

José Manuel SUÁREZ ROBLDANO

Magistrado

• **ENUNCIADO:**

Habiendo dejado de pagar una empresa, con forma de sociedad anónima, a sus proveedores de forma generalizada, contrayendo deudas sin el suficiente amparo patrimonial, así como importantes cantidades por cuotas de la Seguridad Social de sus trabajadores y créditos de carácter fiscal, los acreedores de la misma entienden que se dan las circunstancias legales precisas para instar la declaración de concurso de la misma y la intervención de sus operaciones.

En el supuesto planteado, la consulta efectuada al asesor legal de uno de los referidos acreedores estima que la conducta que ha llevado a la sociedad anónima a la situación de déficit patrimonial ha sido de carácter doloso porque conoció con mucha antelación la misma y siguió, pese a ello, contratando con terceros sin advertirles de dicha insuficiencia y sin que existiera cobertura económica adecuada de dichas operaciones negociales.

Además, existían créditos hipotecarios concertados con anterioridad a la misma solicitud de concurso, entre otros, que pueden suponer un obstáculo a la misma consecución de un acuerdo o convenio con la empresa con la finalidad de obtener el pago por medio de la ley del dividendo de la parte que corresponda a los otros proveedores pendientes del cobro de sus respectivos créditos.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Cómo ha de solicitarse la declaración de concurso? y ¿cuáles son sus presupuestos adecuados?
2. ¿Cuáles son las normas que disciplinan los efectos inmediatos de la declaración de concurso, especialmente en lo que atañe a las restricciones de las facultades de administración de la empresa sujeta al concurso?
3. En el caso de existir los presupuestos que determinan la declaración de concurso, ¿cuál ha de ser la determinación de la masa activa y de la pasiva del mismo?
4. Describir las consecuencias legales que la descrita conducta de la dirección de la empresa declarada en concurso tiene en orden a la calificación de la crisis empresarial llevada a los Tribunales.

• **SOLUCIÓN:**

1. Para poder realizar la solicitud de concurso de la sociedad anónima en cuestión resulta necesario presentar el correspondiente escrito de solicitud de concurso, o concurso necesario, que ha de formularse ante el Juez de lo Mercantil -carga jurisdiccional en ciernes de ser creado y previsto para

cuando entre en vigor la nueva Ley, con carácter provincial- del lugar en el que el empresario en concurso tenga el centro de sus intereses mercantiles principales, y, para el caso de no coincidir su domicilio social con el referido centro de intereses negociales, ante el Juez referido del centro o el del domicilio social a elección del acreedor que presente la solicitud de concurso.

El escrito correspondiente se ha de presentar expresando en dicha solicitud el origen, la naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, acompañándose documento original acreditativo del mismo o copia, con las condiciones procesalmente exigidas al respecto en los supletorios artículos 4.º y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en relación con la disposición final quinta de la misma Ley Concursal. Además, por medio de la expresa mención al efecto y con articulación específica en el correspondiente otrosí de dicho escrito, se expresarán los medios concretos de prueba que se propongan con la finalidad de acreditar completamente los hechos en los que se funda la solicitud planteada, llamándose la atención sobre la insuficiencia legalmente establecida de la sola prueba testifical que se pueda proponer. Específicamente, se ha de recomendar la prueba referida al crédito interesado, a la pluralidad de deudas existentes -ya que se trata de solicitud de concurso y no de reclamación de cantidad en juicio no universal- y a los presupuestos del déficit empresarial de los que tratamos a continuación. De conformidad con lo establecido en el artículo 4.º de la Ley Concursal, la intervención del Ministerio Fiscal no resulta preceptiva en todo caso, siendo de carácter residual. Tal y como se ha planteado el supuesto en cuestión, hay que tener en cuenta que cabe la declaración de concurso tanto de sociedades y empresas dedicadas al tráfico mercantil como de deudores no empresarios que tengan una pluralidad de deudas y que no puedan atenderlas por separado, habiéndose así unificado la dual regulación jurídica anterior -aunque aún vigente hasta el 1 de septiembre de 2004- bajo la denominación única del concurso.

