación anterior en cuanto que ésta se limitaba a representar los intereses de los acreedores y del deudor. Hoy día podemos afirmar que la legislación concreta un reglamento específico respecto a la administración del concurso.

Esta Ley podemos afirmar que regula con gran rigor técnico las cuestiones relativas a los requisitos, estructura y funcionamiento de la administración concursal.

Las funciones de la administración están reglamentadas de manera flexible, no se establece en forma de *numerus clausus*, lo que permite una mejor adecuación a las características del concurso. Sin embargo, independientemente de que en el artículo 35 se expresan una serie de principios de actuación, para conocer cuáles son concretamente estas funciones es necesario revisar toda la Ley. La especialización de la administración concursal, así como la agilidad y brevedad en los plazos para el buen éxito del procedimiento provoca un recorte de los tiempos y, por tanto, un recorte de los costes del procedimiento. Además, la especialización origina no sólo el buen desarrollo sino también que sea factible este recorte de tiempos.

Respecto de los miembros que integran la administración concursal, la nueva Ley ha unificado las diversas figuras existentes en la legislación anterior (comisario, depositario, síndicos e interventores) en un único órgano con una única denominación en consonancia con lo disciplinado no sólo en el ámbito comunitario, Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, sino con relación a las diversas legislaciones concursales de países como Alemania, Inglaterra, Portugal e Italia en sus últimas reformas.

Los requisitos exigidos a los miembros que integran esta administración consideramos que se corresponden con las funciones que deben realizar. Sobre los auditores de cuentas y los economistas o titulados mercantiles, queda demostrado a través de la reglamentación a que están sometidos estos profesionales.

La participación del abogado en la administración es muy útil, pero en este caso debe exigirse una formación y experiencia especializada en cuestiones mercantiles y concursales en particular.

Los administradores concursales son designados por el juez (en lugar de los acreedores como sucede con la legislación anterior) pero ello no constituye un obstáculo para actuar con la necesaria independencia en el ejercicio del cargo, ejemplo de lo cual son múltiples las funciones que les atribuye la nueva Ley de Concurso con carácter exclusivo, es decir, sin que el juez pueda disponer sobre ellas; sin embargo, ello no excluye la facultad del juez para realizar las funciones de supervisión de las actuaciones de la administración dado que a él corresponde ser el rector del proceso.

La función fundamental del órgano de administración es la de intervenir o sustituir al deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales y también en las actuaciones judiciales.

Es importante la forma en que se regulan en la Ley las cuestiones relativas a la elaboración, programación, desarrollo y ejecución del informe que este órgano proporciona para poder solventar la situación de insolvencia o decidir si lo que procede es su disolución.

No obstante lo anterior, consideramos que en la Ley se podía haber recogido de forma más concreta el contenido de documentos tan importantes como los planes de continuación y de liquidación, al menos debió haberse plasmado su estructura y contenido como pieza que ha de complementar la buena ejecución del convenio y, en definitiva, del concurso.

Por último, coincidimos con el parecer de VAN HEMMEN ⁶⁴ al decir que se «exigirá al juez y a los operadores concursales una gran formación en el análisis financiero-contable de la empresa, así como el dominio de las herramientas del análisis industrial. Asimismo, cuanto mayores sean las atribuciones de los administradores concursales, mayor necesidad habrá de controles internos y/o externos sobre su actuación ya que de lo contrario se producirán elevados costes de agencia. Por último, tras la reforma, los concursos van a plantear importantes riesgos a los gestores y administradores lo que, *ex ante*, puede inducirles a tomar decisiones subóptimas para el valor de las empresas, dificultando la contratación de directivos válidos para la resolución pre-contractual de la crisis».

ANEXOS. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y EL CONCURSO

COMPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Un abogado	Un auditor de cuentas o Un economista o Un titulado mercantil	Un acreedor
------------	---	-------------

⁶⁴ VAN HEMMEN, E. «La economía de la reforma...». *Op. cit.* pág. 71.

NOMBRAMIENTO, ACEPTACIÓN Y RECUSACIÓN

Nombramiento: son nombrados por el juez del concurso.

Aceptación del cargo: el designado tiene 5 días de plazo para presentarse en el juzgado y manifestar si acepta o no el cargo.

Recusación: cualquier persona legitimada para solicitar la declaración del concurso puede recusar a los administradores concursales. La recusación no produce efectos hasta que se produzca una resolución favorable a ésta.

INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES

Incapacidades	Incompatibilidades	Prohibiciones
<p>Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas.</p> <p>Administradores de concurso separados de este cargo en los 2 años anteriores.</p> <p>Los inhabilitados temporalmente como consecuencia de la desaprobarción de las cuentas presentadas en un concurso anterior.</p>	<p>Quienes hubiesen prestado sus servicios profesionales al deudor o a personas vinculadas a éste, especialmente en los últimos 3 años.</p> <p>Quienes durante dicho plazo hubieren compartido con el deudor el ejercicio de actividades profesionales de la misma o distinta naturaleza.</p> <p>El acreedor que sea competidor del deudor o forme parte de un grupo de empresas en el que figure la entidad competidora.</p>	<p>Abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos anteriores.</p> <p>En un mismo concurso no pueden ser nombrados administradores personas vinculadas entre sí, personal o profesionalmente</p>

AUXILIARES DELEGADOS

Especialistas solicitados por la administración concursal al juez en los que podrán delegar algunas funciones, entre ellas, las concernientes a la actividad del deudor.

FORMA DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Como regla general funcionará de manera colegiada, tomándose los acuerdos por mayoría, de no lograrse ésta resolverá el juez.

RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Se hará con cargo a la masa.

Se reglamentará mediante un arancel que tendrá en cuenta:

- A) Situación real del activo y el pasivo de la entidad.
- B) La complejidad del proceso.

El juez fijará la cuantía de la retribución previo informe de la administración concursal.

ALGUNAS DE LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑAN

- Llevanza de los libros obligatorios y demás documentos y registros concernientes a la actividad empresarial.
- Supervisión de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso en el supuesto de intervención.
- Formulación de la cuentas anuales en caso de suspensión del deudor.
- Solicitud al juez del cierre de la totalidad o parte de las oficinas, explotaciones o establecimientos de que fuera titular el deudor.
- Ejercicio de las acciones de responsabilidad contra el deudor
- Solicitar al juez la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.
- Reconocimiento de los créditos como privilegiados, ordinarios y subordinados.

INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

- Deberá presentarse dentro de los 2 meses de producirse la aceptación del puesto por parte de 2 de los administradores y podrá prorrogarse 1 mes a solicitud de la administración concursal al juez.

• **Contenido:**

- A) Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en una memoria.
- B) Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, e informes, entre otros.

Se adjuntarán:

- 1.º Inventario de la masa activa.
- 2.º Lista de acreedores.
- 3.º Escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieren presentado.

Concluye con:

La exposición motivada de los administradores concursales sobre la situación patrimonial del deudor y cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

.../...

.../...

Publicidad del informe

Se hará en igual forma que la publicidad de la solicitud del concurso.

El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna.

IMPUGNACIÓN DEL INFORME

Podrá hacerla cualquier interesado respecto al inventario y la lista de acreedores.

El juez, de oficio, podrá acumularlas cuando se presenten varias impugnaciones y resolverlas conjuntamente.

La administración concursal, en el plazo de 5 días a partir de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, presentará al juez los textos definitivos así como una relación actualizada de los créditos contra la masa, devengados y pendientes de pago.

LA MEMORIA

Este documento sólo se exige a la administración concursal cuando el deudor no queda al frente del negocio. Debe incluir:

- La historia jurídica y económica de aquél.
- Las actividades realizadas en los últimos 3 años.
- Los establecimientos, oficinas y explotaciones de la que sea titular.
- Las causas que motivan su estado de insolvencia.
- Las valoraciones y propuestas acerca de la viabilidad patrimonial.
- El estado de la contabilidad y, en su caso, un inventario de los bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y lugar en que se encuentren, entre otros aspectos.
- Los datos de identificación registral, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual.

Los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y datos de identificación.

MASA ACTIVA

Son los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.

Excepciones:

- A) Bienes inembargables y
- B) Titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves, los cuales podrán separarlos de la masa activa mediante el ejercicio de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica.

Su inventario

Lo elabora la administración concursal a la mayor brevedad posible y contendrá:

- Relación y avalúo de los bienes y derechos del deudor el día anterior a la emisión del informe.
- Relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido.
- Posibilidad de que la administración concursal pida asesoramiento de expertos independientes.

MASA PASIVA

Constituida por los créditos contra el deudor común que, de conformidad con la ley, no tengan la consideración de créditos contra la masa.

Su formación

Los acreedores deben comunicar por escrito la existencia de sus créditos a la administración concursal. Esta última determinará la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos que le hayan sido comunicados.

Se incluyen necesariamente los créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia.

La ley prevé supuestos especiales de reconocimiento como por ejemplo, los créditos sometidos a condición resolutoria, a condición suspensiva, los créditos afianzados por terceros, etc.

CLASES DE CRÉDITOS

• Privilegiados:

A) Con privilegio especial.

Si afectan a determinados bienes o derechos tales como por ejemplo: los garantizados con hipoteca, con prenda, el arrendamiento financiero, y otros.

B) Con privilegio general.

Si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor, por ejemplo: los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial; las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social; créditos por responsabilidad civil extracontractual y otros.