Por otra parte, de forma concluyente y sin que haya lugar a dudas de género alguno, la Ley Concursal exige la insolvencia de la sociedad como requisito o presupuesto objetivo de la declaración concursal considerando la existencia de dicha esencial circunstancia en el caso en el que el deudor no pueda cumplir puntual y regularmente sus obligaciones exigibles. El acreditamiento de dicha circunstancia ha de deducirse de la presentación con la solicitud de un título que haya dado lugar al despacho de ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres suficientes para el pago de la deuda en cuestión, o en la existencia de un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, o en la existencia de embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, o en el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes de la empresa deudora, o el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago tributarias exigibles en los tres meses anteriores, las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta por el mismo período, las de pago de salarios e indemnizaciones laborales por tres meses. Parece, por ello, que en el caso planteado se dan los presupuestos de la procedencia de la declaración de concurso. No obstante ello, la sociedad puede oponerse a la solicitud en el plazo de los cinco días siguientes a aquel en el que sea emplazada proponiendo las pruebas de que interese valerse al efecto de dicha oposición.

2. Los efectos inmediatos derivados de la declaración de concurso de la sociedad anónima referida consisten en la expresa determinación detallada en el auto que se dicte a tal efecto por el Juez de lo Mercantil de las restricciones a las facultades de administración y disposición de la sociedad respecto de su patrimonio -siendo conveniente la detallada mención en el escrito de solicitud formulado inicialmente-, procediéndose al nombramiento de los administradores concursales y a la atribución de sus facultades sobre el patrimonio empresarial. Respecto de esta cuestión ha de tenerse en

cuenta que resulta posible la designación judicial de tres administradores concursales, como regla general, recayendo dicho nombramiento en un abogado, un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, todos ellos con cinco años de ejercicio o experiencia, y un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado. Excepcionalmente, cuando se siga el denominado procedimiento abreviado concursal de los artículos 190 y 191 de la Ley Concursal, se designará un solo administrador, que debe ser en ese caso un abogado, auditor, economista o titulado mercantil con los requisitos de experiencia anteriores. Ha de tenerse en cuenta que esta posibilidad legal se aplica sólo a los concursos de personas naturales o jurídicas autorizadas a presentar un balance abreviado, sin que el pasivo en ambos casos supere la cantidad de 1.000.000 de euros.

Las facultades de los administradores concursales, en lo tocante al patrimonio del concursado, se ejercen de forma colegiada -salvo el caso del administrador único-, decidiéndose las diferencias por mayoría y, en su defecto, por el Juez de lo Mercantil. El auto tiene que describir, y por eso es importante que se solicite y se fundamente con detalle en la solicitud formulada, cuáles sean las facultades que se restringen o acomodan, bien limitándolas o sujetándolas a un previo control o informe, de las que legalmente correspondan al órgano de administración de la empresa o sociedad declaradas en concurso.

Como efectos complementarios de la declaración de concurso, se requerirá a la sociedad para que presente de inmediato la documentación referida en el artículo 6.º de la Ley Concursal, adoptándose en este momento las medidas cautelares oportunas -de no haberse acordado con anterioridad- en orden al aseguramiento de la integridad del patrimonio del concursado así como su conservación o administración hasta la aceptación del cargo por los administradores designados, decretándose la intervención del patrimonio mobiliario e inmobiliario así como industrial de la empresa en concurso. Ha de comunicarse, además, la situación concursal a todos los posibles interesados, acreedores posibles, dándoles un plazo de un mes para que presenten sus créditos aportando instancia o escrito por cada uno de ellos acompañados de los originales o copias autenticadas de los créditos y con especificación de los que sean de carácter solidario ateniéndose a lo establecido en el artículo 85 de la Ley. Se dará a la declaración la publicidad establecida en el artículo 25 de la Ley.