• Subordinados.

Aquellos comunicados tardíamente pero que son incluidos en la lista de acreedores o los que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos por el juez en dicha lista; créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor; los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias, entre otros.

EL CONVENIO: FINAL DE LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

La propuesta de convenio se hará por escrito, firmada por el deudor y los acreedores, deberá contener distintas alternativas.

La adhesión de los acreedores a algunas de las alternativas se producirá en la asamblea de acreedores que acepte el convenio o en el plazo que éste señale.

CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Con carácter preceptivo incluirá la asunción, por el adquirente, de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores.

PLAN DE PAGOS

- Deberá acompañarse un plan de pagos detallado que incluya los recursos previstos para su cumplimiento.
- En los casos en que para cumplir el convenio se prevea contar con los recursos generados por la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá acompañarse de un plan de viabilidad donde se especifiquen los recursos necesarios, medios y condiciones para su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.
- Salvo excepción, la propuesta de convenio no puede estar sometida a cualquier clase de condición.

ADHESIONES A LA PROPUESTA DE CONVENIO

Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos establecidos y la adhesión no puede introducir modificaciones ni condicionamiento alguno.

PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

Puede ser presentada ante el juez por el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por las prohibiciones del artículo 105, entre las cuales están, por ejemplo: el haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la hacienda pública, la seguridad social o contra los derechos de los trabajadores, entre otras.

ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA ANTICIPADA

Si se presenta junto con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración del concurso.

En los demás casos, el juez, dentro de los 3 días siguientes al de presentación de la propuesta, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite.

Admitida a trámite, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que la evalúe en el plazo de 10 días.

Si la evaluación es favorable, se unirá al informe de la administración concursal.

De ser desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el menor plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación. Contra el auto dictado por el juez al respecto no cabrá recurso alguno.

Admitida a trámite la propuesta anticipada y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta.

APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

Transcurridos 5 días desde la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida y, mediante providencia, proclamará el resultado.

Si la alcanza, el juez dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya presentado oposición al convenio o éste sea rechazado por aquél.

Si no la alcanza, dictará auto abriendo la fase de convenio o de liquidación según corresponda.

La sentencia aprobatoria pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste.

APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO (NO ANTICIPADO)

1. Auto de apertura.

Auto que pone fin a la fase común del concurso; ordenando la formación de la sección quinta y ordenando la convocatoria de la junta de acreedores.

2. Presentación de la propuesta de convenio.

Podrá hacerla el concursado que no hubiere presentado solicitud de convenio anticipado ni tuviere presentada la liquidación, así como los acreedores cuyos créditos superen la 5.ª parte del pasivo.

3. Admisión a trámite de la propuesta.

El juez admitirá a trámite las propuestas de solicitud de convenio si cumplen las condiciones de tiempo y forma, en caso contrario notificará al concursado y, en su caso, a los acreedores para su subsanación.

Admitida a trámite no podrá ser revocada ni modificada.

Tramitación de la propuesta.

Traslado a la administración concursal de la propuesta para que la evalúe y emita, dentro de 10 días, un escrito de evaluación que se pondrá de manifiesto en la secretaría del juzgado desde el día de su presentación al juez.

JUNTA DE ACREEDORES

Personas que deben asistir a la junta:

- El juez, que salvo excepciones la presidirá.
- Los miembros de la administración concursal.
- El concursado, personalmente o mediante representación; los acreedores, personalmente o mediante representación.

ASUNTOS OBJETO DE DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN

- 1.º La propuesta presentada por el concursado.
- 2.º Las presentadas por los acreedores, cuando no se hubiese aceptado la del concursado.
- 3.º Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes. Éstos podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella.

APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

El día de conclusión de la junta, o el siguiente día hábil, el secretario presentará al juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado.

OPOSICIÓN AL CONVENIO

Se tramitará por los cauces del incidente concursal mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado. En ningún caso podrá modificarlo, no obstante, en todo caso el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo.

Si se estimase la oposición por infracción legal en la constitución de la junta, el juez convocará una nueva junta con los mismos requisitos de la anterior, que se celebrará dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia.

Si se estimase la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento, la sentencia declarará rechazado el convenio. Podrá presentarse recurso de apelación contra dicha sentencia.

MEDIDAS CAUTELARES

Pueden ser tomadas por el juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las partes para que contesten.

RESOLUCIÓN JUDICIAL

De no existir oposición, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, con la excepción de que aquél rechazara de oficio el convenio, haya sido formulado o no oposición, si apreciare que infringe algunas de las normas de esta ley sobre el contenido del convenio, entre otras.

Adquiere plena eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que ésta sea recurrida y quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez.