3. Para el hipotético supuesto de concurrir los requisitos o presupuestos legalmente establecidos para la declaración de concurso, la formación de la masa pasiva, o deudas concursales a participar en el convenio o liquidación -la nueva Ley tiende a dar preferencia a la solución convencional o de mantenimiento en lo posible de la sociedad o empresa- se rige por una serie de reglas que, en lo que importa para el caso planteado, ha de partir de la obligada integración de todos los créditos pendientes en dicha masa.

Por ello, todos los juicios seguidos ante Juzgados civiles o del orden social remitirán las demandas presentadas al Juez del concurso, o las archivarán, continuándose los juicios declarativos anteriormente presentados hasta sentencia. Se prohíben las ejecuciones singulares con posterioridad a la declaración de concurso sobre el patrimonio de la sociedad declarada en concurso, paralizándose las que ya estuvieran iniciadas con anterioridad sin perjuicio de la condición concursal de cada crédito.

Los acreedores con garantías reales sobre el patrimonio concursal o bienes afectos a la actividad empresarial no podrán iniciar la ejecución de la garantía hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin haberse producido la apertura de la liquidación, suspendiéndose las actuaciones ya iniciadas salvo que se hubieran efectuado ya los anuncios de las subastas y el apremio no recaiga en bienes necesarios para la continuidad empresarial.

Se prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso, produciéndose sus efectos si sus requisitos se daban antes. Dejarán de devengar intereses los créditos una vez declarado el concurso salvo que se trate de créditos con garantías reales, interrumpiéndose la prescripción de los créditos contra el concursado. Los contratos con obligaciones recíprocas mantendrán su vigencia aunque en ellos se haya hecho constar otra cosa, teniéndose por no puestas las cláusulas establecidas en ese sentido, pudiéndose ejercitar las acciones correspondientes por incumplimiento contractual en cuyo caso quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.

La masa activa del concurso, además de lo derivado de las notas anteriormente señaladas, goza de la posibilidad de ejercitar las acciones de reintegración respecto de los actos perjudiciales realizados en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aun sin intención fraudulenta. Las cuentas indistintas que figuren a nombre de la sociedad se integrarán en la masa activa en decisión adoptada por la administración concursal, produciéndose la separación de los bienes sobre los que no tenga derecho alguno la sociedad concursada.

4. La conducta descrita de la administración o dirección empresarial de la empresa declarada en concurso podría ser calificada como culpable, pudiendo ejercitarse las acciones penales correspondientes, en incidente denominado pieza de calificación concursal cuando se inicie la fase de liquidación o se llegue a un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases de ellos una quita superior a 1/3 del importe de sus créditos o una espera superior a los tres años.

La existencia de dichos requisitos previos determinará la posible calificación como culpable de la declaración de concurso si se da alguna de las añadidas circunstancias siguientes: en el caso de no llevanza de contabilidad o de irregularidades graves de la misma, si presentara en la sociedad documentos con falsedad o irregularidades graves, si se abrió la liquidación por incumplimiento del convenio, si se alzó con bienes en perjuicio de sus acreedores o realizó actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, si en los dos años anteriores salieron fraudulentamente del patrimonio de la sociedad bienes o derechos, y si antes de la declaración la sociedad hubiera realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia o inexistente.

Parece que la actuación de la sociedad se encuadra en los casos acabados de mencionar, estableciéndose en el artículo 165 de la Ley Concursal presunciones de dolo o culpa grave a tal efecto que no eliminan la prueba derivada de la inexistencia de dichas presunciones. Por último, la Ley establece, además, que si existieran cómplices de dicha conducta de la sociedad los mismos perderán sus derechos en el concurso como acreedores de la masa, debiendo devolver los bienes y derechos obtenidos indebidamente más la indemnización de daños y perjuicios causados.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 7 de octubre de 1989 y de 5 de julio de 1990.**
- **SAP de Segovia de 11 de octubre de 1996.**
- **SAP de Barcelona (Secc. 15.^a) de 27 de febrero de 2000.**
- **SAP de Madrid (Secc. 10.^a) de 10 de febrero de 2001.**
- **Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 2 de diciembre de 1986.**