EJECUCIÓN DEL CONVENIO

El deudor no podrá incumplir las medidas de carácter prohibitivo o limitativo establecidas en el convenio. El deudor debe informar al juez semestralmente acerca del cumplimiento del convenio.

CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

El auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso al que se dará la publicidad prevista para el auto de declaración del concurso.

Fase de liquidación.

La liquidación podrá ser solicitada por:

El deudor: con la solicitud del concurso voluntario y durante el período comprendido desde la declaración del concurso hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Acreedores, en el caso de que el deudor deba pedir la liquidación, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de incumplimiento generalizado de obligaciones tales como el pago de obligaciones tributarias, cuotas de la Seguridad Social y otras.

De oficio por el juez, en los siguientes casos:

- 1.º No presentarse dentro del plazo legal ninguna de las propuestas de convenio o no haber sido admitida a trámite las que hubieren sido presentadas.
- 2.º No haberse aceptado ninguna propuesta de convenio en la junta de acreedores.
- 3.º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria.
- 4.º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.
- 5.º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.

A la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación se dará igual publicidad que a la declaración del concurso.

El juez tramitará la solicitud y resolverá, mediante auto, si procede o no abrir la liquidación.

PLAN DE LIQUIDACIÓN

Su presentación

Será presentado por la administración concursal en los 15 días posteriores al de la notificación de ésta de la apertura de la fase de liquidación.

El juez podrá ampliar este plazo por un período igual, a petición de la administración concursal.

Su contenido

Deberá contener las medidas 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 alguno de ellos.

Publicidad

El juez ordenará poner de manifiesto el plan en la secretaría del juzgado y en los lugares que a este efecto designe a fin de que el deudor y los acreedores puedan formular observaciones o modificaciones.

.../...

.../...

Aprobación del plan.

Dentro de los 15 días siguientes y no habiéndose presentado ninguna observación, el juez dictará auto declarando aprobado el plan: a) en los términos en que se presentó; b) introduciendo modificaciones o; c) conforme a las reglas legales supletorias.

Contra este auto se podrá interponer recurso de apelación.

EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN

Sobre el concursado:

Suspensión del ejercicio de las facultades de administración sobre la masa.

Persona natural:

Pérdida del derecho de alimentos con cargo a la masa.

Persona jurídica: cese de los administradores y liquidadores que son sustituidos por la administración concursal.

Sobre los créditos concursales:

Vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

Efectos generales:

Continúan aplicándose las reglas relativas a los efectos de la declaración del concurso.

INFORMES SOBRE LA LIQUIDACIÓN

- Serán trimestrales y mostrarán el estado de las operaciones. Quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

PAGO A LOS ACREEDORES

Créditos contra la masa:

Se satisfarán a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea su naturaleza.

Las deducciones para estos pagos se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Créditos con privilegio especial:

Su pago se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

.../...

En caso de acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración del concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de los créditos con privilegio especial, que optan por atender su pago contra la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. 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.

Pago de créditos con privilegio general:

Se efectúa después de deducidos de la masa activa:

- A) Los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa.
- B) Los que sean con cargo a los bienes no afectos al privilegio especial, o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos.

Pago de créditos ordinarios:

Se efectúa con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.

Son 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.

Pago de créditos subordinados:

Se efectúa después de que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.

Pago anticipado: (antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación)

Se efectúa mediante el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal.

CONCLUSIÓN DEL CONCURSO Y ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES. CAUSAS:

- Cuando es firme el auto de la audiencia provincial que revoque en apelación el auto de declaración del concurso.
- Cuando es firme el auto que declare el cumplimiento. Y sean rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.
- En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos.
- Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

En los 3 últimos casos, la conclusión se acordará mediante auto que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas a fin de que puedan oponerse.

Contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno.

Contra la sentencia que resuelva la oposición cabrá recurso de apelación.

EFFECTOS

- 1.º Cesan las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación.
- 2.º Cuando la causa de conclusión sea la inexistencia de bienes y derechos, el deudor responderá del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso.
- 3.º Si se trata de la misma causa anterior siendo el deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda.

REAPERTURA

Tendrá la consideración de reapertura la declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los 5 años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos. La reapertura será declarada en el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada en las notas a pie de página, las autoras han consultado:

- ÁNGEL YAGÜEZ, R. «Responsabilidad del profesional asesor, perito judicial y auditor». Ponencia en el *XII Congreso Nacional de Titulados Mercantiles y Empresariales*, Granada, 3 de mayo de 1995.
- GONZÁLEZ AGUADO, G. «Práctica Concursal en Función de los Órganos del Concurso» en *Crisis Económica y Derecho Concursal*, Consejo General de Colegios de Economistas de España», Ediciones Gráficas Ortega, Madrid 1989.